

Verkündet

am 23. Juni 1955

Jodas, 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 Walter S t [REDACTED] in Be[REDACTED]-Sch[REDACTED],
G[REDACTED]ststr. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma Oskar B [REDACTED] GmbH in M[REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Oskar
B [REDACTED], He[REDACTED], N[REDACTED] Straße,

Beklagte, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Mai 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Selows-
ky, Dr. Delbrück, Dr. Fischer und Dr. Winkelmann für Recht
erkannt:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Anträge
wird auf die Revision der Klägerin das Urteil des
I. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe
vom 7. Juli 1954 insoweit aufgehoben, als die Klage
wegen eines Teilbetrages von 1.581,30 DM nebst 5 % Zinsen

seit dem 26. März 1953 abgewiesen und als die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung an die Beklagte verurteilt worden ist.

Die Widerklage wird wegen eines Teilbetrages von 2.510 DM nebst 6 % Zinsen hieraus ab 1. März 1952 abgewiesen.

Im übrigen wird die Sache im Rahmen der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht in Karlsruhe zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin zu 10/14, die Beklagte zu 1/14. Die Entscheidung über die restlichen Kosten in Höhe von 3/14 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Tischautomaten mit der Bezeichnung "Treffglocke" her, welche dem Verkauf von Schokolade und Süßwaren dienen. Die Automaten werden vornehmlich in Gastwirtschaften aufgestellt. Die Beklagte, die eine Schokoladenfabrik und einen Großhandel mit Süßwaren betreibt, hat mit der Klägerin durch zwei Verträge vom 6. und 7. November 1951 eine enge Zusammenarbeit "zwecks Belegung des Tischautomatengeschäfts" vereinbart. Die Klägerin verpflichtete sich gemäß Ziff 3 des Vertrages vom 6. November 1951 (Hauptvertrag), keine anderen Tischautomaten als Treffglocken herzustellen und zu vertreiben, sowie diese Automaten nur an solche Käufer abzugeben, die sich gleichzeitig verpflichteten, die Füllungen von der Beklagten zu beziehen. Demgegenüber verpflichtete sich die Beklagte, ihre Füllungen nur für die Treffglocken zur Verfügung zu stellen. Die Klägerin stellte diesen Tischautomaten, aus dem gegen Einwurf von 20 Pfennigen (2 Zehnpfennigstücken) die Abgabe der Ware erfolgen sollte, zum Lieferpreis von 32 DM je Stück her. Jeder Partei stand das Recht zu, Aufträge auf "Treffglocken" entgegenzunehmen. Holte die Klägerin den Auftrag herein, so sollte der Kaufpreis in der Weise beglichen werden, daß der Käufer an dem vereinbarten Liefertermin den Betrag von 17 DM sofort zu zahlen hatte, während die Beklagte sich verpflichtete, den Restbetrag von 15 DM je Apparat mit 30 Tagen Ziel nach Rechnungserteilung oder mit Dreimonatsakzept zu zahlen. Bezüglich der Automaten, die die Beklagte selbst vertrieb, wurde deren Zahlungsverpflichtung vereinbarungsgemäß dahin geregelt, daß diese Automaten als von ihr selbst gekauft angesehen wurden und demzufolge auch von ihr an die Klägerin zu bezahlen waren.

Ziff 8 des Hauptvertrages bestimmte, daß die Treff-



glocken von der Klägerin gemäß dem übergebenen Muster in einwandfreier Ausführung zu liefern waren, wobei sie die Verpflichtung übernahm, solche Störungen, die auf mangelhafte Konstruktion oder auf Herstellungs- oder Materialfehler zurückzuführen waren, innerhalb eines halben Jahres nach Lieferung kostenlos unter Übernahme der Versandkosten zu beseitigen. Durch den Vertrag vom 7. November 1951 war vorgesehen, daß die Klägerin ab Anfang November 1951 bis Ende Juni 1952 15.000 Treffglocken herstellen sollte, und zwar im November 1.000, in den folgenden 7 Monaten je 2.000 Stück, von denen die Beklagte sich zur Abnahme der Hälfte Produktion verpflichtete.

In Abänderung der Ziff 10 des Hauptvertrages wurde im Verträge vom 7. November 1951 bestimmt, daß der Beklagten ab 1. Juli 1952 allein das Recht zustehen sollte, die Geltungsdauer der Verträge zu bestimmen.

Entsprechend diesen Vereinbarungen hat die Klägerin in der Zeit vom 18. Dezember 1951 bis 4. Januar 1952 insgesamt 600 Glocken an die Beklagte nach M. geliefert und des weiteren im Auftrage der Beklagten an deren Kunden insgesamt weitere 400 Glocken, und zwar:

- 1.) an die Firma H. R. KG, M. ,
Filiale K. 300 Glocken
- 2.) an Eduard Ke. , Gö. 20 "
- 3.) an Felizian Br. , S. 50 "
- 4.) an Joseph W. , Ko. 5 "
- 5.) an die Firma Ko. , Wi. 25 "

Die Firma Re. KG bezahlte an die Klägerin unmittelbar den Kaufpreis für 200 Glocken mit 6.790 DM. Laut Kontoauszug der Klägerin stehen noch 27.128 DM zur Bezahlung durch die Beklagte offen, während die Klägerin unstreitig der Beklagten aus Warenlieferung 2.492,70 DM verschuldet.

Von den an die Beklagte unmittelbar gelieferten 600 Glocken gingen 120 Glocken an die Firma Bl[REDACTED]-Betriebe, Ewald Re[REDACTED] in Bre[REDACTED]-L[REDACTED]. Die Verpflichtung zur Zahlung dieses Teilpostens wird von der Beklagten nicht bestritten.

Mit Schreiben vom 8. April 1952 hat die Beklagte alle ihr unmittelbar übersandten sowie die in ihrem Auftrage an ihre Kunden übersandten Glocken der Klägerin mit Ausnahme der an die Bl[REDACTED]-Betriebe gelieferten Glocken zur Verfügung gestellt. Sie verweigerte die Bezahlung der von der Klägerin gelieferten 880 (1.000 - 120) Glocken, da sie erhebliche Mängel aufwiesen und der Musterglocke nicht entsprächen. Schon mit Schreiben vom 8. Januar 1952 hatte die Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen, daß die Glocken, die bisher zur Aufstellung gelangt seien, zu Reklamationen Anlaß gegeben hätten, insbesondere sei der Übelstand aufgetreten, daß ein großer Teil der Automaten die Ware auch dann abgäbe, wenn statt des Einwurfs von zwei Zehnpfennigstücken der Einwurf von nur einem Einpfennigstück und einem Zehnpfennigstück erfolgte. Hierauf hatte die Klägerin erwidert, daß sie bereits wegen dieses Fehlers, der auf den eingebauten Münzprüfer zurückzuführen sei, mit den Herstellerfirmen der Münzprüfer in Verhandlung stehe, bei denen sie die Nichtübereinstimmung mit der Musterglocke bemängelt habe. Es handle sich hierbei jedoch, so führte die Klägerin in ihrer Erwiderung weiter aus, nur um etwa 25 Glocken, bei denen diese Fehler aufgetreten seien. Sie sei bereit, falls von diesen 25 Glocken etwa einige an die Beklagte oder an deren Kunden geliefert worden seien, sie zurückzunehmen. In dieser Zeit hatte sich auch eine Firma Bruno H[REDACTED] KG in He[REDACTED] an die Beklagte gewandt und sie darauf hingewiesen, daß durch den Vertrieb der "Treffglocken" seitens der Beklagten ihre Schutzrechte verletzt

würden. Nach einem Briefwechsel hierüber ließ die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 23. Januar 1952 ihres Rechtsvertreters mitteilen, daß sie mit Rücksicht auf das Nichtfunktionieren der Glocken und der der Klägerin bekannten Ansprüche der Firma H. wegen Verletzung der dieser Firma zustehenden Schutzrechte die Verträge vom 6. und 7. November 1951 kündige. Von den bisher zur Lieferung gelangten Glocken seien bisher ca. 500 Glocken aufgestellt, während die restlichen Glocken sich noch auf ihrem Lager befänden. Da das Ausmaß der Beanstandungen noch nicht zu übersehen sei, müsse sie sich bezüglich der bereits aufgestellten Glocken ihre Entschließung vorbehalten, die auf ihrem Lager befindlichen Glocken stelle sie der Klägerin zur Verfügung. Die Klägerin erklärte sich mit Schreiben vom 28. Januar 1952 an den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten als auch mit Schreiben vom gleichen Tage an die Beklagte selbst mit der fristlosen Kündigung der Verträge einverstanden. Sie teilte der Beklagten mit, daß sie ca. 300 Glocken, die sich noch auf deren Lager befänden, zurücknehme.

Mit Schreiben vom 15. Februar 1952 übersandte die Beklagte an die Klägerin Schreiben der Firma R. KG und der Firma Eduard K., inhalts deren beide Firmen die gelieferten Glocken wegen aufgetretener Mängel zur Verfügung stellten. Sie forderte die Klägerin auf, den von der Firma R. KG an sie unmittelbar gezahlten Betrag für 200 Glocken mit 6.790 DM, deren Rückzahlung diese Firma von ihr, der Beklagten, nunmehr verlangte, zurückzuzahlen, und stellte in dem Schreiben ausdrücklich fest, daß sie sich für sämtliche Kosten, Ausfülle und Schäden an der Klägerin schadlos halten werde. Hierauf antwortete die Klägerin am 18. Februar 1952, daß die ihr mit Schreiben vom 15. Februar 1952 mitgeteilten Reklamationen "reichlich fadenscheinig und weit hergeholt" erschienen. Auch die Firma W. stellte die ihr übersandten 5 Glocken der Beklagten zur Verfügung, wovon

die Beklagte der Klägerin mit der Aufforderung zur Rückvergütung der bereits von dieser Firma gezahlten Beträge am 28. Februar 1952 Mitteilung machte. Auch in diesem Schreiben machte die Beklagte die Klägerin für den ihr entstandenen Schaden verantwortlich. Mit Schreiben vom 13. März 1952 wies die Klägerin sämtliche Reklamationen als unbegründet zurück, sie erklärte sich lediglich bereit, allenfalls die 25 Glocken mit unzureichenden Münzprüfern zurückzunehmen, falls diese an die Beklagte oder deren Kunden geliefert sein sollten. Sie verlangte unter Fristsetzung den ihr laut Kontoauszug zustehenden Betrag von 27.128 DM von der Beklagten.

Die Klägerin hat daher in erster Instanz die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 27.128 DM abzüglich des von ihr der Beklagten aus Warenlieferung geschuldeten Betrages von 2.492,30 DM, mithin eines Restes von 24.635,70 DM, nebst Zinsen beantragt.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten, da die von der Klägerin gelieferten Treffglocken mangelhaft gewesen seien und der Musterglocke nicht entsprochen hätten. Sie hat unter Bezugnahme auf §§ 459, 494, 463 BGB Schadensersatz von der Klägerin verlangt und widerklagend beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 9.208 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Zum Widerklageantrag hat sie folgende Berechnung aufgemacht:

- | | |
|--|--------------------|
| 1.) Rückzahlung des von der Firma R. KG an die Klägerin gezahlten Betrages für 200 Glocken, für den die R. KG sie verantwortlich mache | 6.790,-- DM |
| 2.) Warenlieferung an die Klägerin | 2.492,70 " |
| 3.) Eigener Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Nichterfüllung und wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften -Teilbetrag | 4.000,-- " |
| | <hr/> 13.282,70 DM |
| abzüglich Guthaben der Klägerin für 120 an die Firma B. -Betriebe gelieferte Glocken zum Preise von 33,95 DM . . . | 4.074,-- " |

Den ihr entstandenen Schaden von 4.000 DM unter 3.) hat sie im Schriftsatz vom 18. November 1952 (GA Bl 104 R/ 105) unter Vorbehalt weitergehender Ansprüche wie folgt substantiiert:

- a) Von den an sie nach M. gelieferten 600 Glocken habe sie 240 Stück aufgestellt, jedoch zurücknehmen müssen. Hierdurch seien ihr Unkosten von mindestens 2 DM je Apparat entstanden 480,--
 - b) Jeder Abnehmer der Glocken habe die Verpflichtung zum Bezuge eines Sortiments Füllung zum Preise von 22,40 DM übernommen. Hierbei habe sie einen Reinverdienst von 10 % gehabt. Für die 880 Apparate, die von ihr zur Verfügung gestellt seien, hätte sie somit 880 Sortimente liefern können, deren Preis 19.712 DM betragen haben würde, hiervon 10 % 1.971,--
 - c) Die Firma R. KG berechne ihren Schaden, den sie von ihr verlange, für Aufstellung der 200 Apparate mit 1,75 DM je Stück und für Transportkosten 200 DM, insgesamt 550,--
 - für Transportkosten von 80 ausgewechselten Automaten (Hin- und Rücktransport je 2,-- DM) 160,--
 - für die durch Zurückziehung der Apparate entstandenen Kosten sowie für Anlegung von Karteien und Verwaltungskosten. 300,--
 - d) Die Firma R. KG bezahle ihre Rechnungen jeweils mit 2 % Kassaskonto. Dies sei ihr bezüglich der in das Automatengeschäft investierten 6.790 DM zuzüglich 1.010 DM Unkosten, zusammen 7.800 DM, nicht möglich gewesen. Die Firma R. setze ihr Kapital 12-mal im Jahre um, das bedeute für sie einen Schaden von 2 % je Monat von 7.800 DM = 156 DM. Für 10 Monate berechnet (14.1. - 14.9.52) 1.560,--
- 5.021,--

Hiervon beansprucht die Beklagte einen Teilbetrag von 4.000 DM.

Die Klägerin hat um Abweisung der Widerklage gebeten. Die Beklagte habe weder ein Recht auf Wandelung noch auf Schadensersatz. Zwischen den Parteien habe eine atypische Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden. Hieraus ergebe sich die Verpflichtung der Beklagten, ihr die Beseitigung der Mängel zu ermöglichen. Diese Verpflichtung sei auch ausdrücklich in Ziff 8 des Hauptvertrages vereinbart. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte nicht nachgekommen. Durch die Kündigung der Verträge seitens der Beklagten sei ihr Nachbesserungsrecht nicht berührt worden. Da die Beklagte insoweit ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen sei, könne sie Gewährleistungsansprüche solange nicht geltend machen, als sie ihr nicht vorher Gelegenheit zur Nachbesserung etwaiger mangelhafter Apparate gegeben habe.

Was die 300 auf dem Lager der Beklagten befindlichen Apparate betreffe, zu deren Rücknahme sie sich im Schreiben vom 28. Januar 1952 verpflichtet habe, könne sich die Beklagte auf diese Zusage nicht mehr berufen. Die Beklagte habe deren Herausgabe Anfang April 1952 mit der Begründung verweigert, an diesen Apparaten ein Zurückbehaltungsrecht wegen des von der Firma R. KG gezahlten Kaufpreises von 6.790 DM, für deren Rückzahlung sie dieser Firma hafte, zu haben. Sie bestreite ein solches Recht der Beklagten.

Fürsorglich hat sie in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht den Hilfsantrag gestellt, die Beklagte zur Zahlung von 27.128 DM - 9.600 DM = 17.528 DM und zur Herausgabe der bei der Beklagten lagernden 300 Glocken zu verurteilen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte verurteilt:

- I a) auf Zahlung von 5.073,90 DM nebst Zinsen,
- b) auf Herausgabe der 300 Tischglocken, die sich noch auf dem Lager der Beklagten befinden.

Es hat ferner erkannt:

- c) auf Abweisung der Klage bezüglich 11.984,35 DM,
- d) auf Abweisung der Widerklage.

Die Entscheidung über die weitergehenden Zahlungsansprüche der Klägerin sowie über die Kosten hat das Landgericht dem Schlußurteil vorbehalten. Hierzu hat es ausgeführt: Die 179 Glocken, die bei der Firma R. KG in K. lagern, seien auch mit Mängeln behaftet gewesen. Durch eine weitere Beweisaufnahme müsse aber geklärt werden, ob die Klägerin verpflichtet sei, den Kaufpreis, den sie bereits erhalten habe, zurückzuerstatten. Sie habe behauptet, einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu haben. Diese Glocken seien durch schlechte Lagerung derartig entwertet worden, daß sie nur noch Schrottwert hätten. Die Beklagte habe dies bestritten. Da insoweit eine Entscheidung noch nicht habe ergehen können, der Rechtsstreit aber im übrigen entscheidungsreif sei, habe die Kammer in Gemäßheit des § 301 ZPO ein Teilurteil erlassen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat beantragt zu erkennen:

Auf die Berufung wird das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Klage, soweit sie gemäß Ziff I a des Urteils auf Zahlung gerichtet ist, abgewiesen. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 9.208,70 DM nebst 6 % Zinsen ab 1. März 1952 zu zahlen.

Die Klägerin hat selbständige Anschlußberufung eingelegt, indem sie in der Berufungsinstanz den Antrag auf Verurteilung zur Herausgabe der auf dem Lager der Beklagten liegenden 300 Glocken fallen ließ, nunmehr Bezahlung der Glocken verlangt. Sie hat den Antrag gestellt:

- a) das Urteil insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Herausgabe von 300 Tischautomaten verurteilt und als die Klage bzgl. des Teilbetrages von 11.984,35 DM abgewiesen worden sei,
- b) die Beklagte zu weiteren 11.984,35 DM nebst Zinsen zu verurteilen,
- c) die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat wie folgt erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin wird auf die Berufung der Beklagten das Teilurteil des Landgerichts-Kammer für Handelssachen- Mannheim vom 5. August 1953 abgeändert und erkannt:

- 1) Die Klage wird, soweit die Klägerin 5.073,90 DM nebst 5 % Zinsen seit 26. März 1952 und Bezahlung weiterer 11.984,35 DM begehrt, abgewiesen.
- 2) Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte Zug um Zug gegen Herausgabe von 875 Tischautomaten (Treff-Glocken) den Betrag von 9.208,70 DM nebst 6 % Zinsen hieraus ab 1. März 1952 zu bezahlen.
- 3) Die Entscheidung über den Antrag der Klägerin auf Verurteilung zu einer die in obiger Ziffer 1 genannten Beträge übersteigenden Summe wird ebenso wie die Kostenentscheidung der ersten Instanz dem Schlußurteil des Landgerichts vorbehalten.
- 4) Die Entscheidung über die Kosten der zweiten Instanz wird ebenfalls dem Schlußurteil des Landgerichts vorbehalten.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt, mit der sie unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach den von ihr in der Berufungsinstanz gestellten Schlußanträgen zu erkennen bittet, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision gebeten hat.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin verlangt den Kaufpreis für die der Beklagten bzw deren Abnehmern gelieferten Glocken. Die Beklagte verweigert die Zahlung, da die Lieferung der Klägerin mangel-

haft gewesen sei und die Glocken nicht den durch das Muster zugesicherten Eigenschaften entsprochen hätten.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß zumindest der größte Teil der Glocken mit Mängeln behaftet gewesen sei, die ihren vertragsmäßigen Gebrauch aufheben oder mindern. Die Glocken entsprächen auch zu diesem Teil nicht den durch das Muster zugesicherten Eigenschaften.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht es unterlassen habe, Feststellungen über die Art und Zahl der Mängel zu treffen, und lediglich darauf Bezug nehme, daß die Sachverständigen Ho[REDACTED] und Sc[REDACTED] zu dem Ergebnis gekommen seien, daß nahezu alle Glocken mit Mängeln behaftet gewesen wären. Diese Feststellung finde in dem Gutachten Sc[REDACTED], das allein den Tatsachenfeststellungen des angefochtenen Urteils zugrunde zu legen sei, keine Stütze. Die entscheidenden Feststellungen des Sachverständigen Schultz seien zwar dahin gegangen, daß Konstruktionsfehler im Sinne der Ziff 8 des Hauptvertrages der Grund des Versagens der Glocken gewesen seien. Der Sachverständige habe aber auch festgestellt, und dies habe das Berufungsgericht sich nicht zu eigen gemacht, daß die Klägerin ihre Bereitwilligkeit zur Nachbesserung bekundet habe. Auch die Feststellung, daß nahezu alle Glocken mit Fehlern behaftet gewesen seien, sei nicht hinreichend bestimmt und daher nicht geeignet, das Berufungsurteil zu tragen.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht das von Ho[REDACTED] erstattete Gutachten nicht zur Begründung seines Urteils verwenden durfte, nachdem das Landgericht mit Rücksicht auf einen Verfahrensmangel die Parteien gefragt hatte, ob sie die Erstattung des Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen beantragen wollten, und die Klägerin einen derartigen Antrag gestellt hatte. Das eingehende Gut-

achten des Sachverständigen Sc[REDACTED], der alsdann ein Gutachten erstattet hat, reicht entgegen der Ansicht der Revision jedoch aus, um das Berufungsurteil in dieser Beziehung zu tragen. Dieses Gutachten kommt zu dem Schluß, daß von den dem Sachverständigen zur Prüfung vorgelegten Glocken, und zwar 553 Glocken, die in M[REDACTED] lagerten und von 270 Glocken, die bei der Firma R[REDACTED] KG in K[REDACTED] sich befanden, also von insgesamt 823 Glocken,

227 Glocken glasbeschädigt waren,

271 Glocken eine falsche Zusammensetzung aufwiesen,

2 Glocken ohne Geld betätigt werden konnten,

179 Glocken mit kleineren Münzen bedient werden konnten, so daß die Warenausgabe durch den Automaten bei dem Einwurf von weniger als 20 Pfennig erfolgte und bei

90 Glocken die Waage nicht einwandfrei justiert war.

Verschiedene Glocken wiesen mehrere Fehler gleichzeitig auf.

Wenn auch die Glasschäden bei 22 Glocken in M[REDACTED] auf Transport oder Fall zurückgeführt werden könnten und dies auch bei 20 Glocken in K[REDACTED] der Fall gewesen sein möge, und bei 46 in K[REDACTED] lagernden Glocken die Waage nicht vorschriftsmäßig arbeitete, was möglicherweise auf die dortige unsachgemäße Lagerung zurückzuführen sei und vielleicht auch andere Fehler bei den in K[REDACTED] lagernden Glocken zu einem gewissen Teil mit der schlechten Lagerung zusammenhängen könnten, so ist doch der Sachverständige unter Berücksichtigung dieser Umstände zu dem Schluß gekommen, daß die Glocken selbst nicht einmal bedingt betriebsfähig gewesen seien, sondern abgeändert werden müßten, und zwar nicht nur die beanstandeten, sondern alle Glocken.

Wenn die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Feststellung des Sachverständigen nicht beachtet, daß die Klägerin zur Nachbesserung bereit gewesen sei, so verkennt

die Revision, daß die Prüfung der Rechtserheblichkeit dieser Frage und eine Entscheidung hierüber nicht Aufgabe des Sachverständigen, sondern allein des Gerichts ist. Wenn bei dieser Sachlage das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf dieses Gutachten, dem es ausdrücklich beitrifft, sich die Ausführungen des Sachverständigen zueigen macht, so sind die vom Sachverständigen festgestellten Mängel als vom Berufungsgericht auf Grund des Sachverständigengutachtens, dem es sich mit den Worten "dem kann nur beigetreten werden" angeschlossen hat, als festgestellt zu erachten. Der Rüge der Revision ist daher der Erfolg zu versagen.

Sind aber solche Mängel als festgestellt anzusehen, so hat das Berufungsgericht mit Recht die Frage geprüft, ob diese Mängel Gewährleistungsansprüche der Beklagten ausgelöst haben, oder ob diese wegen der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien oder wegen etwaiger gesellschaftsähnlicher Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander oder aus gesetzlichen Vorschriften nicht zur Anwendung kommen könnten.

Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, ob mit der Annahme der Kündigung der Verträge durch die Beklagte und mit der ursprünglichen Bereitwilligkeitserklärung der Klägerin, 300 bei der Beklagten lagernde Glocken zurückzunehmen, ein Anerkenntnis der Klägerin der von der Beklagten damals geltend gemachten Mängel zu erblicken gewesen sei. Es hat unterstellt, daß dies nicht der Fall gewesen sei. Es hat aber im Gegensatz zu dem Landgericht, dem sich die Revision angeschlossen hat, verneint, daß die Gewährleistungsansprüche der Beklagten auf Grund der Ziff 8 Abs 2 des Hauptvertrages insoweit ausgeschlossen worden seien, als der Klägerin ein Nachbesserungsrecht zugestanden habe und die Beklagte demzufolge Gewährleistungsansprüche erst dann geltend machen können, wenn die Klägerin dieses ihr zustehen

de Recht nicht ausgeübt haben würde. Das Berufungsgericht hat Ziff 8 Abs 2 des Hauptvertrages dahin ausgelegt, daß diese Bestimmung "kein Recht", sondern lediglich eine Verpflichtung der Klägerin zur Nachbesserung auf Wunsch der Beklagten beinhalte. Diese Auslegung des Berufungsgerichts verstößt nicht gegen anerkannte Auslegungsregeln, wie die Revision geltend macht. Sie ist daher für das Revisionsgericht bindend, sofern die Revision nicht begründete Rügen dahingehend erhebt, daß das Berufungsgericht bei seiner Auslegung den Vortrag der Klägerin hierbei nicht erschöpfend gewürdigt habe.

Was zunächst den Vorwurf der Revision anbetrifft, die Auslegung verstoße gegen anerkannte Auslegungsregeln, so stützt sie sich hierbei auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. November 1915 (RGZ 87, 335 337).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch ein Recht des Verkäufers, durch Nachbesserung den Gewährleistungsansprüchen zu entgehen, nicht anerkennt; nur in besonders gearteten Fällen kann unter Berücksichtigung der §§ 286, 157 und 242 BGB ein solches Recht gegeben sein, so, wenn die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen seitens des Käufers nur den Zweck haben kann, dem Verkäufer Schaden zuzufügen oder wenn aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Inhalt des Vertrages die Verpflichtung des Käufers zu folgern ist, die ausgebesserte Leistung gelten zu lassen (RGZ 61, 91 94). Diese Ausführungen hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 23. November 1915 dahin ergänzt, daß ein Nachbesserungsrecht dann in der Regel anzunehmen sei, wenn die Parteien über die Beseitigung der Mängel besondere Abreden getroffen haben. Durch solche Abreden gäben die Parteien zu erkennen, daß sie mit vorhandenen Fehlern rechnen und den Versuch nachträglicher Beseitigung als dem Vertragszwecke entspre-

chend betrachten (RGZ 87, 335 337).

Es kann zunächst zweifelhaft sein, ob die Auslegung der im Hauptvertrag enthaltenen ähnlichen Bestimmung in einem anderen Sinn einen Verstoß gegen anerkannte Auslegungsregeln darstellt, um so mehr, weil es sich um eine einmalige Auslegung des Reichsgerichts handelt. Im übrigen hat das Reichsgericht diese Auslegung selbst nicht als unumstößlich hingestellt, sondern nur als "in der Regel zutreffend" bezeichnet. In dem Rechtsstreit, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorlag, handelte es sich um die mangelhafte Lieferung von nur drei Registrierkassen für den eigenen Wirtschaftsbetrieb der Käuferin. Im vorliegenden Rechtsstreit handelt es sich jedoch um 1.000 Apparate, die bei vielen Gastwirtschaften oder ähnlichen Betrieben bereits aufgestellt waren oder aufgestellt werden sollten. Viele Hunderte der Apparate sind der Beklagten von ihren Kunden zur Verfügung gestellt worden; soweit sie Automaten selbst noch auf Lager hatte, zeigten sie die vom Sachverständigen festgestellten Mängel. Es war der Beklagten nicht zuzumuten, die auf eine dauernde Geschäftsverbindung mit ihren Kunden angewiesen war eine Nachbesserung der Klägerin zu gestatten, wenn sie nicht Gefahr laufen wollte, hierdurch ihre Abnehmer völlig zu verärgern und beträchtliche wirtschaftliche Nachteile für die Zukunft in Kauf zu nehmen. Würde es sich nur um vereinzelte Apparate gehandelt haben, bei welchen sich Mängel nach der Aufstellung herausstellten, so könnte ein Nachbesserungsrecht der Klägerin insoweit anerkannt werden. Bei der hier gegebenen Sachlage widerspricht das Verlangen der Klägerin geradezu den Grundsätzen von Treu und Glauben. Die Klägerin hatte zumindest ihre Sorgfaltspflicht bei Lieferung der Apparate erheblich verletzt. Kein Geschäftsmann hätte sich hierauf einlassen können. Es ist somit der Auslegung des Berufungsgerichts zuzustimmen; sie verstößt nicht gegen Auslegungsgrundsätze.

Die Revision hat unter Bezugnahme auf den Schriftsatz der Klägerin vom 13. Oktober 1953 ausgeführt, die Parteien seien sich bei Abschluß der Verträge im klaren gewesen, daß es sich bei den zu liefernden Automaten um eine Neukonstruktion gehandelt habe. Die Beklagte sei von der Klägerin darauf hingewiesen worden, es könne gefährlich und nachteilig sein, wenn die Aufstellung nicht durch sachkundige Automatenaufsteller erfolgen würde. Hierfür habe sich die Klägerin auf das Zeugnis des Herrn Me [REDACTED] bezogen. Die Revision rügt, daß dieser Zeuge nicht vernommen worden sei. Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Aus dem Vortrag der Parteien ergibt sich, daß die "Treffglocke" eine Nachbildung einer in Vorkriegszeiten bewährten Glocke ist. Dem damaligen Geldwert entsprechend war diese Glocke in der Weise konstruiert, daß sie gegen Einwurf eines Zehnpfennigstückes Ware abgab. Nunmehr reichte ein solcher Betrag als Entgelt für die von dem Automaten abzugebende Ware nicht aus. Es mußte daher insoweit eine Neukonstruktion geschaffen werden, als die Abgabe von Ware nur gegen Einwurf von zwei Zehnpfennigstücken erfolgen sollte. Das war den Parteien bekannt. Der in den Apparat eingebaute Münzprüfer hatte die Aufgabe, ein solches Funktionieren zu gewährleisten. Die Glocken waren gemäß Ziff 8 des Hauptvertrages in einwandfreier Ausführung zu liefern. Aus dem Verträge vom 7. November 1951 ergibt sich, daß eine ausgedehnte Produktion bei der Klägerin sofort nach Abschluß der abgeschlossenen Verträge anlaufen sollte. Noch im November 1951 sollte sie 1.000 Glocken und in den folgenden Monaten je 2.000 Glocken herstellen, von denen die Beklagte sich verpflichtete, die Hälfte abzunehmen. Ein solcher Abschluß setzte voraus, daß die Glocken bereits bei Eingehung der Lieferverpflichtung einwandfrei durchkonstruiert waren. Es konnte natürlich bei einer solchen Serienherstellung vorkommen, daß der eine oder der andere Apparat nicht einwandfrei arbeitete und der Beklagten mit einem Fehler geliefert

wurde, der bei der Absendung unentdeckt blieb und sich erst nach seiner Aufstellung zeigte. Solche Fehler, mit welchen bei der Herstellung von Serienartikeln immer zu rechnen ist und die bei der Vielzahl der gelieferten Gegenstände keine Rolle spielen, sollte die Klägerin nachbessern. Die Klägerin hat nicht substantiiert vorgetragen, daß zwischen den Parteien ein Nachbesserungsrecht vereinbart worden sei, weil beide Parteien mit Kinderkrankheiten der Glocke von vornherein rechneten. Sie hat nichts dafür dargetan, daß die Beklagte bei Abschluß der Verträge hätte davon ausgehen müssen, daß die Mehrzahl der Glocken nochmals der Klägerin nach Berlin übersandt werden müßte, um sie gebrauchsfähig zu machen. Es fehlt eine Substantiierung der Klägerin sowohl hinsichtlich des Ortes, des Zeitpunktes als auch vor allem des Ausmaßes der von ihr behaupteten Nebenabrede. Es mag richtig sein, daß die Klägerin der Beklagten bei Abschluß des Vertrages geraten hat, wie Me[redacted] als Zeuge bekunden soll, daß die Glocken durch sachverständige Automatenaufsteller aufgestellt werden sollten. Eine vertragliche Verpflichtung hierzu hat aber die Beklagte nicht übernommen. Dies behauptet die Revision selbst nicht. Es erübrigte sich daher für das Berufungsgericht, diesen Zeugen zu vernehmen. Ist somit die Auslegung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin ein Nachbesserungsrecht nach dem Inhalt des Hauptvertrages nicht zustehe, nicht zu beanstanden, so war weiter zu prüfen, ob ein solches Recht sich aus den vertraglichen Beziehungen der Parteien für sie ergab.

Die Revision meint, daß durch den Vertrag gesellschaftsähnliche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien zustande gekommen seien; die Parteien seien hierdurch in ein Treueverhältnis zueinander getreten, was jedem Gesellschaftsverhältnis innewohne. Dieser Gesichtspunkt reiche allein schon aus, der Klägerin ein Nachbesserungsrecht zuzubilligen, selbst

wenn dies im Vertrage nicht ausdrücklich aufgenommen worden sei.

Es ist der Revision zuzugeben, daß durch die Verträge eine gewisse Interessenverknüpfung zwischen den Parteien eingetreten ist; es ist auch richtig, daß auf solche Vertragsverhältnisse, insbesondere auf solche gesellschaftsähnlicher Art, einzelne Vorschriften des Gesellschaftsrechts Anwendung finden können (KRGR 1953 Vorbem z § 705 BGB Anm 2 a). Auch können derartige gesellschaftsähnliche Verträge unter Umständen eine Treupflicht der Gesellschafter untereinander erzeugen. Die Treupflicht der Gesellschafter untereinander findet jedoch ihre Grenze an den eigenen Interessen der Beklagten, sofern diese nicht dem gemeinsamen Ziel der Parteien zuwiderlaufen (vgl Hueck, Das Recht der oHG § 13 I, 3 S 122). Das gemeinsame Ziel der Parteien war, Tischglocken in höchstmöglicher Anzahl zu verkaufen. Dadurch war beiden Parteien, die ihr Geschäft beleben wollten, gedient. Lieferte nun die Klägerin Apparate, die durch ihre mangelhafte Qualität den Käufern Anlaß zu Klagen gaben, so war dem gemeinsamen Zweck der Parteien in keiner Weise gedient, vielmehr ihr Ziel in erheblichem Ausmaß gefährdet. Ein Nachbesserungsrecht der Klägerin diente nicht dem gemeinsamen Ziel, sondern hätte lediglich eine weitere Belästigung der schon wegen der Schlechtlieferung verärgerten Kundschaft der Beklagten zur Folge gehabt. Daher ist auch nicht aus einem etwaigen Treuverhältnis der Parteien aus dem Gesichtspunkt ihrer gesellschaftsähnlichen Beziehungen ein solches Recht abzuleiten. Die Beklagte war berechtigt, ihre eigenen Interessen zu wahren; dies insbesondere auch deswegen, weil es zunächst die Klägerin war, die in erheblicher Weise ihren Vertragspflichten nicht nachkam und die ihr etwa aus dem Vertrag obliegende Treupflicht gegen die Beklagte durch Schlechtlieferung verletzte.

Dem Berufungsgericht ist somit im Ergebnis zuzustimmen, daß ein Nachbesserungsrecht der Klägerin auch nicht aus einem etwaigen gesellschaftsähnlichen Verhältnis der Parteien zu einander zu folgern ist.

Das von der Klägerin geltend gemachte Nachbesserungsrecht könnte daher nur seine rechtliche Grundlage in den Gewährleistungsvorschriften des BGB haben. Dies ist aber nicht der Fall, wie bereits im Vorstehenden ausgeführt worden ist. Hierzu ist noch zu bemerken, daß ein solches Nachbesserungsrecht überhaupt nur dann in Frage kommt, wenn der Käufer hierdurch in dem Gebrauch der Sache nicht erheblich gehindert wird (Soergel 1952 z § 462 BGB Anm 4). Daß die Nachbesserung im vorliegenden Fall eine erhebliche Behinderung der Kunden der Beklagten und somit für sie selbst bedeutete, bedarf schon mit Rücksicht darauf, daß die Apparate an die in B. gelegene Fabrik der Klägerin hätten gesandt werden müssen, keiner weiteren Darlegung. Bei dieser Sachlage war es daher unerheblich, ob die Klägerin zur Nachbesserung nicht bereit war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat. Es erübrigte sich daher, auf die Rügen der Revision insoweit einzugehen.

Entfällt somit ein Recht der Klägerin auf Nachbesserung auch auf Grund der Vorschriften über Gewährleistung, so war dem Berufungsgericht auf Grund der von ihm getroffenen tatsächlichen Feststellungen zu folgen, daß zumindest der größte Teil der Glocken mit Mängeln im Sinne des § 459 Abs 1 BGB behaftet gewesen sei. Da die Beklagte die gesamte Lieferung mit Ausnahme der an die B.-Betriebe gelieferten 120 Glocken der Klägerin aus diesem Grunde zur Verfügung stellte, so hat diese, da der Wandelungsanspruch der Beklagten durchgreift, keinen Anspruch auf Bezahlung von 880 Glocken. Die Beklagte hat mit Recht sämtliche 880 Glocken der Kläge-

rin zur Vergütung gestellt. Die Ausnahmenvorschrift des § 469 Satz 2 BGB ist nur die Ausprägung des allgemeinen Gedankens, daß beide Parteien, auch wenn nur ein Teil von mehreren Sachen mangelhaft ist, gleichwohl die Zurverfügungstellung aller Sachen hinnehmen müssen oder verlangen können, wenn die Beschränkung auf die wirklich mangelhaften Sachen einer Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Der Verkäufer einer Partie gleichartiger Sachen kann sich auf die Vorschrift des § 469 Satz 1 BGB dann nicht berufen, wenn die Trennung der mangelfreien von den mangelhaften Sachen nur durch mühevoll und zeitraubendes, dem Käufer nach Treu und Glauben nicht zuzumutendes Aussortieren möglich gewesen wäre (BGH in Lind Möhr z § 469 BGB Nr 1). Dies ist im vorliegenden Rechtsstreit der Fall. Der Beklagten war nicht zuzumuten, bei ihren Kunden die mangelhaften Apparate herauszusuchen. Dies wäre mit erheblicher Mühe verbunden gewesen und hätte eine weitere Spannung zwischen der Klägerin und den unzufriedenen Kunden verursacht. Dies gilt auch für die 300 Glocken, die bei der Beklagten lagern, deren Zurücknahme die Klägerin nunmehr endgültig verweigert hat und deren Bezahlung sie verlangt.

Wegen der Frage, ob die Klägerin einen Anspruch auf Schadensersatz bezüglich der 179 in K. bei der Firma R. KG lagernden Glocken wegen deren unsachgemäßen Lagerung und der damit zusammenhängenden Wertminderung oder aus einem anderen Rechtsgrunde hat, schwebt der Rechtsstreit noch in erster Instanz und ist nicht in die Berufungsinstanz gediehen, so daß auch in der Revisionsinstanz hierüber nicht zu entscheiden war. Dies hat das Berufungsurteil in Nr 3 seines Urteilsspruches deutlich zum Ausdruck gebracht.

Die Klägerin hat daher insoweit keinen Anspruch auf den Kaufpreis, als die Beklagte gewandelt hat. Dies ist

lediglich nicht der Fall bezüglich der 120 Glocken, welche der Firma Bl [REDACTED]-Betriebe, Ewald Re [REDACTED] in Bre [REDACTED] L [REDACTED], geliefert worden sind. Die Beklagte hat diese Zahlungsverpflichtung in Höhe von 4.074 DM anerkannt.

Dieser Betrag vermindert sich jedoch um 2.492,70 DM, welche die Klägerin der Beklagten unstreitig aus Warenlieferung verschuldet. Unter Verrechnung dieses Betrages, dessen Zahlung die Beklagte mit der Widerklage, auf welche im übrigen unter II eingegangen werden wird, verlangt, ermäßigt sich daher ihr Anspruch auf 1.582,30 DM. Diese Summe stellt den Betrag dar, den die Klägerin im günstigsten Falle als Kaufpreis von der Beklagten verlangen kann, sofern nicht auch dieser Betrag durch Zuerkennung der mit der Widerklage geltend gemachten Gegenansprüche aufgezehrt wird.

Da das Berufungsgericht den Klaganspruch in voller Höhe abgewiesen hat, war das Berufungsurteil wegen dieses Teilbetrages von 1.582 DM aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Da aber der Anspruch der Klägerin 1.582 DM nicht übersteigen kann, war die Revision der Klägerin, soweit sie den Betrag von 1.582 DM übersteigt, zurückzuweisen.

II. Was nun die Widerklage anbetrifft, so hat das Berufungsgericht diese in der beantragten Höhe von 9.208 DM als berechtigt mit der Begründung anerkannt, daß der Beklagten dieser Anspruch aus §§ 494, 463 BGB zustehe.

Über den von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruch in Höhe von 6.790 DM (Tatbestand S 6 unter Ziff 1), den die Beklagte verlangt, weil die Firma R [REDACTED] KG von den ihr gelieferten 300 Glocken unstreitig 200 Glocken mit 6.790 DM bezahlt hat, ist der Rechtsstreit jedoch noch nicht zur Entscheidung reif. In jedem Falle würd

die Beklagte nur einen Anspruch gegen die Klägerin auf Befreiung von dieser Schuld haben, da sie bisher die Rückerstattung dieses Betrages an die Firma R. KG nicht dargestellt hat. Diesem Anspruch, der an sich der Beklagten aus § 467 BGB zustehen würde, stehen jedoch Gegenansprüche der Klägerin, welche sie wegen schlechter Lagerung der Glocken bei der Firma R. KG in Köln geltend gemacht hat, gegenüber. Dies hat das Berufungsurteil nicht beachtet. Die Klägerin hat die Rückzahlung des von ihr von der Firma R. KG erhaltenen Kaufpreises für 200 Glocken mit der Begründung verweigert, diese 200 Glocken hätten nur noch einen Schrott- wert (Schriftsatz vom 9. Juni 1953 S 206). Deshalb war das Berufungsurteil insoweit aufzuheben.

Bezüglich 179 Glocken hat das Landgericht sich die Entscheidung hierüber im Endurteil vorbehalten. Diese Entscheidung muß abgewartet werden. Bezüglich der restlichen 21 Glocken, die bei der Firma R. KG lagern, war der Rechtsstreit in die Berufungsinstantz gediehen. Das Berufungsgericht hätte daher insoweit zu dem Einwand der Klägerin Stellung nehmen müssen. Je nach dem Ergebnis, ob der Schadensersatzanspruch bezüglich dieser insgesamt 200 Glocken nicht, teilweise oder in voller Höhe des Kaufpreises berechtigt ist, hängt daher die Entscheidung über den Freistellungsantrag in Höhe von 6.790 DM endgültig ab.

Der Beklagte hat des weiteren einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Nichterfüllung und mangels zugesicherter Eigenschaften in Höhe von 4.000 DM geltend gemacht (Tatbestand S 6 zu Ziff 3).

Diesen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung könnte die Beklagte jedoch nur erhalten, wenn ihr hierauf ein Anspruch aus §§ 494, 463 BGB zustehen, sie also nach Muster gekauft haben würde und daher die Eigenschaften des Musters

als zugesichert anzusehen wären. Dies ist aber im Gegensatz zu der Ansicht des Berufungsurteils zu verneinen. Es ist zwar richtig, daß die Klägerin sich in Ziff 8 des Hauptvertrages verpflichtet hat, die Glocken gemäß dem übergebenen Muster zu liefern. Es ist aber zwischen den Parteien unstrittig, auch die Revisionserwiderung erkennt dies an, daß "die Musterglocke" eine Glocke aus der Vorkriegszeit war, bei der die Warenausgabe nach Einwurf einer einzigen Münze erfolgte. Die von der Klägerin zu liefernden Glocken sollten aber so konstruiert sein, daß die Warenausgabe aus den Automaten nur bei Einwurf von zwei Zehnpfennigstücken erfolgen sollte. Insoweit unterschied sich demnach die Musterglocke in einem wesentlichen Punkte von den von der Klägerin zu liefernden Glocken. In dieser Beziehung waren die zu liefernden Glocken eine Neukonstruktion und sollten der Musterglocke gerade nicht entsprechen. Es kann daher die "Musterglocke aus der Vorkriegszeit" nicht als Muster angesehen werden, da sie in einem wesentlichen Punkte anders konstruiert war als die zu liefernden Glocken. Es entbehren daher die Ansprüche der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rechtsgrundlage. Somit entfallen die Ansprüche der Beklagten auf eigenen Gewinn (Tatbestand S 7 unter b) sowie die von der Firma R. KG geltend gemachten Ansprüche auf entgangenen Gewinn (Tatbestand S 7 unter d), für welche sie die Beklagte verantwortlich macht.

Was nun die übrigen von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung verlangten Beträge (Tatbestand S 7 zu a) und c)) anbetrifft, so stehen auch diese ihr nicht aus §§ 494, 463 BGB, wie im vorstehenden ausgeführt ist, zu, wohl aber könnten diese Ansprüche der Beklagten aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung gerechtfertigt sein. Es ist einhellige Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum, daß derartige An-

sprüche neben den Gewährleistungsansprüchen gegeben sind (vgl. KRGR 1953 z. § 459 BGB Anm. 7 Bg). Jedoch kommen Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung nur insoweit in Frage, als es sich um einen Nachteil handelt, der über den Mangel der Kaufsache hinaus geht. Es kann daher Schadensersatz nur insoweit neben der Wandelung verlangt werden, als es sich um besondere Folgen der mangelhaften Erfüllung handelt (KRGR 1953 aaO). Solche Ansprüche macht die Beklagte geltend. Das Berufungsgericht wird also prüfen müssen, ob die Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung bezüglich dieser Ansprüche vorliegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß im Unterschied zu den Gewährleistungsansprüchen die Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung ein Verschulden des Verkäufers voraussetzen.

III. Die Beklagte hat die von ihr erhobenen Schadensersatzansprüche mit einem Teilbetrag in Höhe von 4.000 DM geltend gemacht. Diese Schadensersatzansprüche setzen sich, wie im Vorstehenden ausgeführt ist, einmal aus den Ansprüchen wegen entgangenen Gewinns, den sie für sich selbst mit 1.971 DM, für die Firma R. KG mit 1.560 DM beansprucht, zusammen. Andererseits stecken in diesen 4.000 DM Schadensersatzansprüche, die die Aufwendungen enthalten, die ihr und der Firma R. KG durch die mangelhafte Lieferung der Klägerin erwachsen sind. Ihre eigenen Ansprüche beziffert sie auf 480 DM (Tatbestand S. 6 zu a), die der Firma R. KG auf 1.010 DM (Tatbestand S. 7 zu c). Alle Ansprüche zusammen ergeben einen Betrag von insgesamt 5.021 DM, von denen sie einen Teilbetrag von 4.000 DM geltend macht.

Die Beklagte hätte zwar, da sie nur einen Teilbetrag in Höhe von 4.000 DM verlangt, im einzelnen angeben müssen, wie sie diese Posten der Widerklagesumme von 4.000 DM ziffernmäßig auf die verschiedenen Ansprüche verteilt wissen wollte (BGHZ 11, 192). Dies hat sie nicht getan und auch nicht in

der Revisionsinstanz nachgeholt. Trotzdem ist die Widerklage wegen eines Teilbetrages zur Endentscheidung reif. Wie ausgeführt, kann die Beklagte von den berechneten 5.021 DM den darin enthaltenen entgangenen Gewinn mit $1.971 + 1.560 = 3.531$ DM nicht fordern. Selbst wenn der nicht rechtshängig gewordene Teilbetrag von $5.021 - 4.000 = 1.021$ DM hiervon abgesetzt wird, bleibt ein Rest von 2.510 DM, für den die Widerklage in jedem Falle unbegründet ist. Der angesetzte Teilbetrag von 4.000 DM kann höchstens wegen des Restes in Höhe von $480 + 1.010 = 1.490$ DM begründet sein.

IV. Aus den obigen Ausführungen zu II und III ergibt sich, daß das Berufungsurteil auch wegen der Widerklage der Aufhebung unterlag. Die Widerklage war in Höhe von 2.510 DM abzuweisen, im übrigen aber die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Zusammenfassend wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob und in welcher Höhe der Schadensersatzanspruch wegen schlechter Lagerung von 21 Glocken bei der Firma R. KG in K. den Freistellungsanspruch der Beklagten von insgesamt 6.790 DM mindert. Es wird weiter prüfen müssen, inwieweit der Beklagten ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen des ihr entstandenen Schadens von 480 DM und des der Firma R. KG entstandenen Schadens von 1.010 DM entsteht. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß diese Ansprüche der Beklagten aus positiver Vertragsverletzung ganz oder teilweise gerechtfertigt sind, so wird es beachten müssen, daß der Anspruch, soweit er bei der Firma R. KG entstanden ist, von der Beklagten nur als Freistellungsantrag geltend gemacht werden kann, da die Beklagte bezüglich dieses Postens nicht dargetan hat, die Firma R. KG bereits befriedigt zu haben.

Endlich wird das Landgericht den Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der 179 Glocken entscheiden müssen. Erst

wenn über diesen Anspruch entschieden worden ist, wird das Berufungsgericht in der Lage sein zu entscheiden, ob und in welcher Höhe der Freistellungsantrag der Beklagten von 6.790 DM begründet ist und weiter entscheiden können, ob der Kaufpreisanspruch von 1.582,30 DM der Klägerin zusteht oder mit den geltend gemachten Ansprüchen aus der Widerklage ganz oder teilweise zu verrechnen ist.

V. Was die Kosten der Revision anbelangt, so ist davon auszugehen, daß der Streitwert für die Revisionsinstanz auf 35.866,95 DM festgesetzt worden ist, und zwar auf 26.658,25 DM für die Klage und 9.208,70 DM für die Widerklage.

Die Widerklage ist in Höhe von 2.510 DM abgewiesen worden. Dieser Betrag entspricht etwa 1/14 des Streitwerts. Die Revision ist zurückgewiesen in Höhe von 26.658,25 DM - 1.181,30 DM = 25.476,95 DM. Dieser Betrag entspricht ungefähr 10/14 des Streitwerts. Die Klägerin hat daher 10/14 der Kosten zu tragen. Soweit die Revision zur Zurückverweisung geführt hat, war dem Berufungsgericht die Entscheidung über die restlichen Kosten der Revision (3/14) überlassen.

Dr. Canter	Dr. Selowsky	Dr. Delbrück
Dr. Fischer	Dr. Winkelmann	