

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2217 002

ZPO § 92

Die Zuvielforderung ist, auch wenn sie nur die Nebenforderung betrifft (hier: Rechtsmittel wegen Hauptsumme mit 10 000 DM unbegründet, wegen Zinsen mit 1000 DM begründet), bei der Kostenverteilung nach § 92 ZPO zu berücksichtigen.

BGH, Urt. v. 9. November 1960 - VIII ZR 222/59 -

OLG Hamm
LG Bochum

VIII ZR 222/59

Verkündet am 9. November 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Facharztes Dr. med. A. M. [REDACTED] in H. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Horst B. [REDACTED] als Alleininhaber der Firma
Hermann F. [REDACTED], G. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 5. November 1959 hinsichtlich der Kostenentschei-
dung und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur
Zahlung von 10 % Zinsen aus 9356,- DM seit dem
23. November 1958 bis zum 4. November 1959 verurteilt
ist. Im übrigen wird die Revision des Beklagten zu-
rückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits, einschließlich
der Kosten des Revisionsverfahrens, trägt der Beklag-
te 10/11.

Soweit über die Zinsansprüche und über die Ko-
sten einschließlich der Kosten des Revisionsrechts-
zuges noch nicht entschieden worden ist, wird der
Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur anderwei-
ten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger lieferte dem Beklagten am 1. September 1958 ein Cardirex-Gerät, das dieser zum Preise von 9356,-- DM gekauft hatte. Nach einer Vereinbarung der Parteien sollte der Kläger ein gebrauchtes EKG-Gerät des Beklagten zum Preise von 1800,-- DM in Zahlung nehmen. Bei der Vorführung des Cardirex-Gerätes in den Räumen des Beklagten lief die im Gerät angebrachte, mit Tinte gefüllte Vorratsflasche aus, wobei sich die Schreibflüssigkeit auf den Boden des Gerätes ergoß. Der Beklagte verweigerte daraufhin die Annahme, zumal sich auch an der Lackierung einige Schäden zeigten; ein nochmaliges Angebot des Gerätes nach Reparatur wies er zurück, weil er Zweifel an dessen Fabrikneuheit hegte. Daraufhin vereinbarten die Parteien die Lieferung eines anderen dem Beklagten unmittelbar von den S. [REDACTED]-Reiniger-Werken in E. [REDACTED] zu übersendenden Cardirex-Gerätes. Wie der Beklagte behauptet hat, kamen die Parteien dabei überein, der Kläger habe ihm vor der Anlieferung die Fabriknummer sowohl des zurückgegebenen als auch des neuen Gerätes mitzuteilen. Der Beklagte verweigerte aber auch die Annahme des zweiten Gerätes, und zwar dieses Mal direkt dem Spediteur gegenüber, der es auf dem Bahnhof in H. [REDACTED] einlagerte, von wo es an den Absender zurückging. Grund der Annahmeverweigerung war sowohl der Umstand, daß das Gerät nicht wie vereinbart von Erlangen, sondern von der Geschäftsstelle D. [REDACTED] der Firma S. [REDACTED]-Reiniger abgeschickt worden war, als auch die Tatsache, daß der Kläger dem Beklagten vor Anlieferung nicht die Fabriknummern des erst- und des zweitgelieferten Gerätes mitgeteilt hatte. Auf eine fernmündliche Beschwerde des Beklagten erklärte ihm der Kläger, das Gerät sei fabrikneu aus E. [REDACTED] gekommen, ihm jedoch aus einem Versehen des Werkes über die Auslieferungsstelle in D. [REDACTED] zugesandt worden. Der Kläger gab dabei die durch sein Schreiben vom 9. Oktober 1958 bestätigte Zusicherung ab, dem Beklagten werde nunmehr ein drittes Gerät unmittelbar von E. [REDACTED] aus zugehen;

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



anlässlich einer in dieselbe Zeit fallenden fernmündlichen Unterredung der Parteien erhielt der Beklagte die Auskunft, er müsse sich noch einige Wochen gedulden, weil in E. gerade eine neue Fabrikationsserie anlaufe und im Augenblick keine neuen Cardirex-Geräte mehr vorhanden seien. Das dritte Gerät wurde dem Beklagten, und zwar nunmehr unmittelbar von E. aus am 8. November 1958 zugeschickt. Aus der ihm ebenfalls unmittelbar vom Werk aus zugegangenen Versandanzeige war auch die Fabriknummer des übersandten dritten Gerätes zu ersehen. Eine Mitteilung der Fabriknummer des im September 1958 vom Beklagten zurückgegebenen Gerätes hatte der Beklagte nicht erhalten, Angeblich aus diesem Grunde verweigerte er auch die Annahme dieses Gerätes, das infolgedessen in ungeöffneter Verpackung an den Absender zurückging. Der Kläger hat mit der Klage zunächst die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 7556,-- DM nebst Zinsen und zur Abnahme des streitigen Gerätes verlangt sowie desweiteren beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihm, dem Kläger, Besitz und Eigentum an dem in Zahlung genommenen EKG-Gerät zu verschaffen unter Anrechnung eines Betrages von 1800,-- DM auf den Kaufpreis; hilfsweise hat er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger weitere 1800,-- DM zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung mit der Begründung begehrt, daß der Kläger die Vereinbarung über die vorherige Mitteilung der Fabriknummern des ersten und des dritten Gerätes nicht erfüllt habe. Er, der Beklagte, habe, so hat er vorgetragen, ein berechtigtes Mißtrauen gehegt, daß ihm statt eines fabrikneuen wiederum das bereits zurückgegebene erste Gerät zugesandt sein könnte, zumal er mit einem früher von der Firma S. gelieferten Kurzwellenapparat schlechte Erfahrungen gemacht habe. Er hat außerdem im Laufe des ersten Rechtzuges vorsorglich den Rücktritt vom Verträge erklärt, weil

dem Kläger die Bekanntgabe der zum ersten Gerät gehörenden Fabriknummer nicht möglich sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im zweiten Rechtszuge hat der Kläger und Berufungskläger, nachdem sich die Parteien darüber einig geworden waren, daß die Inzahlungnahme des EKG-Gerätes nicht mehr in Betracht komme, seinen Antrag dahin geändert, den Beklagten zur Zahlung von 9356,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen. Er hat auf das bereits im ersten Rechtszuge überreichte Schreiben der Firma S [REDACTED] an ihre Geschäftsstelle in Dortmund vom 8. Juni 1958 hingewiesen, aus dem sich die Fabriknummer des ersten Gerätes ergebe. Außerdem hat er die Versandanzeige und die Rechnung über dieses Gerät, die erstere in Photokopie nunmehr zu den Akten überreicht.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts abgeändert und den Beklagten zur Zahlung von 9356,-- DM nebst 10 % Zinsen seit dem 23. November 1958 verurteilt. Den weitergehenden Zinsanspruch hat es abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landgericht hatte angenommen, daß sich der Kläger verpflichtet habe, vor Anlieferung des dritten Gerätes dem Beklagten die Fabriknummer sowohl des ersten als auch des dritten Gerätes anzugeben, dessen Lieferung der Beklagte erwartete. In dieser Zusage hatte es die Übernahme einer zum Kaufvertrage gehörenden Hauptverpflichtung gesehen, die dem Kläger jedoch - was es aus dessen Prozeßerklärungen entnehmen zu können glaubte - unmöglich geworden sei. Das Land-

gericht hat daher erwogen, der Beklagte sei gemäß §§ 440 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung, den Kaufpreis zu entrichten, frei geworden. Demgegenüber hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Kläger während des Rechtsstreites den Nachweis geführt habe, das erste Gerät habe die Fabriknummer 117 B gehabt und die Fabriknummer des dem Beklagten in der Zeit vom 8. - 11. November 1958 gelieferten dritten Cardirex-Gerätes sei die Nummer 228 e gewesen.

Es hat jedoch unentschieden gelassen, ob sich die Zusage des Klägers überhaupt auf die Lieferung des dritten Gerätes bezogen und rechtlich verpflichtenden Charakter hatte. Diese Voraussetzungen unterstellt, hat es die Vereinbarung der Parteien dahin ausgelegt, der Kläger habe sich verpflichtet, dem Beklagten ein fabrikneues Cardirex-31-Gerät zu liefern, das nicht mit dem zuerst angelieferten identisch sein dürfe. Die vom Kläger übernommene Verpflichtung, dem Beklagten die Fabriknummer des ersten und des noch ausstehenden dritten Gerätes mitzuteilen, habe, so hat es ausgeführt, nur den Zweck gehabt, dem Beklagten die Nachprüfung zu erleichtern, ob der Kläger seine in diesem Sinne zu verstehende Mitteilungspflicht auch einhielt.

Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Inhalts der dem Kläger auferlegten Mitteilungspflicht den dem Beklagten obliegenden Nachweis, daß der Kläger die Nummern des ersten und dritten Gerätes schon vor der Anlieferung des dritten Gerätes durch den Spediteur bekanntzugeben gehabt hätte, nicht für erbracht angesehen. Im einzelnen hat es hierzu ausgeführt, selbst, wenn der Kläger eine Zusage gegeben haben sollte, die betreffenden Nummern "vorher" mitzuteilen, so lasse eine solche Verpflichtung auch die Auslegung zu, die Mitteilung habe "vor der Annahme des neuen Gerätes als Erfüllung" der Lieferverpflichtung und nicht schon vor der Anlieferung durch den

Spediteur zu geschehen. Das Berufungsgericht ist demnach der Ansicht, es könne nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte berechtigt gewesen sei, die Angabe der Fabriknummern vor oder doch bei Anlieferung des dritten Gerätes zu verlangen und im Hinblick auf das Ausbleiben dieser Angaben die Annahme der Lieferung zu verweigern. Es hat den Beklagten nicht für berechtigt erachtet, wegen Unmöglichkeit der Leistung vom Vertrage zurückzutreten.

Die Revision bekämpft den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß der Beklagte für den Inhalt der behaupteten Abrede beweispflichtig sei. Eine Erörterung dieses Gesichtspunktes ist jedoch ebensowenig erforderlich wie eine Stellungnahme zu der Frage, ob, wie die Revision rügt, die Annahme des Berufungsgerichts, die Mitteilungspflicht des Klägers sei lediglich als eine Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrage anzusehen, etwa auf Rechtsirrtum beruht.

Nach dem unstreitigen Sachverhalt war der Beklagte, wie er das in seinem Schriftsatz vom 20. März 1959 getan hat, nicht berechtigt, wegen Unmöglichkeit der Leistung vom Vertrage zurückzutreten. Denn die Erfüllung der Mitteilungspflicht, mag sie selbst mit der Revision als eine Hauptleistung anzusehen sein, stellte sich im Zeitpunkte der Rücktrittserklärung nicht als dauernd unmöglich dar. Dem steht schon der Umstand entgegen, daß der Kläger bereits im ersten Rechtszuge eine schriftliche Auskunft des Lieferwerks in Erlangen an die Werksgeschäftsstelle in Dortmund vorgelegt hat, aus der sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Fabriknummern des ersten und des dritten Gerätes ergaben, und daß er im zweiten Rechtszuge sogar durch Vorlage weiterer Urkunden den schließlichen Nachweis für die Richtigkeit dieser Angaben geführt hat. Die Mitteilung der Fabriknummern war demnach möglich. So wie das Berufungsgericht die Mitteilungspflicht des Klägers aus-

gelegt hat, daß sie nämlich nur dazu bestimmt war, dem Beklagten die Nachprüfung zu erleichtern, ob es sich bei dem dritten Gerät um einen Apparat handelte, der erstmals das Werk in E[REDACTED] verlassen hatte, ist auch nicht anzuerkennen, daß sie nur vor Anlieferung des dritten Gerätes erfüllt werden konnte. Denn der vom Berufungsgericht herausgestellte Zweck der Mitteilung wurde durch das Unterbleiben der Angabe in dem vom Beklagten als vereinbart behaupteten Zeitpunkt keineswegs vereitelt. Die dem Beklagten unbedingt erforderlich erscheinende Nachprüfung konnte dieser vielmehr auch in einem späteren Zeitpunkte vornehmen. Wenn das Berufungsgericht erwogen hat, das habe auf jeden Fall noch bei der Aufstellung und Erprobung des Gerätes geschehen können, so ist hierin kein Rechtsfehler zu erblicken.

2. Die im Schriftsatz des Beklagten vom 20. März 1955 enthaltene Erklärung, vom Vertrage zurückzutreten, ist lediglich wegen Unmöglichkeit der Leistung auf § 325 BGB gestützt. Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages, also Ansprüche aus § 326 BGB, hat sich der Beklagte in diesem Schriftsatz ausdrücklich vorbehalten. Darüber, daß er etwa im Laufe des Rechtsstreites überhaupt Ansprüche aus § 326 BGB geltend gemacht hätte, enthält das Berufungsurteil keine Feststellungen; auf einen derartigen Sachverhalt wird auch von der Revision nicht abgestellt. Das Berufungsgericht hat daher schon aus diesem Grunde im Ergebnis zutreffend erwogen, daß sich der Beklagte nicht auf einen Rücktritt vom Vertrage wegen Leistungsverzuges des Klägers im Sinne des § 326 BGB berufen könne. Im übrigen hat es ausdrücklich hervorgehoben, daß weder eine Fristsetzung noch eine Androhung vorliege, nach fruchtlosem Ablauf einer Frist vom Vertrage zurückzutreten. Soweit die Revision diese Ausführungen des Berufungsgerichts mit dem Hinweis bekämpft, daß es wegen der Besonderheit des Falles keiner Fristsetzung bedurft habe, kann nach dem Ausgeführten schon deshalb keinen Erfolg haben, weil der Beklag-

te sich auf einen Rücktritt nach § 326 BGB nicht berufen hat und es somit auf die Fristsetzung überhaupt nicht ankommt.

3. Auch die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es ein Recht des Beklagten verneint, seine Leistung etwa aus dem Gesichtspunkte der positiven Vertragsverletzung zu verweigern, sind im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß dem Verpflichteten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung des anderen Teils das Recht erwachsen kann, sich ohne vorherige Fristsetzung vom Vertrage zu lösen. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich jedoch nicht, daß der Beklagte ein solches Recht, sich vom Vertrage zu lösen, geltend gemacht hätte. Er hat sich im Gegenteil, wie bereits unter 2) erörtert wurde, bei der ausschließlich auf § 325 BGB gestützten Rücktrittserklärung die Geltendmachung weiterer Rechte gerade vorbehalten, ohne daß er jedoch später hierauf zurückgekommen ist. Abgesehen vom Fehlen dieser Voraussetzung würde auch ein Recht des Beklagten zur Lösung vom Vertrage zu verneinen sein, da der Beklagte selbst während des Rechtsstreits die Erfüllung der vom Kläger übernommenen Mitteilungspflicht verlangt hat, der Kläger dem nachgekommen ist und der Beklagte in keiner Weise dargetan hat, daß durch die Verspätung der Erfüllung der Vertragszweck vereitelt worden sei. Im Gegenteil hat das Berufungsgericht die Feststellung getroffen, daß das Interesse des Beklagten an der Vertragserfüllung fortbestehe.

4. In dem Verhalten des Beklagten während des Rechtsstreites könnte allerdings die Geltendmachung eines Rechtes, seine eigene Leistung solange zurückzuhalten, bis der Kläger seiner Mitteilungspflicht genügt haben würde, zu erblicken sein (§ 320 BGB). Es bedarf jedoch in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung darüber, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu irgend einem Zeitpunkt begründet war. Da der Beklagte

sich nur auf die Nichterfüllung der Mitteilungspflicht des Klägers und nicht etwa auch darauf berufen hat, der Kläger habe ihm das Gerät in der Zwischenzeit nicht wieder angeliefert, wäre einer Einrede aus § 320 BGB, nachdem der Kläger seiner Mitteilungspflicht während des Rechtsstreits nachgekommen ist, die Grundlage entzogen. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht auch ohne Rechtsirrtum davon absehen, die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises im Sinne einer Zug um Zug Leistung einzuschränken.

5. Bei dieser Sachlage bestehen somit keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zur Entrichtung des Kaufpreises verpflichtet sei. Alle Angriffe der Revision, mit denen sie eine Verletzung des § 286 ZPO hinsichtlich der hier nicht interessierenden Feststellungen rügt und die rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichts bekämpft, daß sich die Mitteilungspflicht des Klägers allenfalls als eine vertragliche Nebenverpflichtung darstelle, und daß dem Beklagten die Beweislast für den Inhalt der Verpflichtung obliege, bedürfen keiner weiteren Erörterung. Auch soweit die Revision die Auslegung des Berufungsgerichts mit rechtlichen Ausführungen angreift, kann sie keinen Erfolg haben. Denn sie wendet sich nicht etwa gegen die Auslegung des Berufungsgerichts, es sei Sinn und Zweck der Zusage gewesen, dem Beklagten die von ihm als unerlässlich angesehene Nachprüfung hinsichtlich der Fabrikneuheit des Gerätes zu ermöglichen. Ist aber hiervon auszugehen, so kommt es, wie bereits erörtert, für die Frage der Unmöglichkeit nicht mehr darauf an, ob eine Auslegung dahin führen muß, die Parteien hätten von vornherein nur vereinbart, die Mitteilung der Fabriknummern habe erst bei der Aufstellung und Erprobung des Gerätes, also vor der Erklärung des Beklagten, er nehme nunmehr dieses dritte Gerät als Erfüllung des Liefervertrages an, zu erfolgen brauchen.

II. Dagegen ist der Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe rechtsirrtümlich angenommen, dem Kläger stünden vom 23. November 1958 an Verzugszinsen zu, der Erfolg nicht zu versagen.

Das Berufungsgericht hat ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten gemäß § 320 BGB bejaht. Dennoch hat es dem Kläger Verzugszinsen vom Tage des Ablaufs einer von ihm für die Zahlung bis zum 23. November 1958 gesetzten Frist zugebilligt und zwar mit der Begründung, der Kläger sei nicht nur zur Erbringung der eigenen Leistung bereit und imstande gewesen, sondern habe sie dem Beklagten sogar in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten.

Die Revision hält die Voraussetzungen des Verzuges in dem vom Berufungsgericht angenommenen Zeitpunkt nicht für gegeben, weil der Kläger seiner Verpflichtung erst während des zweiten Rechtszuges nachgekommen sei.

Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, trotz des Bestehens eines Leistungsverweigerungsrechtes gemäß § 320 BGB befinde sich der Schuldner im Verzug von dem Zeitpunkt an, in dem der Gläubiger ihm die Leistung angeboten habe, steht mit der Rechtsprechung im Einklang (RGZ 126, 280, 285). Die Ausführungen der Revision richten sich nicht gegen diesen Rechtsgrundsatz. Sie gehen vielmehr dahin darzutun, der Kläger sei in dem Zeitpunkt, in welchem das Berufungsgericht den Schuldnerverzug beginnen läßt, (23. November 1958) zur vollständigen Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten weder bereit noch imstande gewesen. Diese Angriffe sind in der Tat begründet. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Kläger sei nicht nur zur Erbringung der eigenen Leistung bereit und imstande gewesen, er habe sie dem Beklagten sogar in einer den Annahmever-

zug begründenden Art und Weise angeboten, lassen Zweifel darüber aufkommen, ob es die Erfüllung der Mitteilungspflicht in die dem Kläger obliegende Leistung einbezogen hat. Sollte das Berufungsgericht bei der Prüfung der Frage nach dem Beginn des Schuldnerverzuges nur auf die Verpflichtung des Klägers abgestellt haben, die Lieferung des Gerätes zu bewerkstelligen, so läge hierin ein Rechtsfehler. Der Leistungsverzug des Schuldners ist ausgeschlossen, wenn diesem ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB zur Seite steht, es sei denn, die vollständige Leistung des Gläubigers sei ihm bereits angeboten worden (vgl. oben). Das gilt auch dann, wenn das Leistungsverweigerungsrecht nicht besonders geltend gemacht wird (RGZ aaO; RG LZ 1920, 957; RG Recht 1925 Nr. 1248). § 320 BGB macht nun aber keinen Unterschied zwischen Haupt- und Nebenleistungen, sondern spricht allgemein von der Gegenleistung des Gläubigers (RG JW 1935, 2041; RGZ 56, 151, 152). Darauf, ob es sich bei der vom Kläger zugesagten Mitteilung um eine Haupt- oder Nebenverpflichtung handelte, kann es daher auch in diesem Zusammenhang nicht ankommen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß eine vollständige Erfüllung der dem Kläger aus dem Liefervertrag obliegenden eigenen Verpflichtung i.S. des § 320 BGB solange nicht angenommen werden kann, als er nicht auch seiner Mitteilungspflicht nachgekommen war. Da andererseits feststeht, daß der Kläger zur Lieferung des Gerätes am 23. November 1958 bereit und imstande war, hängt die Beantwortung der Frage, ob sich der Beklagte bereits am 23. November 1958 mit Rücksicht auf das Angebot des Gläubigers im Verzuge befunden hat, in erster Reihe davon ab, ob die in diesem Zeitpunkt noch rückständige Teilleistung des Klägers (aus seiner Mitteilungspflicht) etwa so geringfügig war oder ob doch die Umstände so lagen, daß eine Verweigerung der Zahlung gegen Treu und Glauben verstoßen hätte (§ 320 Abs. 2 BGB). Ist diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben, so konnte der Beklagte in dem angeführten Zeitpunkte nur dann in Leistungsver-

zug geraten, wenn feststeht, daß der Kläger damals auch zur Erfüllung seiner Mitteilungspflicht bereit und imstande war. Zu dieser Frage hat das Berufungsgericht nicht ausdrücklich Stellung genommen. Rechtsirrig wäre es jedenfalls, wenn es davon ausgegangen sein sollte, die nach seiner Ansicht vertragswidrige Annahmeverweigerung des Beklagten habe zur Folge gehabt, daß der Kläger nunmehr seiner Mitteilungspflicht bis zur später (vielleicht nach Erledigung des Rechtsstreites) einmal vorzunehmenden Aufstellung des Gerätes enthoben sei. Selbst bei der vom Berufungsgericht getroffenen rechtsirrtumsfreien Auslegung des Inhalts dieser Mitteilungspflicht gebieten es die Grundsätze von Treu und Glauben, daß der Kläger dem Beklagten die erforderlichen Angaben sofort nach der Annahmeverweigerung mitteilte, damit dieser sich entscheiden konnte, ob er das ihm angebotene Gerät als Erfüllung annehmen könne. Es hätte daher einer Prüfung bedurft, warum der Kläger die Mitteilung der Fabriknummern nicht mit seinem Mahnschreiben vom 17. November 1958 verbunden hat.

Zu der Frage, ob etwa die Voraussetzungen des § 320 Abs. 2 BGB gegeben sind, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht Stellung genommen.

Das Berufungsurteil kann daher, soweit der Beklagte zur Zahlung von Verzugszinsen für die Zeit auch bis zur Erfüllung der Leistungspflicht des Klägers hinsichtlich der Mitteilung der Fabriknummer des ersten Gerätes verurteilt ist, nicht aufrecht erhalten bleiben. Wann der Kläger diese Leistung angeboten hat, konnte vom Revisionsgericht, soweit Streit unter den Parteien herrscht, nicht festgestellt werden; das ist Sache des Tatsachengerichts. Feststeht jedoch, daß diese Pflicht mit Rücksicht auf die Mitteilung der Nummer des dritten Gerätes während des Berufungsrechtszuges spätestens am Tage der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht er-

füllt war, so daß von diesem Tage an (5. November 1959) der Beklagte sich im Verzuge befand und die Zinsen ab diesem Zeitpunkt vom Berufungsgericht mit Recht zugesprochen worden sind. Wegen der Zinsforderung für die frühere Zeit unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung. Insoweit ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um ihm Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Nachprüfungen vorzunehmen. In der neuerlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht folgende Gesichtspunkte zu beachten haben:

In erster Reihe bedarf es einer Prüfung, ob sich die Mitteilungszusage des Klägers auch auf das dritte Gerät bezogen hat und ob ihr ein rechtsverbindlicher Charakter zukommt. Gelangt das Berufungsgericht zur Bejahung dieser Frage, wird es zu prüfen haben, ob etwa die Voraussetzungen des § 320 Abs. 2 BGB angenommen werden können. Dabei ist zu erwägen, daß, wenn wirklich eine rechtsverbindliche Verpflichtung des Klägers vorliegt, es dem Beklagten solange nicht zumuten war, die Lieferung als Erfüllung hinzunehmen, als ihm nicht die zugesagten Angaben gemacht worden waren. Es geht jedenfalls nicht an, den Beklagten auf eigene Erkundigungen bei dem Lieferwerke zu verweisen und ihm etwa wegen dieser Möglichkeit schon die Einrede des nichtgehörig erfüllten Vertrages zu versagen.

Bei der dem Berufungsgericht gegebenenfalls noch verbleibenden Prüfung, ob der Kläger auch bereit und imstande war, seiner Mitteilungspflicht am 23. November 1958 nachzukommen, wird es nicht unberücksichtigt lassen dürfen, daß der Kläger die Fabriknummern zwar während des Rechtsstreites angegeben, aber in seinem Schriftsatz vom 21. April 1959 selbst vorgetragen hat, er habe dem Beklagten, als es um die Lieferung des dritten Gerätes gegangen sei, erklärt, er wisse die Fabriknummer des ersten Gerätes nicht, da dieses auf die Reklamation

des Beklagten sofort an das Lieferwerk zurückgegangen sei. Das Berufungsgericht wird dabei auch prüfen müssen, ob der Kläger nicht schon durch die Vorlage der in den Prozeß eingeführten Erklärungen des Lieferwerks vom 16. Januar 1959 und vom 8. Juni 1959 seiner Mitteilungspflicht genügt hat.

III. Bei der Kostenentscheidung war zu berücksichtigen, daß die Revision wegen der Hauptforderung keinen Erfolg gehabt hat, sondern nur wegen des Zinsanspruches für etwa ein Jahr. Die Zinsen sind zwar Nebenforderungen i.S. des § 4 ZPO. Sie sind daher bei der Wertberechnung nicht zu berücksichtigen. Das zwingt aber nicht dazu, auch bei der Anwendung des § 92 ZPO die von der Entscheidung über die Hauptsomme abweichende Entscheidung über eine Nebenforderung (Zinsen) unberücksichtigt zu lassen. In § 92 ZPO ist schlechthin von teilweisem Obsiegen und Unterliegen die Rede, ohne daß dabei ein Unterschied zwischen Haupt- und Nebenforderung gemacht wird. Deshalb ist für § 92 ZPO davon auszugehen, in welchem Umfange gesehen ein Obsiegen und Unterliegen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gegeben ist ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Haupt- und Nebenforderungen handelt. Das entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (J.W. 1888¹⁷⁷; RGZ 42, 82 85) wie auch der herrschenden Meinung im Schrifttum (Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 92 III 1). Der von Wieczorek (ZPO § 92 A I a) ohne nähere Begründung vertretenen abweichenden Meinung kann nicht gefolgt werden.

Da die Zinsforderung, wegen der die Revision Erfolg hat, bei einer Hauptforderung von rund 10.000 DM etwa 1000 DM beträgt, schien es angemessen, von den Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten 10/11 aufzuerlegen, da er in diesem Umfange unterlegen ist. Im übrigen bleibt die Entscheidung über die Ko-

sten des Rechtsstreites einschließlich derjenigen des Revisions-
verfahrens dem Berufungsgerichte überlassen. 10

Dr. Pagendarm

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Messner