

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 136/68

URTEIL

Verkündet am

11. November 1970
Mückenhäusen,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

des Otto K [REDACTED] Bauunternehmer
in Kl [REDACTED], F [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]

und [REDACTED] -

gegen

die Firma Karl S c h [REDACTED] Kommanditgesellschaft,
Maschinenfabrik in L [REDACTED].,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Messner, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Mai 1968 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Auftrage der Firma P [REDACTED] (vgl. Schreiben dieser Firma an die Beklagte vom 14. Mai 1962) lieferte die Beklagte dem Kläger, einem Bauunternehmer, einen "Sch [REDACTED]-Hydraulik-Tieflöffel HT 2 mit Zusatzausrüstung", den die Beklagte mit Genehmigung der Herstellerfirma, der I [REDACTED] H [REDACTED] C [REDACTED] (IHC) an eine "IHC-Drott-Raupe" anbaute, die der Kläger ebenfalls von der genannten Firma P [REDACTED] gekauft hatte. Den Preis für Löffel und Zusatzausrüstung von insgesamt 18 628,85 DM zahlte der Kläger auf Anforderung der Beklagten (vgl. Rechnung vom 10. Juli 1962) direkt an diese, wie es zwischen der Beklagten und der Firma P [REDACTED] vereinbart war.

Der Kläger war mit der Leistung des Tieflöffels ebenso wenig zufrieden wie mit dem Umstand, daß sich wiederholt

- 3 -

Schäden einstellten, die teils von der Beklagten, teils von ihm selbst beseitigt wurden. Wegen einer von der Beklagten ausgeführten Reparatur stellte diese dem Kläger einen Betrag von 1 555 DM in Rechnung, den sie jedoch auf Reklamation des Klägers hin wieder gutschrieb, weil der Kläger im Hinblick auf ständige Betriebsausfälle die Stornierung "für angebracht" hielt (vgl. Schreiben des Klägers vom 7. Mai 1963). In der Folgezeit beschwerte sich der Kläger verschiedentlich wegen Minderleistungen des Löffels sowie wegen auftretender Schäden und Betriebsausfälle (vgl. Schreiben des Klägers vom 9. August 1963).

Am 16. September 1963 teilte er der Beklagten mit, der Löffel sei schon wieder defekt "sofortige Instandsetzung oder Austausch sei erforderlich".

Daraufhin antwortete die Beklagte, der Kläger solle einen Löffel neuester Konstruktion gegen einen Aufpreis von 5 000 DM erhalten (Schreiben vom 19. September 1963).

Der Kläger antwortete am 24. September 1963, der Löffel leide an Konstruktionsfehlern, die Pumpe sei zu stark und der Tieflöffel zu schmal. Der Aufpreis von 5 000 DM sei nicht akzeptabel. Man gewinne den Eindruck, als sollte der Kläger als Kunde die Entwicklungskosten für die Beklagte tragen. Er könne sehr wohl ein Entgegenkommen der Beklagten erwarten, wo "er doch das Arrangement mit der IHC herbeigeführt habe, das der Beklagten nicht gelungen sei" (gemeint ist die Zustimmung der IHC zu dem Anbau des Löffels an die von dieser Firma hergestellte Raupe). Über ein Aufgeld von 4 000 DM könne er nicht hinausgehen, weil die bisherigen Reparaturkosten und Ausfälle viel höher lägen.



In ihrem Schreiben vom 27. September 1963 bestritt die Beklagte, daß der Löffel Konstruktionsfehler habe. Sie wies den Vorwurf zurück, daß sie versuche, die Entwicklungskosten auf den Kläger abzuwälzen. Sie sprach die Erwartung aus, daß man sich wegen der Kosten doch noch näher komme. In einem weiteren Schreiben vom 2. Oktober 1963 erklärte sich die Beklagte mit einem Aufpreis von nur 4 000 DM einverstanden. Sie verlangte aber nunmehr die Übernahme der Frachtkosten durch den Kläger. Sie fügte hinzu, sie lege großen Wert auf eine gute Zusammenarbeit mit dem Kläger; dabei müsse unbeachtet bleiben, "daß es noch eine Auseinandersetzung mit den Firmen P [REDACTED] und IHC geben könne." Die Parteien kamen jedoch zu keiner Einigung über die Frage der Transportkosten (vgl. Schreiben des Klägers vom 14. Oktober und der Beklagten vom 22. Oktober 1963). Am 18. November 1963 schrieb der Kläger an die Beklagte, es seien schon wieder Schäden aufgetreten, die auch durch eine Verstärkung nicht behoben werden könnten; ein Umtausch sei nicht zweckmäßig, weil er, der Kläger, doch nach wie vor dieselben Scherereien haben würde.

Nach längerer Pause richtete die Beklagte am 12. März 1964 folgendes Schreiben an den Kläger:

"Auf Grund der Vereinbarungen vom November vorigen Jahres wurde der auszutauschende Tieflöffel hier vorbereitet und steht seit Dezember zur Übernahme bereit. Diese damals vereinbarte Übernahme wurde durch den Frosteinbruch unterbrochen, wir glaubten jedoch, daß Sie nunmehr diesen Umtausch kurzfristig veranlassen. Wenn Sie nach Ihren Hinweisen beabsichtigen einen Löffel in anderer Ausführung zu erproben so sind wir der Auffassung, daß dies ohne weiteres auch mit dem hier stehenden Gerät möglich

ist und dadurch der Umtausch nicht verzögert werden sollte, so daß wir Sie bitten müssen, den Umtausch im Verlauf der kommenden Woche zu veranlassen. Wir haben augenblicklich mit der Lieferung dieser Geräte große Engpässe, während dieser Tieflöffel hier noch eingelagert ist. Andererseits würden wir selbstverständlich den zurückkommenden Tieflöffel weiter verwerten. Wir hoffen, daß Sie für die Lage Verständnis haben und den Umtausch veranlassen werden, da wir andernfalls von unseren Vereinbarungen zurücktreten müßten."

Der Kläger erwiderte am 18. März 1964 wie folgt:

"Den für uns bereitstehenden Tieflöffel holen wir in den nächsten Tagen noch nicht ab. Falls Sie hier Schwierigkeiten haben, Ihre anderweitigen Kunden prompt zu beliefern, so können Sie diesen zwischenzeitlich ruhig ausliefern.

Wir werden unseren alten Löffel erst umtauschen, wenn wir hier das Gerät mit einem größeren Gefäß ausprobiert haben. Das ganze Gerät ist sonst wirtschaftlich nicht haltbar, da man mit einem ca. 60 li fassenden Gefäß keine Leistungen vollbringen kann. Wir wollen versuchen, durch ein größeres, aber nicht breiteres Gefäß eine größere Leistung zu erzielen. Gelingt uns das, dann werden wir den Umtausch vornehmen. Im anderen Fall ist für uns die ganze Angelegenheit uninteressant, da wir dann nur von dem Regen in die Traufe kommen. Wir haben diesen schwerwiegenden Umstand bereits in unserem früheren Schriftverkehr ausgeführt, jedoch sahen Sie sich nicht veranlaßt, das nur 60 li fassende Gefäß entsprechend umzubauen, damit man auch eine entsprechende Leistung erzielt."

Im Anschluß an ein Telefongespräch des Klägers mit dem Prokuristen Fa. [REDACTED] der Beklagten vom 23. Juni 1964 teilte der Kläger der Beklagten folgendes mit:

"Wir nehmen Bezug auf die telefonische Unterredung mit Ihrem sehr geehrten Herrn F a [REDACTED]. Nachdem Ihnen zur Zeit der Umtausch des Hydraulik-Tieflöffels Nr. 23459 nicht möglich ist, erklären wir uns bereit, den Umtausch zu einem späteren Zeitpunkt vorzunehmen, wobei in den neuen Löffel bereits Umlenkventile eingebaut sind, die ein zügiges Arbeiten gewährleisten. Bei dem neuen Hydraulik-Tieflöffel benötigen wir allerdings nur die Anbauplatte mit Stützfuß, Lagerschlitten, Drehsäule und Ausleger. Den Löffelstiel mit Tieflöffel, soweit er an dem neuen Hydraulik-Tieflöffel angebaut werden kann, benötigen wir nicht.

Der mit Ihnen vereinbarte Preis von DM 4.000,-- beinhaltet allerdings auch die Lieferung des Löffelstiemes. Wir bitten Sie daher uns einen Nachlaß zu gewähren, nachdem wir mit dem von Ihnen gelieferten Hydrauliklöffel nur Verluste zu verzeichnen hatten."

Dieses Schreiben ließ die Beklagte unbeantwortet. Dagegen schrieb der Kläger am 4. April 1966 der Beklagten wie folgt:

"Mit unserem Schreiben vom 23. Juni 1964 hatten wir vereinbart, daß Sie uns gegen Zahlung von DM 4.000,-- und Rücklieferung des unbrauchbaren HT 2 Sch [REDACTED]-Hydraulik-Tieflöffels Nr. 23/0459 den neuen Hydraulik-Tieflöffel liefern.

Nach unserer Rechnung vom 10.7.62 berechneten Sie für diesen Hydraulik-Tieflöffel ohne Löffel, Pumpe, Öltank usw. DM 12.950,--, sodaß wir bei Ihnen ein Guthaben von DM 8.950,-- besitzen, wobei der Löffelstiel noch nicht berücksichtigt ist.

Das Fiasko, das wir mit Ihrem Sch [REDACTED]-Hydraulik-Tieflöffel erlitten, mahnt uns zur äußersten Vorsicht und wir sind nicht besonders geneigt, einen neuen Hydraulik-Tieflöffel von Ihnen in dieser Ausführung zu beziehen.

Wir bitten Sie uns wissen zu lassen, ob Sie sich den Betrag von DM 8.950,-- anrechnen lassen, wenn wir zu einem späteren Zeitpunkt (nach längerer Erprobung) an den Fuchs-Bagger eine Hydraulik-Ausrüstung von Ihnen anbauen lassen.

Dieses Ansinnen lehnte die Beklagte ab.

Der Kläger erhob daraufhin Klage und verlangte die Durchführung des angeblich zustande gekommenen Umtauschvertrages.

Er forderte den Austausch des alten Löffels gegen einen solchen neuester Bauart mit Umlenkventilen, Anbauplatte, Stützfuß, Lagerschlitten, Drehsäule und Ausleger, Zug um Zug gegen Rückgabe des alten Hydraulik-Löffels und gegen Zuzahlung eines Betrages von 4 000 DM.

Hilfsweise erklärte er sich mit der Lieferung der Ausrüstung einer früheren Konstruktion Typ HT 2 einverstanden,

hilfsweise aber auch mit einer solchen mit verbessertem Typ HT 2.

An letzter Stelle verlangte er hilfsweise Zahlung von 14 628,85 DM nebst Zinsen als Schadensersatz sowie die Zahlung eines weiteren Zinsbetrages.

Der Kläger vertritt den Standpunkt, es sei durch mündliche Absprache ein Umtauschvertrag nach Maßgabe des Hauptantrages der Klage zustande gekommen. Auf alle

Fälle aber sei die Beklagte entsprechend verpflichtet worden, weil sie auf das Schreiben des Klägers vom 23. Juni 1964 nicht geantwortet habe.

Das Landgericht hat dem Hauptantrage mit der Einschränkung stattgegeben, daß sich die Zugumzugleistung des Klägers auf 5 950 DM erhöht.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Anschlußberufung des Klägers, mit der dieser beantragte,

1. die Zugumzugleistung auf den Betrag von 4 000 DM herabzusetzen und

2. festzustellen, daß die Beklagte für den Einbau des Löffels bei Vollzug des Umtausches keine Kosten berechnen dürfe (1 700 DM)

hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils nach Maßgabe der mit der Anschlußberufung gestellten Anträge.

Entscheidungsgründe:

I. Der Hauptantrag des Klägers und die inhaltlich dazugehörigen Hilfsanträge stützen sich auf eine angebliche Umtauschvereinbarung, die die Parteien nach der Darstellung

des Klägers am 26. November 1963 bindend abgeschlossen und in dem Telefongespräch des Klägers mit dem Prokuristen Fa. ■ der Beklagten vom 23. Juni 1964 erneuert haben. Aber selbst dann, wenn das unbewiesen bliebe, müsse die Beklagte, so meint der Kläger, eine entsprechende Verpflichtung gegen sich gelten lassen, weil sie auf sein Schreiben vom 23. Juni 1964 nicht geantwortet habe.

Das Berufungsgericht sieht die Behauptung des Klägers, die Parteien hätten sich bereits am 26. November 1963 geeinigt, daß der alte Tieflöffel gegen einen solchen verbesserter Konstruktion umgetauscht werde, nicht für erwiesen an. Seine Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Daß sich die Parteien schriftlich geeinigt hätten, hat der Kläger selbst nicht behauptet. Der von den Parteien vorgelegte Schriftwechsel läßt auch keine übereinstimmenden Erklärungen der Parteien erkennen, die zu einem Vertragsabschluß hätten führen können. Der Vertragsabschluß hätte sich daher nur aus mündlichen Erklärungen der Parteien ergeben können, für die die Beweisaufnahme nach den rechtlich einwandfreien Ausführungen des Berufungsgerichts aber nichts hergibt, für die aber auch der Schriftwechsel keine ausreichenden Indizien bietet.

II. Die Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe Wortlaut und Sinngehalt des Schriftwechsels fehlerhaft gewürdigt. Der Kläger habe nämlich im Schreiben vom 18. November 1963 der Forderung der Beklagten auf Übernahme der Frachtkosten nicht mehr widersprochen, deshalb müsse daraus geschlossen werden, daß sich die Parteien über alle Punkte einig geworden seien.

Das Schreiben vom 18. November 1963 gibt indes nichts für die Ansicht der Revision her, zumal der Kläger am Schluß des Schreibens ausführt, ein Umtausch sei nicht zweckmäßig, weil er, der Kläger, dann nur immer wieder dieselben Scherereien haben würde.

Auf das Schreiben der Beklagten vom 12. März 1964 kann sich die Revision ebensowenig mit Erfolg berufen. Dort wird zwar ausgeführt, man habe auf Grund der Vereinbarungen vom November 1963 den umzutauschenden Tieflöffel vorbereitet und bereitgestellt, die Beklagte hoffe auch, daß der Kläger den Umtausch nun veranlassen werde, weil sie, die Beklagte, andernfalls von ihren Vereinbarungen zurücktreten müsse. Dieses Schreiben ist indes nicht mehr als ein Beweiszeichen für die Behauptung des Klägers, daß im November eine beide Teile bindende Umtauschvereinbarung zustande gekommen sei. Das Berufungsgericht hat dieses Indiz nicht übersehen, sondern ausdrücklich gewürdigt, ihm aber nicht die Bedeutung beigemessen, die die Beklagte daraus herleiten will. Das ist unbedenklich. Denn das Berufungsgericht war nicht gehindert, zur Auslegung des Schreibens die Bekundung des Zeugen Fa. heranzuziehen, er habe die Begriffe "Vereinbarung" und "Rücktritt" nicht im juristisch technischen Sinne gebraucht, sondern durch diese Wendungen, die seit November darniederliegenden Verhandlungen irgendwie wieder in Fluß bringen wollen; in Wirklichkeit habe in keinem Zeitpunkte eine bindende Einigung über den Umtausch stattgefunden. Die Würdigung des Berufungsgerichts wird auch durch den Zusammenhang des Schreibens mit dem übrigen Schriftwechsel gestützt und erscheint deshalb entgegen der Ansicht der Revision bedenkenfrei.

Dieser Schriftwechsel bietet nämlich eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, daß sich die Parteien über die Modalitäten des Umtausches, insbesondere über die Frage, wer die Transportkosten zu tragen habe, gerade nicht geeinigt haben (vgl. die Schreiben der Beklagten vom 9. Oktober 1963, des Klägers vom 14. Oktober 1963, der Beklagten vom 22. Oktober 1963, des Klägers schließlich vom 18. November 1963, mit dem er den Umtausch überhaupt als unzweckmäßig zurückweist). Wenn das Berufungsgericht hieran anknüpfend die Behauptung des Klägers, am 26. November 1963 habe dem allen zuwider nun doch eine Einigung über alle Punkte stattgefunden, als gegen die Lebenserfahrung sprechend würdigt, so ist auch das nicht zu beanstanden, zumal der Kläger in seinem Schreiben vom 18. März 1964 eine Einigungsmöglichkeit wieder infrage stellt, weil die weiteren Erprobungen zeigen könnten, daß die Sache für ihn "uninteressant" werden könne.

2. Vergobens rügt die Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung nicht berücksichtigt, daß die Beklagte allen Anlaß gehabt habe, dem Kläger mit einem Umtauschangebot entgegenzukommen, weil sie andernfalls den Gewährleistungsansprüchen des Klägers ausgesetzt gewesen wäre. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt nicht übersehen. Es ist aber bei der Prüfung des auf Verurteilung zum Schadensersatz gerichteten Hilfsantrages des Klägers zu dem Ergebnis gelangt, daß solche Ansprüche des Klägers nicht infrage kommen, weil nicht die Beklagte als Verkäuferin des Tieflöffels anzusehen sei, sondern die Firma Potratz, auf deren Verlangen sie dann allerdings das Gerät direkt an den Kläger geliefert und diesem auch die Rechnung

unmittelbar übersandt habe. Da sich das Berufungsgericht hierfür unbeanstandet von der Revision auf den Schriftwechsel zwischen der Beklagten und der Firma P. stützen kann, ist ein Rechtsfehler in dieser Würdigung nicht enthalten. Die Revision will denn auch die Haftung der Beklagten für angebliche Gewährleistungsansprüche weniger aus einem Kaufvertrage herleiten als vielmehr daraus, daß die Beklagte die Gewährleistungsansprüche ausdrücklich anerkannt habe. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt zwar nicht geprüft. Die Revision weiß aber andererseits auch keinen Tatsachenstoff anzugeben, der auf ein solches Anerkenntnis schließen lassen könnte. Die in dem von der Revision herangezogenen Schreiben des Klägers vom 16. September 1963 enthaltene Wendung: "Sofortige Instandsetzung oder Austausch erforderlich" gibt nichts dafür her, daß die Beklagte sich im Wege der Mitschuldübernahme zur Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen des Klägers verpflichtet hätte. Das Berufungsgericht hatte daher keine Veranlassung in Erwägung zu ziehen, die Beklagte könnte zur Gewährleistung verpflichtet gewesen sein, und habe sich aus diesem Grunde auf alle Fälle bindend zu einem Umtausch verpflichtet. Aus dem Umstande, daß die Beklagte bereitwillig auf den Umtauschvorschlag des Klägers eingegangen ist, brauchte das Berufungsgericht ebensowenig den zwingenden Schluß zu ziehen, die Beklagte habe sich gebunden, weil sie sich zur Gewährleistung verpflichtet gefühlt habe, zumal sonstige Anhaltspunkte für eine solche Einstellung der Beklagten nicht erkennbar sind, und der Schriftwechsel der Parteien, wie bereits erörtert wurde, in die gegenteilige Richtung weist. Insbesondere konnte die Beklagte aus dem Schreiben des Klägers vom 9. August 1963 entnehmen, daß dieser nur eine auf dem Kulanzwege zu erledigende Regelung anstrebte.

3. Entgegen der Ansicht der Revision trifft das Berufungsgericht auch nicht der Vorwurf, gegen § 154 BGB verstoßen zu haben. Es ist kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht aus dem Umstande, daß sich die Parteien über die Frage der Aufgeldzahlung und der Transportkosten nicht hatten einigen können, entsprechend der Regel des § 154 BGB zu dem Ergebnis gelangt, die Parteien hätten sich auch noch nicht grundsätzlich gebunden.

Es war Sache des Klägers, das Gegenteil darzutun. Daß das Berufungsgericht ihm nicht gefolgt ist, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Schriftwechsel bietet hierfür keine zwingenden Anhaltspunkte. Auch das Schreiben der Beklagten vom 12. März 1964 bildet hierin keine Ausnahme, nachdem die Bekundung des Zeugen Fa. vom Berufungsgericht rechtlich einwandfrei dahin gewürdigt wird, er habe keine fest abgeschlossenen Vereinbarungen behaupten, sondern die Verhandlungen wieder in Fluß bringen wollen. Das Schreiben vom 18. März 1964, in dem der Kläger erhebliche Bedenken gegen den Umtausch äußerte, steht sogar in direktem Widerspruch zu seinem im Rechtsstreit vertretenen Standpunkt.

III. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, das Schreiben des Klägers vom 23. Juni 1964 sei nicht als ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben anzusehen, und deshalb könne auch der Umstand, daß die Beklagte dieses Schreiben unbeantwortet gelassen habe, keine Rechtsfolgen ausgelöst haben, greift die Revision nicht an. Die Erwägungen des Berufungsgerichts lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen. Gegen seine Annahme, daß der Kläger nicht etwa ein bestimmtes Verhandlungsergebnis bestätige, sondern seiner-

seits Vorschläge unterbreite, wie der Umtausch vollzogen werden solle, bestehen keine Bedenken. Dieser Würdigung steht auch nicht die im Schreiben enthaltene Wendung entgegen: "Der mit Ihnen vereinbarte Preis von 4 000 DM beinhaltet allerdings auch die Lieferung des Löffelstieles."

Hieraus brauchte das Berufungsgericht nicht den Schluß zu ziehen, die Parteien hätten am 26. Juni 1964 eine Vereinbarung getroffen, der Umtausch solle nun gegen Zahlung eines Aufgeldes von 4 000 DM vollzogen werden. Denn die ursprünglich mit 5 000 DM bemessene Aufgelderforderung hatte die Beklagte schon in der Korrespondenz des Vorjahres auf 4 000 DM gesenkt (s. Schreiben der Beklagten vom 9. Oktober 1963). Deshalb brauchte diese Wendung nicht zwingend einen Bezug auf Verhandlungen vom 23. Juni 1964 zu haben. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß am 23. Juni 1964 Veranlassung bestanden haben mag, diese Frage erneut anzuschnneiden, weil inzwischen fast dreiviertel Jahre verstrichen waren, in denen die Preise erhöht worden sein mögen (s. hierzu die Bekundung des Zeugen Fath, er habe dem Kläger ausdrücklich erklärt, der Umtausch könne jetzt nicht mehr zu einem Aufpreis von 4 000 DM vorgenommen werden). Gleichwohl ist die Würdigung des Berufungsgerichts rechtlich nicht unmöglich. Denn wenn auch der Kläger möglicherweise hatte bestätigen wollen, man habe am 23. Juni 1964 erneut einen Aufpreis von 4 000 DM vereinbart, den er allerdings nachträglich zu ermäßigen bitte, so brauchte das Berufungsgericht daraus immer noch nicht die Bestätigung einer Umtauschvereinbarung als ganzer zu entnehmen. Auch dann wäre allenfalls die Einigung über

einen Punkt (Höhe des Aufgeldes) bestätigt worden, die nicht ohne weiteres die Behauptung enthält, die Parteien seien sich damit auch, abweichend von der Regel des § 154 BGB, darüber im klaren gewesen, daß die Umtauschvereinbarung nunmehr grundsätzlich feststehe. Hätte der Kläger das bestätigen wollen, so hätte er das klar zum Ausdruck bringen müssen. Er konnte nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, die Beklagte wolle durch ihr Schweigen kundtun, daß auch sie nunmehr eine grundsätzliche Einigung als eingetreten ansehe.

IV. Das Berufungsgericht erörtert hilfsweise die Frage, ob die Beklagte nicht wenigstens auf alle Fälle von einer etwaigen Umtauschvereinbarung zurückgetreten ist. Auf diese Frage kommt es nicht mehr an, nachdem feststeht, daß eine Umtauschvereinbarung nicht zustande gekommen ist. Die gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision bedürfen daher keiner Erörterung.

V. Der auf Gewährleistungsverpflichtung der Beklagten gestützte Schadensersatzanspruch ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat das Bestehen kaufvertraglicher Beziehungen der Parteien verneint. Wie bereits ausgeführt wurde, bestehen hiergegen keine rechtlichen Bedenken, zumal davon auszugehen ist, daß die Beklagte nur aus Gründen geschäftlicher Kulanz mit dem Kläger in Verhandlung über einen Umtausch getreten ist. Die Revision möchte zwar den Sachverhalt anders gewürdigt haben, sie vermag aber einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht aufzuzeigen. Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, daß etwaige auf Gewährleistung beruhende Ansprüche bei Klageerhebung bereits

verjährt gewesen sein mögen und die von der Beklagten ausdrücklich erhobene Verjährungseinrede möglicherweise durchgreift.

VI. Auch die mit der Anschlußberufung neu eingeführten Ansprüche des Klägers waren abzuweisen. Der Antrag auf Herabsetzung des Zug um Zug zu leistenden Aufgeldes von 5 950 DM auf 4 000 DM fällt mit dem abzuweisenden Klageanspruch selbst und erweist sich daher als unbegründet. Den Antrag zu 2 deutet das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei dahin um, es solle festgestellt werden, daß die Beklagte den Umbau an der IHC-Raupe beim Anbau des auszutauschenden neuen Hydraulik-Löffels kostenlos zu vollziehen habe. Es verneint aber das Rechtsschutzinteresse eines solchen Feststellungsbegehrens, weil der Kläger jetzt schon eine dahingehende Leistungsklage habe erheben können.

Diese Erwägungen greift die Revision an.

Es erscheint zweifelhaft, ob der vom Berufungsgericht als inhaltlich gleichwertig angenommene Leistungsantrag sich wirklich mit dem Feststellungsbegehren deckt. Denn dieses ist nur darauf gerichtet, die Kostenfrage zu klären. Die Verpflichtung der Beklagten, den Löffel einzubauen, will dagegen der Kläger nicht festgestellt haben. Wäre das der Fall, so könnte er auf eine Leistungsklage verwiesen werden. Hat aber diese Verpflichtung hier auszuscheiden, so handelt es sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nur um die Frage, wer beim Einbau des Löffels die Montagekosten zu tragen hat. Diese Frage kann der Kläger aber nur im Wege einer Feststellungsklage zur

Entscheidung bringen. Über diesen Antrag ist daher eine sachlich-rechtliche Entscheidung zu treffen, die dahin zu lauten hat, daß der Antrag abgewiesen wird und gegen deren Zulässigkeit keine prozeßrechtlichen Bedenken bestehen (BGHZ 12, 308, 316). Einer Abänderung des Berufungsurteils im Urteilsauspruch bedarf es indes nicht, weil dieser die Abweisung des Feststellungsantrages aus prozeßrechtlichen Gründen nicht erkennen läßt, diese Art der Abweisung sich vielmehr nur aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergibt.

VII. Nach alledem war die Revision des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Messner

Mormann

Dr. Hiddemann