

18

2140 031

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 205/67

URTEIL

Verkündet am

24. November 1969
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Firma Martin R. [REDACTED] in S. [REDACTED], Alleininhaber Kaufmann
Martin R. [REDACTED] in S. [REDACTED], H. [REDACTED]straße 1,

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B. [REDACTED], Kellereigeräte I. [REDACTED] KG in F. [REDACTED] i.Br.,
persönlich haftender Gesellschafter Kaufmann Georg I. [REDACTED]
in F. [REDACTED], Be. [REDACTED]straße 1 a,

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Braxmaier
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 1. Juni 1967 unter entsprechender Änderung des Urteils des Landgerichts Schweinfurt vom 4. November 1966 aufgehoben, soweit die Beklagte zu mehr als 10.101,83 DM nebst 8 1/2 % Zinsen seit dem 1. Juli 1965 verurteilt worden ist und ihr mehr als drei Zehntel der Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges auferlegt worden sind. Insoweit wird die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das bezeichnete Urteil insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 7.345,43 DM abgewiesen worden ist. Auch insoweit wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat sieben Zwanzigstel der Kosten der Revision zu tragen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin vertrieb in den Jahren 1963 und 1964 Edelstahl tanks, die sie von der Beklagten bezog, in den Badischen Weinbaugebieten. Nachdem zwischen den Parteien Streitigkeiten aufgetreten waren, löste die Klägerin die geschäftlichen Beziehungen Ende 1964.

Mit der Klage hat die Klägerin eine Reihe von Posten aus der Geschäftsverbindung zuletzt in Höhe von 34 388,60 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 33 248,60 DM nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin ist die Beklagte vom Oberlandesgericht zur Zahlung von 21 026,82 DM nebst 8 1/2 % Zinsen seit dem 1. Juli 1965 verurteilt worden. Die weitergehende Klage hat das Oberlandesgericht abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Mit der Anschlußrevision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch über die ihr zugesprochenen Beträge hinaus in Höhe weiterer 7 345,43 DM. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist zum Teil, die Anschlußrevision der Klägerin in vollem Umfange begründet.



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



I. Saldo zum 31. Dezember 1964

1. Die Klägerin hat aus dem von ihr geführten Konto über die Geschäftsbeziehungen zur Beklagten zu ihren, der Klägerin, Gunsten einen Saldo zum 31. Dezember 1964 von 9 326,80 DM errechnet. Das von der Beklagten geführte Konto schließt dagegen zum 31. Dezember 1964 mit einem Saldo zu Gunsten der Beklagten von 2 975,97 DM ab. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Beklagten, mit dem sie den von der Klägerin eingereichten Kontoauszug angreift, nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Hiermit hat es folgendes auf sich:

In der Klageschrift vom 11. Februar 1966 erklärte die Klägerin, ihr stehe laut Kontoauszug zum 31. Dezember 1964 ein Guthaben von 9 326, 80 DM zu. Eine Photokopie des Kontoauszuges, auf die sie sich zum Beweise berief, war der Klageschrift nicht beigelegt. Im Schriftsatz vom 22. März 1966 entgegnete die Beklagte, der Kontoauszug der Klägerin sei falsch. Sie überreichte einen eigenen Kontoauszug, der mit 2 975,97 DM zu ihren Gunsten schloß. Zum Kontoauszug der Klägerin machte die Beklagte geltend, die Klägerin habe nur die Endrechnungen gebucht, entsprechend den Lieferungsbedingungen sei aber die Zahlung von einem Drittel bei Bestellung, einem Drittel bei Lieferung und einem Drittel 30 Tage danach vereinbart worden. Ein Skontoabzug sei nicht vereinbart worden. Die Klägerin überreichte nunmehr mit Schriftsatz vom 7. April 1966 in Fotokopie den Kontoauszug der Beklagten, in dem die Positionen, in denen der Kontoauszug der Beklagten von dem der Klägerin abweiche, mit Ziffern versehen waren. Diese Bezifferung war nach der unbestrittenen

Behauptung der Klägerin bereits in der vorprozessualen Korrespondenz der Parteien eingeführt worden. Es handelt sich dabei um insgesamt 17 Positionen. Zu jeder Position nahm die Klägerin im einzelnen Stellung, zum Teil unter Beweisantritt. Im Termin vor dem Einzelrichter vom 20. April 1966 erklärte der Anwalt der Beklagten, er habe den Schriftsatz der Klägerin vom 7. April 1966 erst am 12. April 1966 erhalten und bitte um Bewilligung einer angemessenen Schriftsatzfrist. Darauf wurde Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 18. Mai 1966 bestimmt. Ein bis zum 11. Mai 1966 eingehender Schriftsatz der Beklagten sollte bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Im Verkündungstermin wurde ein Aufklärungsbeschuß erlassen. Der Klägerin wurde anheimgegeben, bis zum 6. Juni 1966 ihren Kontoauszug über das Konto der Beklagten vorzulegen und gegebenenfalls ihr behauptetes Guthaben im einzelnen darzutun; der Beklagten wurde anheimgegeben, zum etwaigen weiteren Vorbringen der Klägerin bis zum 15. Juni 1966 zu erwidern. Mit Schriftsatz vom 31. Mai 1966 überreichte die Klägerin ihren Kontoauszug. Im Termin vom 22. Juni 1966 verhandelten die Parteien vor dem Einzelrichter streitig, wobei sie auf die eingereichten Schriftsätze und übergebenen Unterlagen Bezug nahmen. Nach Verweisung an die Kammer verhandelten die Parteien vor dieser am 7. Oktober 1966. Termin zur Verkündung einer Entscheidung wurde auf den 4. November 1966 anberaumt. Am 3. November 1966 reichte die Beklagte einen Schriftsatz vom 2. November 1966 ein, in dem sie zu dem Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 7. April 1966 im einzelnen Stellung nahm und zu streitigen Behauptungen Beweismittel anbot.

Das Landgericht führt aus, im Schriftsatz vom 7. April 1966 nehme die Klägerin ausführlich zu den Streitpunkten in den Kontoauszügen der Parteien Stellung. Diesem Vortrag der Klägerin habe die Beklagte vor Schluß der mündlichen Verhandlung nicht substantiiert widersprochen, so daß die Behauptungen der Klägerin zu den umstrittenen Positionen der Kontoauszüge nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen seien. Damit sei ein Guthaben der Klägerin in Höhe von 9 326,80 DM erwiesen. In der Berufungsbegründung trug die Beklagte den Inhalt des nicht mehr berücksichtigten Schriftsatzes vom 2. November 1966 vor. Die Klägerin erwiderte mit Schriftsatz vom 28. März 1967. Hierauf machte die Beklagte mit Schriftsatz vom 4. April 1967 weitere Ausführungen. Am 20. April 1967 fand vor dem Oberlandesgericht die mündliche Verhandlung statt, auf die hin das Berufungsurteil erging.

2. Das Berufungsgericht ist zunächst der Auffassung, das Landgericht habe den Tatsachenvortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 7. April 1966 mit Recht als von der Beklagten zugestanden angesehen. Die Einwände der Beklagten in der Berufungsbegründung weist das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 2 ZPO zurück. Es meint, es handele sich um neues Vorbringen, das im ersten Rechtszuge hätte geltend gemacht werden können. Seine Berücksichtigung würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögern, der ohne die neuen Einwände zur Entscheidung reif sei. Anderenfalls wäre eine Beweisaufnahme notwendig. Eine Ladung der von der Beklagten benannten Zeugen und Sachverständigen nach § 272 b ZPO komme nicht in Betracht, weil die Zeugen außerhalb des Bezirks des Landgerichts Bamberg, teilweise auch außerhalb des Bezirks

des Berufungsgerichts wohnten und in solchen Fällen üblicherweise die Vernehmung nicht vor dem Senat, sondern im Wege der Rechtshilfe erfolge. Von dieser Übung abzugehen, bestehe kein Anlaß. Da die Beklagte selbst keine Erklärung für die Verspätung ihrer Einwendungen vorzubringen vermöge, liege die Annahme nahe, daß sie das Vorbringen im ersten Rechtszuge jedenfalls aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe.

3. Die Angriffe der Revision gegen das Verfahren des Berufungsgerichts können keinen Erfolg haben.

a) Soweit die Revision sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, das Landgericht habe den Tatsachenvortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 7. April 1966 mit Recht als zugestanden angesehen, bedarf es darauf keines Eingehens. Die Revision nimmt zu Unrecht an, das Berufungsgericht habe die Beklagte entgegen der Vorschrift des § 531 ZPO an der Fiktion des Zugeständnisses festgehalten. Das Berufungsgericht hat im Gegenteil die Nachholung der nach seiner Auffassung vor dem Landgericht unterbliebenen Einwendungen als zulässig angesehen. Es hat aber den Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung, mit dem sie das Vorbringen der Klägerin zu den streitigen 17 Positionen des Kontoauszuges der Beklagten angreift, als neues Verteidigungsmittel nicht zugelassen. Entscheidend ist also allein, ob die rechtlichen Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 ZPO vorliegen.

b) Daß die Ausführungen, die die Beklagte zum Stand des Kontos am 31. Dezember 1964 macht, neu sind, d.h. im ersten Rechtszuge nicht vorgebracht waren, begegnet keinem Zweifel. Die von der Revision angeschnittene Frage, ob auch ein einfaches Bestreiten im Berufungsrechtszuge ein neues Verteidigungsmittel sei, stellt sich überhaupt nicht.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Berücksichtigung dieses neuen Vorbringens hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Eine Verzögerung liegt allerdings nach ständiger Rechtsprechung nicht vor, wenn der Vorsitzende oder der Einzelrichter unter Ausnutzung der ihm nach § 272 b ZPO zustehenden Befugnisse eine Beweisaufnahme im Termin zur mündlichen Verhandlung hätte vorbereiten und die Beweisaufnahme alsdann hätte durchgeführt werden können. Dabei ist allerdings nicht die bloß gedankliche Möglichkeit, Beweis im Termin zu erheben, entscheidend, vielmehr muß die Anordnung der vorbereitenden Maßnahmen dem Vorsitzenden oder Einzelrichter im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens nach § 272 b ZPO auch obgelegen haben. Wie der erkennende Senat im Urteil vom 25. März 1964 - VIII ZR 247/62 - ausgeführt hat, macht § 272 b ZPO dem Vorsitzenden oder Einzelrichter nur zur Pflicht, solche Maßnahmen zu treffen, die angebracht erscheinen, um die Sache tunlichst in einer Verhandlung zum Abschluß zu bringen. Nicht gewollt ist dagegen, daß im Wege des § 272 b ZPO umfangreiche Beweisaufnahmen vorgenommen werden, deren übereilte Anordnung sogar erst recht die Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits mit sich bringen kann.

Ob die im Berufungsurteil wiedergegebene Übung des Berufungsgerichts, Zeugen, die außerhalb des Bezirks des Berufungsgerichts wohnen, nicht vor dem Senat, sondern im Wege der Rechtshilfe zu vernehmen, in dieser Verallgemeinerung mit der Vorschrift des § 355 ZPO im Einklang steht, bedarf keiner Erörterung. Mindestens im vorliegenden Fall ist die Entscheidung des Vorsitzenden, die von beiden Parteien benannten

11

Zeugen nicht zum Verhandlungstermin zu laden, rechtsfehlerfrei. Einmal handelt es sich um eine größere Zahl von Zeugen, die zum Teil zu geringfügigen Beträgen, wie z.B. die Angestellten der Firma A [REDACTED] zu einem Betrage von 25,20 DM, die Zeugen Kl [REDACTED] und G [REDACTED] zu einem Betrage von 6,--DM und die Zeugen K [REDACTED] und Gr [REDACTED] zu Beträgen von 186,--DM und 120,--DM, benannt worden sind. Zum anderen war es durchaus sachgemäß, Zeugen, die in E [REDACTED], O [REDACTED] und B [REDACTED], also in Baden, ferner in Mainz (Firma A [REDACTED]) wohnten, nicht zum ersten Termin vor dem Berufungsgericht zu laden, sondern einen Beschluß des Senats abzuwarten, ob die Zeugen nicht übungsgemäß durch die für ihren Wohnort zuständigen Amtsgerichte vernommen werden sollten. Das lag im pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden. Der von der Revision vertretene Grundsatz, eine Vernehmung durch ersuchten Richter könne bei den heutigen Verkehrsverhältnissen höchstens in den Fällen Anwendung finden, in denen eine Vernehmung im Ausland durchzuführen sei, ist nicht anzuerkennen. Soweit die Revision rügt, die von der Beklagten bezeichneten Urkunden und Auskünfte hätten herbeigezogen werden können, geht der Angriff fehl. Das Berufungsgericht hat im einzelnen ausgeführt, daß es für die Entscheidung auf diese Urkunden nicht ankomme.

c) Die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, das Landgericht habe zutreffend den Tatsachenvortrag der Klägerin als von der Beklagten zugestanden angesehen, das Landgericht sei auch zur Wiedereröffnung der Verhandlung nicht verpflichtet gewesen, können sich auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts richten, die Beklagte habe ihr Vorbringen zum Saldo des Kontoauszuges im ersten Rechtszuge aus grober Nachlässigkeit unterlassen. Die Revision meint

nämlich, die Beklagte habe annehmen dürfen, dem Landgericht selbst habe das bis zum 18. Mai 1966 vorliegende Vorbringen der Klägerin nicht als schlüssige Klagebehauptung genügt. Die Beklagte habe deshalb einen Hinweis des Landgerichts erwarten können, daß es den Klageanspruch für genügend substantiiert ansehen wolle und daß deshalb die Beklagte Anlaß habe, im einzelnen zu erwidern. Davon kann keine Rede sein. Das Berufungsgericht führt mit Recht aus, das Vorbringen der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 7. April 1966 sei für jedermann erkennbar gewesen. Die Klägerin habe darin ihre mit der Klage geltend gemachten Ansprüche auf das Bestreiten der Beklagten hin zusätzlich zur Klageschrift im einzelnen begründet. Es sei ersichtlich gewesen, daß dieser Vortrag einer Entgegnung bedurfte, wenn nicht der Eindruck entstehen sollte, seine Richtigkeit werde eingeräumt. Eine Erklärung für die ungewöhnliche Verzögerung ihrer Antwort von nahezu 7 Monaten habe die Beklagte nicht vorgebracht.

Die Frage, ob eine Partei ihr Vorbringen im ersten Rechtszuge aus grober Nachlässigkeit unterlassen hat, ist nur im beschränkten Maße der Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich (BGH Urteil vom 11. November 1954 - III ZR 100/53 - LM ZPO § 272 b Nr. 2; Urteil des erkennenden Senats vom 25. November 1958 - VIII ZR 159/57 -). Unbeschränkt nachprüfbar ist allerdings die Frage, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der groben Nachlässigkeit verkannt hat. In diese Hinsicht ist aber ein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts nicht zu erkennen. Der Hinweis der Revision, das Landgericht habe in Termin vom 18. Mai 1966 der Klägerin anheimgegeben, ihren

Kontoauszug vorzulegen und gegebenenfalls ihr behauptetes Guthaben im einzelnen darzutun, geht fehl. Die Anordnung, daß die Klägerin ihren Kontoauszug vorlegen solle, beruht darauf, daß sie ihn bisher nicht vorgelegt hatte, sondern vom Kontoauszug der Beklagten ausgegangen war. Das Anheimgeben, gegebenenfalls ihr behauptetes Guthaben im einzelnen darzutun, konnte sinngemäß nur bedeuten, die Klägerin möge, falls sich aus der Einreichung ihres Kontoauszuges die Notwendigkeit von Ergänzungen ergebe, solche vorbringen. Im übrigen war es unerheblich, ob die Klägerin zum Ausgangspunkt der Klage den Kontoauszug der Beklagten machte und anführte, welche zusätzlichen Posten sie geltend machen wolle, oder von dem eigenen Kontoauszug ausging und vortrug, welche Posten dieses Auszuges die Beklagte bestreite.

II. Weitere Forderungen der Klägerin

Es hat sich ursprünglich um insgesamt 13 Posten gehandelt. Einige haben sich erledigt. Die im Streit verbliebenen sind zum Teil der Klägerin abgesprochen, zum Teil zuerkannt worden. Soweit die Beklagte verurteilt ist, sind die Posten Gegenstand der Revision, soweit die Klage abgewiesen ist, teilweise der Anschlußrevision. Die einzelnen Posten werden der Übersicht halber im folgenden in der in der Klageschrift geltend gemachten Reihenfolge behandelt.

1. Schadensersatzansprüche Q [REDACTED]

Der Anspruch auf Zahlung von 794 DM war abgewiesen worden. Er wird mit der Anschlußrevision nicht mehr weiter verfolgt. Einen weiteren Anspruch auf Zahlung von 376 DM hat die

Beklagte anerkannt, macht aber ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer angeblichen Saldoforderung geltend, will also in Wahrheit wohl aufrechnen. Da ihr nach den vorausgegangenen Ausführungen eine Saldoforderung aus ihrem Kontoauszug zum 31. Dezember 1964 nicht zusteht, hat das Berufungsgericht der Klägerin den Betrag von 376 DM zu Recht zugesprochen.

2. Weintanks für die Winzergenossenschaft B [REDACTED]

Die Klägerin macht zwei Ansprüche geltend, einen in Höhe von 75,70 DM für Nachbesserungsarbeiten an den gelieferten Tanks und einen in Höhe von 1 738,19 DM als Minderwert des Tanks, weil diese ein unrichtiges Fassungsvermögen aufgewiesen hätten.

a) Der zuerstgenannte Anspruch ist nach Auffassung des Berufungsgerichts gerechtfertigt. Die Beklagte sei, so führt es aus, aufgrund einer Garantieerklärung vom 23. Juni 1964 zur Reparatur verpflichtet gewesen. Die Klägerin habe diese Verpflichtung für sie erfüllt, habe daher aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag einen Ersatzanspruch. Die Höhe sei nicht bestritten.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten übergangen, die Lieferung und Montage der Armatur sei Sache der Klägerin gewesen, das Einpassen der Armaturen sei reine Montagearbeit. Etwaige Arbeiten für die Montage der Tanks seien der Beklagten daher nicht anzulasten. Diesen Vortrag konnte das Berufungsgericht aber als unschlüssig außer acht lassen, weil der Anspruch der Klägerin auf einen ganz anderen Sachverhalt gestützt war. Die Klägerin hatte nämlich

unter Überreichung der Bestellschreiben geltend gemacht, entgegen der vereinbarten Bohrweiten von 48 mm und 22 mm hätten die von der Beklagten gelieferten Tanks erheblich kleinere Bohrweiten aufgewiesen, eine Nachbesserung habe die Beklagte verweigert. Diesen Vortrag hat die Beklagte substantiiert nicht bestritten.

b) Die Klägerin behauptet, die von der Beklagten für die Winzergenossenschaft B██████ gelieferten Tanks hätten nicht das vereinbarte Fassungsvermögen gehabt. Die Winzergenossenschaft habe ihr, der Klägerin, wegen des Minderwerts 1 738,19 DM vom Kaufpreis abgezogen. Diesen Betrag verlangt sie ersetzt.

Das Berufungsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Es führt aus, zu geringes Fassungsvermögen sei ein Mangel der Tanks. Der Käufer habe deswegen Gewährleistungsansprüche gehabt. Nach den Allgemeinen Lieferbedingungen der Beklagten hätten diese sich aber auf Nachbesserung oder Auswechslung beschränkt. Da Nachbesserung nicht in Frage komme, habe der Käufer lediglich einen Anspruch auf Auswechslung der zu kleinen Tanks. Einen Anspruch auf Minderung habe er nicht. Der Ansicht, der Anspruch auf Minderung sei in der Garantieerklärung der Beklagten vom 23. Juni 1964 begründet, sei nicht zu folgen. In ihr heißt es:

"In Abweichung von meinen Allgemeinen Lieferbedingungen übernehme ich bei Edelstahltanks für Material, Konstruktion und Verarbeitung eine Garantie von 10 Jahren. Ausgenommen sind Verschleißteile wie Dichtungen und Armaturen. Die Garantie bezieht sich nur auf eine einwandfreie Lieferung bzw. Ersatz oder Reparatur bei Falschliefereien und schließt entsprechend Lieferbedingungen evtl. Folgeschäden aus."

Das Berufungsgericht meint, das sei nichts anderes, als was bereits die Allgemeinen Lieferbedingungen aussprechen, nämlich die Gewährleistung nur in Form von Nachbesserung oder Auswechslung des mangelhaften Lieferteils, aber keine Minderung.

Die Anschlußrevision meint, die gelieferten Tanks stellt eine andere Ware als die bedungene (aliud) dar, daher fänden die Lieferbedingungen der Beklagten keine Anwendung. Die Auffassung, daß ein Tank mit geringerem als dem vereinbarten Fassungsvermögen einen Mangel aufweise, läßt indessen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Soweit die Anschlußrevision die Auslegung der Garantieerklärung angreift, kann sie keinen Erfolg haben. Es handelt sich um eine Individualvereinbarung, die nur der beschränkten Nachprüfung im Revisionsverfahren zugänglich ist. Die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung ist jedenfalls möglich.

Dagegen macht die Anschlußrevision mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht unter dem Gesichtspunkt geprüft habe, daß eine Nachbesserung des Tanks ersichtlich ausscheidet und die Beklagte die Neulieferung eines richtig bemessenen Tanks abgelehnt habe. Daß die Beklagte eine Neulieferung verweigert hat, könnte sich aus ihrem Schreiben vom 1. Februar 1965 ergeben, in dem sie bestätigt, daß die Edelstahllagertanks nicht den Literangaben auf den einzelnen Rechnungen entsprächen, und sich bereit erklärt, den Minderinhalt bei einer Neubestellung zu vergüten, sowie aus ihrem Vorbringen im Schriftsatz vom 22. März 1966, bei der Bestellung von Tanks mit fixen Längenmaßen sei eine Differenz im Inhalt von 10 % mehr oder weniger erlaubt. Daß im Werkvertragsrecht trotz Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen dann, wenn der Unternehmer die Nachbesserung verweigert, u.a. Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung bestehen

können, hat die Rechtsprechung wiederholt angenommen (Urteile vom 18. Juni 1959 - VII ZR 181/58 - LM BGB § 635 Nr. 4; BGHZ 48, 264, 266; zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil des erkennenden Senats vom 22. Oktober 1969 - VIII ZR 196/67 -). Ähnlich hat der Bundesgerichtshof im Urteil BGHZ 26, 337, 339 ausgesprochen, ein Schadensersatzanspruch könne u.a. geltend gemacht werden, wenn eine Nachbesserung nicht mehr möglich oder unzumutbar sei. Wenn das Berufungsgericht den Klageanspruch nur als Minderungsanspruch ansieht, so ist das zu eng. Besteht ein Unterschied im Wert der Sache bei mangelfreiem und mangelhaftem Zustand, so kann dieser Wertunterschied auch einen Schaden darstellen. Um einen sogenannten Folgeschaden, dessen Ersatz nach den Lieferbedingungen ausgeschlossen ist, handelt es sich hierbei nicht. Die Klageabweisung kann daher in diesem Punkte nicht Bestand haben. Das Berufungsgericht, an das insoweit die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch wegen verweigerter Neulieferung vorliegen.

3. Schadensersatz D [REDACTED].

Der Klageanspruch auf Zahlung von 4 082,35 DM ist abgewiesen worden. Er wird mit der Anschlußrevision nicht mehr weiter verfolgt.

4. Die Angelegenheit Ab [REDACTED] hatte sich im ersten Rechtszuge erledigt.

5. Die Klägerin fordert Provision in Höhe von 472,80 DM für einen von der Klägerin unmittelbar an einen Käufer namens Br [REDACTED] gelieferten Tank. Aufgrund einer zwischen den Parteien

getroffenen Vereinbarung über Gebietsschutz, so trägt die Klägerin vor, habe ihr der Inhaber der Beklagten das Geschäft Br[REDACTED] fernmündlich mitgeteilt. Damit sei ein Provisionsanspruch entstanden.

Das Berufungsgericht hält den Anspruch für begründet. Es läßt dahingestellt, ob zwischen den Parteien eine Gebietschutzvereinbarung getroffen worden ist. Die Beklagte habe, so meint es, den Provisionsanspruch der Klägerin fernmündlich bestätigt, d.h. anerkannt. Es liege darin ein sogenanntes deklaratorisches Schuldanerkennntnis mit der Wirkung, daß die Beklagte für die Zukunft mit allen Einwendungen gegen den Anspruch ausgeschlossen sei.

Die Revision rügt zutreffend, daß diese Begründung den Sachvortrag der Beklagten nicht erschöpft. Die Beklagte hatte in der Berufungsbegründung vorgetragen, ihr Inhaber habe, obwohl eine Gebietsschutzvereinbarung nicht bestanden habe, in der Annahme freundschaftlicher Beziehungen es für einen Akt des Anstandes gehalten, den geschäftsführenden Gesellschafter der Klägerin von dem Verkauf zu benachrichtigen. Es sei dabei vereinbart worden, daß über einen eventuellen Rabatt für dieses Geschäft erst nach Abschluß eines Gebietsvertretungsvertrages gesprochen werden könne. Zu einem solchen Verträge sei es aber nicht gekommen. Bei einem solchen, im Revisionsrechtszuge zu unterstellenden Verlauf der Gespräche kann von einem deklaratorischen Schuldanerkennntnis nicht gesprochen werden. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob, worauf die Klägerin selbst ihren Anspruch stützt, zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen ist, nach der der Klägerin Provision für solche

Geschäfte zusteht, die ohne ihr Zutun in ihrem Tätigkeitsbereich geschlossen worden sind.

6. Ansprüche aus Lieferungen von 8 Tanks an die Winzergenossenschaft E [REDACTED]

a) Die Tanks sollen ein geringeres Fassungsvermögen als vereinbart aufgewiesen haben. Trotz sofortiger Rüge und mehrfacher schriftlicher Mahnung, so trägt die Klägerin vor, seien von der Beklagten weder neue Tanks geliefert noch der der Fehlmenge entsprechende Betrag in Höhe von 707,24 DM erstattet worden. Den vom Berufungsgericht als Minderungsanspruch bezeichneten Anspruch auf Zahlung dieses Betrages weist es aus den oben zu II 2 b wiedergegebenen rechtlichen Erwägungen ab. Dem kann aus den obigen Gründen nicht gefolgt werden. Insoweit ist also die Anschlußrevision begründet.

b) Weiterhin macht die Klägerin für Nachbesserungsarbeiten an den Tanks zur Beseitigung von Verschweißungsmängeln Beträge in Höhe von 175, 54 DM und 176,25 DM geltend. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte sei aufgrund ihrer Garantieerklärung vom 23. Juni 1964 zur Ausbesserung verpflichtet gewesen. Die Klägerin könne daher Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen. Diese Auffassung greift die Revision mit Recht an. Anders als bei der Lieferung der Tanks an die Winzergenossenschaft B [REDACTED] hat die Beklagte bereits in der Klageerwiderung vorgetragen, sie habe die Tanks ordnungsgemäß geliefert, sie seien aber von der Winzergenossenschaft E [REDACTED] unsachgemäß verlegt worden. Das hat die Beklagte in der Berufungsbegründung wiederholt. Diese Einlassung der

Beklagten wird das Berufungsgericht in der erneuten Verhandlung nachgehen müssen.

7. Schaden der Winzergenossenschaft G [REDACTED].

Die Beklagte hatte der Winzergenossenschaft G [REDACTED] einen Tank zum Preise von 3 617 DM geliefert. Dieser Tank erwies sich als undicht. Wie nachträglich festgestellt wurde, war er an der Unterseite innen nicht verschweißt. Innerhalb kürzester Zeit floß der eingefüllte Wein aus, wodurch die Winzergenossenschaft 1 050 Liter Wein verlor. Die Klägerin, die den Schaden der Winzergenossenschaft in Höhe von 4 900 DM ersetzt hat, verlangt von der Beklagten die Erstattung dieses Betrages. Das Berufungsgericht hält den Anspruch für unberechtigt, weil es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung handle, der in den Allgemeinen Lieferbedingungen der Beklagten ausgeschlossen worden sei.

Soweit die Anschlußrevision geltend macht, der Ausschluß aller Schadensersatzansprüche in der Nr. 6 der Lieferbedingungen sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam, kann ihr nicht gefolgt werden. Eine Beschränkung der Mängelhaftung auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung ist grundsätzlich statthaft. Die Klägerin macht allerdings nicht die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche auf Wandelung oder Minderung nach § 459 BGB geltend, sondern begründet ihren Schadensersatzanspruch ersichtlich damit, die Beklagte habe schuldhaft den Kaufvertrag mangelhaft erfüllt. Das Berufungsgericht legt aber die Lieferbedingungen dahin aus, daß auch diese Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung unter den Haftungsausschluß fielen. Das ist

umsoweniger zu beanstanden, als in der Garantieerklärung vom 23. Juni 1964 die regelmäßig aus der Haftung wegen positiver Vertragsverletzung hergeleiteten Ansprüche auf Ersatz von "Folgeschäden" ausdrücklich abbedungen worden sind.

Allerdings kann im Einzelfall der Berufung auf eine Freizeichnungsklausel der Einwand mißbräuchlicher Rechtsausübung entgegengehalten werden. Unter diesem Gesichtspunkt hat die Rechtssprechung Haftungsausschlußklauseln als unwirksam angesehen, wenn sie sich auf einen Schaden beziehen, der durch grobes Verschulden des Vertragspartners selbst oder dessen leitenden Angestellten dem anderen Teil zugefügt worden ist (BGHZ 20, 164, 167; 38, 183 mit Anm. Liesecke in LM BGB § 276 (Db) Nr. 5; Urteil vom 2. April 1962 - II ZR 80/60 - LM BGB § 276 (Db) Nr. 4 = BGHWarn 1962 Nr. 79; des erkennenden Senats vom 22. Mai 1968 - VIII ZR 133/66 - LM Allg. Geschäftsbedingungen Nr. 26 = BGHWarn 1968 Nr. 129). In dieser Hinsicht erschöpfen die Ausführungen des Berufungsgerichts, wie die Anschlußrevision zutreffend geltend macht, den Vortrag der Klägerin und die Einlassung der Beklagten nicht. Die Klägerin hat behauptet, bei dem der Winzergenossenschaft G. gelieferten Tank handle es sich nicht um den einzigen Fall einer Undichtigkeit. Wie bei anderen Lieferungen der Beklagten habe sich in der Schweißnaht eine poröse Stelle befunden, die zunächst nicht festgestellt werden können. In dem von der Klägerin eingereichten Schreiben der Winzergenossenschaft G. vom 3. März 1965, dessen Inhalt sich die Klägerin zu eigen macht, wird erklärt, abgesehen

davon, daß eine Schweißnaht im mittleren Mantel undicht gewesen sei, seien in beiden Tanks die Rundnähte überhaupt nicht geschweißt worden. Es liegt auf der Hand, daß bei Tanks, die zur Aufnahme von Flüssigkeiten bestimmt sind, die Frage der Dichtigkeit eine besondere Rolle spielt und Schweißarbeiten besonders sorgfältig ausgeführt und überwacht werden müssen. Sollten die Behauptungen der Klägerin über wiederholte Fülle von Undichtigkeit und die Rügen der Winzergenossenschaft zutreffen, so könnte das den Schluß auf eine grobe Vernachlässigung der der Beklagten obliegenden Sorgfaltspflichten rechtfertigen. Die Beklagte hat in erster Linie behauptet, der Schaden sei durch unsorgfältige Behandlung des Tanks durch die Winzergenossenschaft eingetreten. Sie hat weiter vorgetragen, die Klägerin könne bei Tanks, die in einfacher oder gar einfachster Ausführung gekauft würden, nicht erwarten, daß diese allen Anforderungen an letzte Feinheiten entsprechen. Das geht, soweit es sich darum handelt, daß ein Tank nicht dicht ist, fehl. Auch der einfachste Tank muß dicht sein, anderenfalls ist er unbrauchbar. Hätten die gesetzlichen Vertreter der Beklagten oder ihre leitenden Angestellten etwa in der Erwägung, die an die Winzergenossenschaft G [REDACTED] zu liefernden Tanks seien nur von einfacher Ausführung, der Dichtigkeit keine ausreichende Beachtung geschenkt, so könnten sie grobfahrlässig gehandelt haben.

Die Beklagte hat schließlich vorgetragen, die Tanks hätten aufgrund eines neuen Spannringverfahrens nur noch in einer Lage geschweißt werden müssen. Sollte etwa hierauf der Fehler des Tanks zurückzuführen sein, so würde es sich um einen Konstruktionsfehler handeln, wobei der Beklagten möglicherweise wiederum der Vorwurf grober Fahrlässigkeit

zu machen wäre, wenn sie die Konstruktion nicht genügend geprüft hätte. Die Behauptung mindestens grober Fahrlässigkeit hat die Klägerin auch im Schriftsatz vom 28. März 1967 erhoben, wenn sie ausführt, die Beklagte habe mit dolus eventualis die Innenschweißung unterlassen. Das Berufungsgericht wird daher, sofern der Mangel des Tanks auf einem groben Verschulden der Beklagten oder eines ihrer Angestellten beruht und, was die Beklagte bestreitet, die Mängelrüge rechtzeitig erhoben ist, erneut zu würdigen haben, ob ein Lieferant von Flüssigkeitsbehältern unter solchen Umständen die Haftung für Undichtigkeit ausschließen kann.

In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte geltend gemacht, die Empfänger der Tanks hätten, ehe sie wertvollen Wein in die Behälter füllten, die Dichtigkeit durch Einfüllen von Wasser prüfen müssen. Da sie eine solche übliche und zumutbare Prüfung unterlassen hätten, falle ihnen ein mitwirkendes Verschulden zur Last. Die Klägerin sei daher der Winzergenossenschaft G [REDACTED] nicht oder nur eingeschränkt zum Schadensersatz verpflichtet und könne dementsprechend auch die Beklagte nicht in Anspruch nehmen. Diesem Vorbringen wird das Berufungsgericht gegebenenfalls bei der neuen Verhandlung nachgehen müssen.

8. Kaufvertrag Z [REDACTED].

Die Beklagte hat unstreitig zwei an Ziebold zum Preise von 10 580 DM gelieferte Tanks zurückgenommen. Sie hat auf diesen Betrag der Klägerin nur 9 422 DM gutgebracht. Das Berufungsgericht hält den Anspruch auf Rückzahlung des Restbetrages von 1 158 DM für begründet. Die Revision rügt,

das Berufungsgericht habe das Vorbringen und den Beweisantritt der Beklagten im Schriftsatz vom 22. März 1966 übergegangen und habe möglicherweise zu Unrecht angenommen, der Vortrag der Klägerin sei als zugestanden anzusehen.

In dem Schriftsatz vom 22. März 1966 hatte die Beklagte vorgetragen, die an Z[REDACTED] gelieferten Tanks seien einwandfrei gewesen. Z[REDACTED] habe nur größere Behälter haben wollen. Die Beklagte hätte auch größere geliefert und die kleineren zurückgenommen, wenn die Klägerin das nicht verhindert hätte, indem sie an Z[REDACTED] Stahltanks der Firma M[REDACTED] & S[REDACTED] geliefert habe. Darauf hatte die Klägerin erwidert, Z[REDACTED] habe die Tanks, weil sie undicht gewesen seien, zur Verfügung gestellt. Die Tanks seien dann von der Beklagten zurückgenommen und anderweitig verkauft worden. Daß die Beklagte die Tanks tatsächlich zurückgenommen hat, ist nach den Entscheidungsgründen des Urteils des Landgerichts unstreitig geworden. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte dann auch eine andere Darstellung gegeben. Danach will sie die Tanks unter der Voraussetzung zurückgenommen haben, daß Z[REDACTED] neue Tanks von ihr kaufe. Diese Abrede habe die Klägerin dadurch zunichte gemacht, daß sie an Z[REDACTED] Tanks eines anderen Fabrikats geliefert habe. Darauf habe sie, die Beklagte, von der Klägerin eine "Bearbeitungsgebühr" von 10 % des Kaufpreises, mithin 1 058 DM gefordert. Das wiederum hat die Klägerin bestritten. Das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 22. März 1966 war danach überholt. Daß das Berufungsgericht den Tatsachenvortrag der Berufungsbegründung nicht berücksichtigt habe, hat die Revision zwar nicht ausdrücklich gerügt. Das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 22. März 1966 und in der Berufungsbegründung stimmt aber

darin überein, daß die Beklagte mit der Klägerin oder Z [REDACTED] die Abrede getroffen habe, die Beklagte solle anstelle der ausgelieferten andere Tanks liefern, und daß die Klägerin entgegen der Abrede Z [REDACTED] mit Erzeugnissen eines Konkurrenzunternehmens beliefert habe. Daß die Feststellungen des Berufungsgerichts diesen Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigten, war Gegenstand der Rüge der Revision, auch wenn sie sich nur auf das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 22. März 1966 bezog. Insoweit ist die Rüge auch begründet; denn das Berufungsgericht hat sich mit der Behauptung der Beklagten, sie habe nach der getroffenen Vereinbarung andere Tanks liefern sollen, die Klägerin habe das vereitelt, nicht befaßt. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob die Klägerin durch abredewidrige Belieferung des Z [REDACTED] mit Erzeugnissen eines anderen Herstellers der Beklagten einen Schaden zugefügt hat, der die Kürzung des von der Beklagten der Klägerin zu erstattenden Betrages um 1 158 LM rechtfertigt.

9. Provision K [REDACTED].

Diesen Provisionsanspruch hat das Berufungsgericht der Klägerin abgesprochen. Insoweit wird das Urteil mit der Anschlußrevision nicht mehr angegriffen.

10. Provision A [REDACTED].

Die Klägerin verlangt unter Berufung auf eine angebliche Gebietsschutzabrede von der Beklagten Provision in Höhe von 8 942,40 DM für einen von der Beklagten an die Winzergenossenschaft A [REDACTED] unmittelbar laut Auftragsbestätigung vom 28. Juli 1964 verkauften und gelieferten Tank. Das Berufungsgericht sieht in Übereinstimmung mit

dem Landgericht aufgrund von Notizen des persönlich haftenden Gesellschafters der Klägerin und eines Schreibens der Beklagten vom 7. Dezember 1964 den Abschluß einer Gebietsschutzabrede als erwiesen und im übrigen auch von der Beklagten als zugestanden an. Es geht sodann davon aus, daß die Beklagte die von der Klägerin behauptete Lieferung ausgeführt habe.

Die Revision rügt einmal, das Berufungsgericht habe bei der Feststellung, daß die Parteien eine Gebietsschutzabrede getroffen hätten, das Vorbringen der Beklagten in Berufungsrechtszuge übergegangen. Ob das zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die weitere Rüge begründet, das Berufungsgericht habe, selbst wenn eine Vereinbarung getroffen worden sei, zu Unrecht die Lieferung unter diese Abrede fallen lassen. Die Beklagte hat nämlich in der Berufungsbegründung vorgetragen, der im Jahre 1964 mit der Winzergenossenschaft A [REDACTED] geschlossene Vertrag sei rückgängig gemacht worden. Mit der Winzergenossenschaft habe sie, die Beklagte, erst im Jahre 1965 unabhängig von dem früheren Vertrage zu anderen Bedingungen einen neuen Vertrag geschlossen. Dem habe die Klägerin selbst Rechnung getragen, indem sie vergeblich versucht habe, der Winzergenossenschaft A [REDACTED] Tanks der Konkurrenzfirma Zi [REDACTED] in L [REDACTED] zu verkaufen. Da unstreitig die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien zum Schluß des Jahres 1964 geendet haben, könnte, sofern die Einlassung der Beklagten richtig ist, der Provisionsanspruch unbegründet sein. Das Berufungsgericht wird daher bei der erneuten mündlichen Verhandlung auf die von der Beklagten im Berufungsrechtszuge vorgebrachten Einwendungen einzugehen haben.

15

11. Weinauslagerung B[REDACTED] Dieser Anspruch ist erledigt.

12. T-Träger.

Die Klägerin behauptet, bei der Montage eines Tanks für die Firma St[REDACTED] habe der Montagetrupp der Beklagten einen T-Träger benötigt, der bei der Firma Ka[REDACTED] gekauft worden sei. Diesen Träger habe der Montagetrupp der Beklagten nicht bezahlt, jedoch sei er ihr, der Klägerin, von der Beklagten in Rechnung gestellt worden. Sie habe diese Rechnung auch an die Beklagte bezahlt. Gleichzeitig habe die Firma Ka[REDACTED] auch die Firma St[REDACTED] auf Bezahlung des Trägers in Anspruch genommen und die Firma St[REDACTED] habe von ihr, der Klägerin, erneut Bezahlung verlangt. Die Beklagte sei daher um den Rechnungsbetrag von 227,33 DM ungerechtfertigt bereichert.

Das Berufungsgericht billigt der Klägerin den verlangten Betrag aus den Gründen des Urteils des Landgerichts zu. Das Landgericht hat festgestellt, die Beklagte habe den Betrag für T-Träger der Klägerin mit Rechnung vom 22. Februar 1964 berechnet, obgleich sie selbst den Träger der Firma Ka[REDACTED] nicht bezahlt habe. Die Klägerin sei von der Firma St[REDACTED], die ihrerseits den Träger an die Firma Ka[REDACTED] bezahlt habe, erneut in Anspruch genommen worden. Der Beklagten habe der Betrag von 227,33 DM nicht zugestanden.

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht sich die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils zu eigen macht. Anscheinend will die Revision sagen, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung nicht beachtet. Was die Beklagte in der Berufungsbegründung vorbringt, ist indessen nicht geeignet, die Ausführungen des Landgerichts zu erschüttern. Die Beklagte hat lediglich geltend gemacht, der Träger sei außerhalb des ursprünglichen Lieferumfanges auf besonderen Wunsch des Kunden St. [REDACTED] eingebaut worden, der ihn auch habe bezahlen müssen. Die Beklagte gibt also zu, daß sie selbst den Träger nicht bezahlt hat und daß die Kosten nicht der Klägerin, sondern der Firma St. [REDACTED] in Rechnung hätten gesetzt werden müssen. Zu Unrecht meint die Revision, demjenigen, der die Schuld eines anderen bezahle, stehe kein Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger zu. Die Klägerin hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht etwa eine Schuld der Firma St. [REDACTED] in der irrigen Annahme, dieser dazu verpflichtet zu sein, tilgen wollen, sondern hat in der durch die Rechnung der Beklagten hervorgerufenen irrigen Annahme, der Beklagten den Betrag für den T-Träger zu schulden, eine von ihr geschuldete Leistung erbringen wollen. Die Klägerin hat also etwas geleistet, was sie nicht schuldig war, und die Beklagte hat etwas erhalten, was sie von der Klägerin nicht fordern konnte. Das rechtfertigt den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Insoweit ist die Revision der Beklagten mithin unbegründet.

13. Tank des Winzervereins M [REDACTED].

Die Klägerin trug im ersten Rechtszuge vor, einen von ihr für den Winzerverein M [REDACTED] bestellten Lagertank habe die Klägerin in undichtem Zustand geliefert. Der Winzerverein erklärte mit Schreiben vom 26. Oktober 1964 gegenüber der Klägerin, wie aus einer beigelegten Fotokopie ersichtlich sei, sei einer von den fünf gelieferten Tanks undicht, er bitte, sich um die Beseitigung des Schadens zu bemühen. Die Klägerin behauptet, sie habe, da die Beklagte die Nachbesserung trotz Aufforderung nicht ausgeführt habe, den Mangel von einer Firma Ludwig E [REDACTED] beseitigen lassen und dafür an die Firma E [REDACTED] 96 DM gezahlt. Diesen Betrag verlangt sie von der Beklagten ersetzt. Die Beklagte bestritt in der Klagerwiderrung den Mangel und trug vor: "Die angeblichen Mängel konnten vom Monteur auch nicht behoben werden, da die Tanks voll waren." Das Landgericht meinte, das Bestreiten der Beklagten sei nicht erheblich, denn nach ihrem Vorbringen habe ihr Monteur den Mangel nicht beheben können, woraus zu schließen sei, daß der Mangel der Beklagten bekannt gewesen sei. Den aufgewendeten Betrag von 96 DM habe die Beklagte aufgrund der Garantieerklärung vom 23. Juni 1964 als Schadensersatz für nicht erbrachte Nachbesserung zu erstatten. Das Berufungsgericht schließt sich dieser Beurteilung an. Die Revision rügt, die Unmöglichkeit, einen etwaigen behaupteten Mangel wegen der Füllung der Gefäße zu beseitigen, schließt nicht aus, daß der Mangel überhaupt nicht vorhanden gewesen sei und deshalb bestritten werde. Daran ist soviel richtig, daß die Einlassung der Beklagten, der angebliche Mangel habe vom Monteur auch nicht behoben werden können, da die Tanks

voll waren, auch bedeuten konnte, die Mängel hätten, sofern sie vorhanden gewesen sein sollten, wegen der Füllung des Tanks nicht beseitigt werden können. Aus dieser Wendung, die von der Beklagten gebraucht ist, läßt sich nicht zwingend schließen, die Beklagte habe einen Mangel zugestehen wollen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind aber im Ergebnis nicht zu beanstanden. Es hat ersichtlich in Übereinstimmung mit dem Landgericht aus dem Rügeschreiben des Winzervereins und dem nicht bestrittenen Vorbringen der Klägerin, die Firma E[REDACTED] habe für 96 DM Reparaturarbeiten ausgeführt, als erwiesen angesehen, zur Zeit der Rüge und der Reparatur sei der Tank undicht gewesen. Diese Würdigung konnte das Berufungsgericht treffen. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte das Vorhandensein eines Mangels unter Bezugnahme auf das Zeugnis ihres Monteurs F[REDACTED] mit der Begründung bestritten, dieser habe trotz Suchens an dem vollen Tank keine Mängel entdeckt. Damit hat die Beklagte im Berufungsrechtszuge aber lediglich gesagt, der Monteur habe äußerlich am gefüllten Tank eine Undichtigkeit nicht festgestellt. Diese Behauptung räumte die Feststellung des Berufungsgerichts, der Tank sei tatsächlich undicht gewesen, nicht aus.

III. Zinsen.

Das Berufungsgericht billigt der Klägerin in Abweichung vom Landgericht Verzugszinsen in Höhe von 8 1/2 % zu. Es führt dazu aus, die Klägerin habe durch Vorlage einer Auskunft der Sparkasse Fr[REDACTED] Kreditkosten von mindestens 8 1/2 % nachgewiesen. Diese Auskunft geht unter dem Zeichen: "Betrifft: Kredit der Firma Bo[REDACTED] ... (Klägerin) auf Giro-Konto Nr. 2 4[REDACTED] in Höhe von 120 000 DM" dahin, daß vor dem 13. August 1965 die Kreditkosten insgesamt mindestens

bei 8 1/2 % gelegen haben und die Sparkasse den auf dem vorgenannten Konto eingeräumten Kredit der Klägerin in laufender Rechnung vom 13. August 1965 bis 26. Mai 1966 mit 9 1/2 %, vom 27. Mai 1966 bis 5. Januar 1967 mit 10 1/2 % und seit 6. Januar 1967 mit 10 % abrechne. Die Revision vermißt den Vortrag der Klägerin, daß sie den ihr von der Kreissparkasse gewährten Kredit in den maßgeblichen Zeiträumen auch jeweils in einer Höhe ausgenutzt habe, der den Stand ihrer Forderung gegen die Beklagte erreichte oder überstieg.

Auch insoweit hat die Revision keinen Erfolg. Aus der Bescheinigung der Sparkasse ergibt sich, daß die Klägerin mit Fremdkapital arbeitet und ihr die Sparkasse Freiburg einen Kredit bis zu 120 000 DM eingeräumt hat. Das Berufungsgericht will ersichtlich feststellen, daß die Klägerin diesen Kredit mindestens in Höhe des ihr von der Beklagten geschuldeten Betrages in Anspruch genommen habe. Soweit die Klägerin einen über 5 % hinausgehenden Zinssatz begehrt, macht sie nach § 288 Abs. 2 BGB einen Verzugsschaden geltend. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, durfte der Tatrichter nach § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden. Die Schätzung, daß ein gewöhnlich mit Fremdkapital arbeitendes Unternehmen, dem ein Kredit bis 120 000 DM eingeräumt ist, diesen Kredit in der vergleichsweise geringen Höhe von rd. 21 000 DM in Anspruch genommen hat, enthält keinen Rechtsirrtum. Die Zubilligung von 8,5 % Zinsen im vorliegenden Urteil unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

IV. 1. Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen, soweit sie die Posten I (Saldo) in Höhe von 9 326,80 DM und II 1 (O[REDACTED]) in Höhe von 376 DM, II 2 (B[REDACTED]) in Höhe von 75,70 DM, II 12 (T-Träger) in Höhe von 227,33 DM und II 13 (M[REDACTED]) in Höhe von 96 DM, insgesamt 10 101,83 DM betrifft. Insoweit bestehen gegen die Vorurteilung der Beklagten keine rechtlichen Bedenken.

2. Auf die Revision der Beklagten war das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es die Posten II 5 (Br[REDACTED]) in Höhe von 472,80 DM, II 6 (E[REDACTED]) in Höhe von 351,79 DM, II 8 (Z[REDACTED]) in Höhe von 1 158 DM und II 10 (A[REDACTED]) in Höhe von 8 942,40 DM, insgesamt 10 924,99 DM betrifft.

3. Auf die Anschlußrevision der Klägerin war das Berufungsurteil aufzuheben, soweit es die Posten II 2 (B[REDACTED]) in Höhe von 1 738,19 DM, II 6 (E[REDACTED]) in Höhe von 707,24 DM und II 7 (G[REDACTED]) in Höhe von 4 900 DM, insgesamt 7 345,43 DM betrifft.

Die Abweisung der Klage durch das angefochtene Urteil bleibt mithin nur hinsichtlich der Posten II 1 (O[REDACTED]) in Höhe von 794,--DM und II 3 (D[REDACTED]) von 4 082,35 DM, insgesamt 4 876,35 DM bestehen, weil diese Ansprüche nicht mehr verfolgt werden. Die Aufhebung erfolgt also, soweit die Klage in Höhe von mehr als 4 876,35 DM abgewiesen worden ist.

4. Da bereits jetzt feststeht, daß die Beklagte in Höhe von 10 101,83 DM unterliegt, hat sie drei Zehntel der Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges und sieben Zwanzigstel der Kosten der Revision zu tragen.

5. Soweit Aufhebung erfolgt, ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, weil diese Entscheidung vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Braxmaier