

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 16/67

URTEIL

Verkündet am

26. Februar 1969

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Georg F [REDACTED] in M [REDACTED] (Rheinl.),
B [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Franz-Josef E [REDACTED], A [REDACTED] N [REDACTED]-I [REDACTED]
E [REDACTED] P [REDACTED] Nr. [REDACTED], E [REDACTED] (Brasilien),

Beklagten, Widerkläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 23. November 1966 hinsichtlich der Kostenentscheidung teilweise und ferner insoweit aufgehoben, als der Kläger zu a) der Urteilsformel zur Zahlung von mehr als 8 263,64 DM nebst Zinsen hiervon verurteilt worden ist.

Im übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.

Im Umfange der Aufhebung des Berufungsurteils, nämlich wegen des Anspruchs des Beklagten auf Zahlung von 6 154,88 DM nebst Zinsen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges tragen der Kläger 16/25 und der Beklagte 5/25.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 37/50 und der Beklagte 4/50.

Der Kläger trägt ferner 4/5 der Kosten des Revisionsverfahrens.

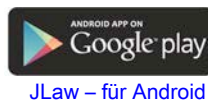
Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits im übrigen bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 12./15. August 1960 übernahm der Beklagte die Fertigung und Lieferung von Dampfbügelanlagen und ihren Versand an die Kunden des Klägers nach dessen Anweisungen. Der Kläger stellte ihm hierfür Konstruktionszeichnungen und andere Unterlagen sowie einige Einzelteile zur Verfügung. In dem Vertrag wurde der Preis für eine komplette Anlage unverpackt auf 335,-- DM festgesetzt. Dieser Preis wurde später auf 350,-- DM erhöht. Den gesamten Verkehr mit der Kundschaft, auch den Rechnungverkehr, behielt sich der Kläger vor. Nach Nr. 10 des Vertrages sollte der Beklagte die Möglichkeit erhalten, die Dampfbügelanlagen gegen eine Provision von 20 % auf die Listenpreise zu verkaufen. Im Frühjahr 1963 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Es hatte sich herausgestellt, daß der Beklagte im eigenen Namen Bügelanlagen an Dritte verkauft hatte. Der Kläger zahlte ihm deshalb auf seine Forderungen für weitere Leistungen auf Grund des Vertrages nur runde Beträge, die es dem Beklagten nach seiner Darstellung ermöglichen sollten, die Herstellung weiterer Anlagen durchzuführen. Dabei blieb offen, in welchem Umfang der Beklagte dem Kläger wegen nicht abgerechneter Verkäufe Schadensersatz zu leisten habe.

Mit Schreiben vom 20. Mai 1963 bestellte der Kläger weitere Bügelanlagen. Der Beklagte stellte ihm auch später Auslieferungen in Rechnung und verlangte mit Rechnungen vom 9. Dezember 1963 für noch nicht



gelieferte Geräte die Bezahlung von 10 und 20 Vaporetta-Anlagen und mit Rechnung Nr. 369 vom selben Tage für 21 Vaporetta-Zwergkessel (davon 7 Stück mit Doppelventil) insgesamt 16 656,08 DM. Die mit diesen drei Rechnungen berechnete Ware wurde nicht mehr ausgeliefert; 2 Zwergkessel waren beschädigt und unbrauchbar geworden. Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, die ihm in Rechnung gestellten Beträge seien durch Aufrechnung mit höheren Schadensersatzansprüchen ausgeglichen.

Um eine anderweite Verwertung dieser Ware durch den Beklagten zu verhindern, erwirkte der Kläger gegen den Beklagten eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Münster vom 27. Mai 1964 - 7 Q 22/64 -, durch die dem Beklagten verboten wurde, die in den Rechnungen vom 9. Dezember 1963 aufgeführten 30 Vaporetta-Anlagen und 19 Zwergkessel ohne Zustimmung des Klägers zu veräußern oder zum Kauf anzubieten. Diesen Unterlassungsanspruch verfolgte der Kläger sodann mit seiner Klage in dem vorliegenden Rechtsstreit.

Der Beklagte erhob Widerklage mit dem Antrage, den Kläger zur Zahlung von 33 016,05 DM zuzüglich Zinsen ab 1. Januar 1964 zu verurteilen und ferner festzustellen, daß das dem Beklagten in Nr. 8 des Vertrages vom 12./15. August 1960 auferlegte Betätigungsverbot nichtig sei.

Dem Zahlungsanspruch legte der Beklagte unter Bezugnahme auf eine Aufstellung, die der Kläger in dem Verfahren wegen Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorgelegt hatte, folgende Beträge zugrunde:

Saldo 1962/63	1 311,-- DM
Rechnungen über gelieferte Anlagen	76 937,54 DM
Rechnungen über noch nicht gelieferte Anlagen (die drei Rechnungen vom 9. Dezember 1963) mit insgesamt	<u>16 656,08 DM</u>
Summe	94 904,62 DM.

Hierauf brachte der Beklagte die vom Kläger unstreitig im Jahre 1963/64 geleisteten Zahlungen mit 54 888,57 DM sowie einen Betrag von 7 000,-- DM in Anrechnung, den der Beklagte als Schadensersatzforderung für von ihm vorgenommene Direktverkäufe anerkannte.

Das Landgericht entsprach dem Klageantrag und verurteilte den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 33 016,05 DM nebst Zinsen. Im übrigen wies es die Widerklage ab.

Mit der Berufung erstrebte der Kläger die volle Abweisung der Widerklage.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts nur in geringem Umfange geändert und den Kläger verurteilt, an den Beklagten für bereits erbrachte Leistungen einen restlichen Betrag von 14 418,52 DM nebst Zinsen zu zahlen sowie weitere 16 104,69 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Lieferung der unter dem 9. Dezember 1963 in Rechnung gestellten 30 Vaporotta-Anlagen und 19 Vaporotta-Zwergkessel, wobei der Gegenwert

für zwei beschädigte Zwergkessel abgesetzt wurde. Die weitergehende Widerklage hat das Berufungsgericht abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger die volle Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

I. Der Beklagte hat zur näheren Begründung der mit der Widerklage beanspruchten Beträge im Berufungsverfahren einen Kontoauszug vorgelegt. Dieser beginnt mit einem Saldo am 1. Januar 1963 zu seinen Gunsten in Höhe von 1 311,-- DM. Zwischen den Parteien habe, so hat der Beklagte dazu vorgetragen, ein Kontokorrentverhältnis bestanden. Über den Saldo Ende 1962 seien sich die Parteien einig gewesen. Das Berufungsgericht geht bei Prüfung der Widerklageforderungen von dem Saldobetrag aus und rechnet dazu 76 937,54 DM für weitere Lieferungen und Leistungen des Beklagten, so daß sich hieraus rechnerisch für ihn eine Forderung von 78 248,54 DM ergibt. Nach Abzug der unstreitigen Zahlungen von 54 888,57 DM und des vom Beklagten anerkannten Schadensersatzbetrages für vertragswidrig von ihm vorgenommene Direktgeschäfte von 7 000,-- DM verbleibt nach der Berechnung des Berufungsgerichts eine Forderung für bereits erbrachte Leistungen von 16 359,97 DM. Hiervon zieht es als Fehlberechnungen beanstandete Beträge in Höhe von 1 641,45 DM sowie einen geschätzten

Betrag von 300,-- DM für Aufwendungen des Klägers ab. Die demnach verbleibende Forderung des Beklagten von 14 418,52 DM hält es für begründet.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Einwendungen des Klägers gegen die Ansprüche des Beklagten nicht genügend berücksichtigt und weitere Forderungen, mit denen der Kläger aufgerechnet habe, zu Unrecht abgelehnt. Im einzelnen geht es um folgendes:

1. Der Kläger hat mit der Berufungsbegründung eine Aufstellung der beanstandeten Rechnungen aus dem Jahre 1963 über komplette Anlagen, Kessel oder Bügeleisen (Liste 2a) überreicht und verlangt, daß Beträge von insgesamt 6 488,29 DM abzusetzen seien. In weiteren Ausführungen hat der Kläger dargelegt, er habe nicht alle ihm in Rechnung gestellten Teile empfangen. Zunächst habe der Beklagte gemäß Vertrag auch den Versand an die Kunden des Klägers nach dessen Weisungen durchgeführt. Ab Februar 1963 sei jedoch die Versendung der Ware durch den Kläger oder die von ihm beauftragte Verkaufsgesellschaft besorgt worden. Seit dieser Änderung in der Abwicklung der Geschäfte habe der Kläger sämtliche Anlagen und Kessel jeweils durch seinen Sohn (F. [REDACTED] jun.) beim Beklagten in Vreden (Bezirk Münster, Westf.) abholen lassen. Sein Sohn habe die ihm ausgelieferten Teile jeweils quittiert. Die Rechnungen habe der Beklagte häufig bereits aufgestellt, sobald er die einzelnen Teile angefertigt hatte, und dem Kläger übersandt. Er habe die einzelnen Rechnungen allerdings nicht jeweils beanstandet, bei dieser Handhabung auch nicht von vornherein be-

anstanden können. Was der Beklagte geliefert habe, lasse sich durch die ihm erteilten Empfangsbescheinigungen nachweisen.

Der Beklagte hat bestritten, jeweils Empfangsbescheinigungen erhalten zu haben. Es sei zwar vorgekommen, daß Rechnungen schon an den Kläger abgesandt wurden, bevor die Ware abgeholt worden sei. Dies sei jedoch darauf zurückzuführen, daß der Beklagte im Einverständnis mit dem Kläger die in Rechnung gestellten Anlagen für ihn in einem besonderen Raum, der verschlossen gewesen sei, auf Lager genommen habe. Hierdurch sei die Ablieferung ersetzt worden. Der Sohn des Klägers, der die Ware abgeholt habe, sei in der Lage gewesen, den Lagerbestand jeweils zu kontrollieren und habe dies auch getan. Für das Abrechnungsverhältnis seien die Rechnungen maßgebend geblieben, die der Kläger erhalten und auch später nicht beanstandet habe. Das gelte auch für das weitere Vorbringen des Klägers, mit dem er erst in diesem Rechtsstreit die ihm in Rechnung gestellten Preise bemängelt habe. Diese Preise habe er jedenfalls dadurch genehmigt, daß er die Rechnungen nicht beanstandet habe.

Das Berufungsgericht stellt fest, der Kläger habe nicht vorgetragen, jemals vor der von ihm vorgelegten Aufstellung vom 13. Mai 1964 gerügt zu haben, daß er ihm berechnete Ware nicht erhalten habe. Eine spätere Rüge brauche der Beklagte nicht gegen sich gelten zu lassen. Soweit der Kläger Rechnungen vor Abholung in Rechnung gestellter Geräte erhalten habe, ha-

be er jeweils bei oder nach dem nächsten Abholtermin rügen können, daß die in Rechnung gestellten Teile nicht geliefert seien. Er habe insbesondere auch unverzüglich rügen können und müssen, wenn ihm bereits berechnete und erst danach gelieferte Ware erneut in Rechnung gestellt worden sein sollte. Die Art und Weise, wie geliefert und berechnet wurde, habe mithin nur dafür von Bedeutung sein können, ob eine Rüge rechtzeitig war.

Die Revision hält diesen Ausführungen des Berufungsgerichts entgegen, der Einwand des Klägers, daß die Auslieferungen nicht den erteilten Rechnungen entsprechen hätten, sei deshalb zuzulassen, weil die Rechnungen zum Teil als Vorausrechnungen über noch abzuliefernde Ware erstellt und über die gelieferte (abgeholte) Ware jeweils besondere Quittungen erteilt worden seien. Der Kläger habe überdies die eidliche Vernehmung des Beklagten auch darüber beantragt, daß er mehrfach noch nicht hergestellte Waren in Rechnung gestellt habe.

Um diese Rügen zu bescheiden, bedarf es der Erörterung, worin nach dem Vortrag des Klägers die Abweichungen von den erteilten Rechnungen des Beklagten bestehen sollen.

a) In der Aufstellung 2a) setzt der Kläger von der Rechnung Nr. 119 vom 30. April 1963 über 19 komplette Anlagen, bestehend aus 19 Kesseln und 19 Stahleisen, einen Betrag von 1 900,50 DM für 7 Kessel ab. Der Kläger hat dazu vorgetragen (Berufungsbegründung vom

22. April 1965 S. 7), sein Sohn habe die 7 Kessel zunächst nicht mitnehmen können, weil sie noch nicht fertiggestellt gewesen seien. Bei einem späteren Besuch habe er dann diese 7 Kessel zusammen mit weiteren Kesseln mitgenommen. Die 7 Kessel seien hierauf dem Kläger erneut in Rechnung gestellt worden (Beweis: Zeugnis des früheren Angestellten des Beklagten B.). Außerdem hat der Kläger in der Berufungsbegründung seinen Sohn als Zeugen dafür benannt, daß nicht mehr Anlagen geliefert worden seien, als in der Liste 2a) angegeben ist. In der Rechnung Nr. 119 sind nach unbestrittenem Vortrag des Klägers ferner 3 Stahleisen aufgeführt. Der Kläger hat bestritten, sie je erhalten zu haben, und hierfür 332,85 DM abgesetzt. In der Aufstellung heißt es weiter, nach den vorliegenden Unterlagen lasse sich kein Anhaltspunkt dafür finden, daß die zuviel berechneten Teile jemals in den Besitz des Klägers gelangt seien. Eine prompte Reklamation dieser und weiterer Rechnungen, die nachfolgend noch erörtert werden, sei zwar bis auf die Rechnung Nr. 130 unterblieben. Das habe seinen Grund jedoch darin, daß der Kläger davon ausgegangen sei, der Beklagte habe die Ware abholbereit zur Verfügung. Höchstwahrscheinlich seien diese Teile dann aber zu dem Zeitpunkt, als sie abgeholt wurden, aufs neue wieder in Rechnung gestellt worden. Das Beweisangebot B. wiederholte der Kläger im Schriftsatz vom 31. Januar 1966 S. 3 dahin, Bauer habe dem Sohn des Klägers erklärt, der Beklagte habe in Wirklichkeit nicht alle in Rechnung gestellten Anlagen geliefert und der Kläger habe demgemäß eine entsprechende Menge nicht erhalten.

Diesem Vorbringen ist zu entnehmen, daß der Kläger die 3 Stahleisen (für 332,85 DM) nie erhalten haben will, daß jedoch die 7 Kessel ihm später mit anderen Kesseln zusammen erneut berechnet worden seien. Der Kläger hat allerdings die Rechnung, bei der dies geschehen sein soll, nicht bezeichnet. Außerdem ist in Betracht zu ziehen, daß er mit dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung vom 22. Mai 1964 eine Aufstellung gegenseitiger Forderungen vom 13. Mai 1964 vorgelegt und darin als Forderungen des Klägers Rechnungen von bereits gelieferten Anlagen mit einer Gesamtsumme von 76 957,54 DM, andererseits aber auch einen Gegenposten "Unrichtigkeiten aus Rechnungen" mit 7 677,15 DM aufgeführt hat. Diesen Gegenposten hat er jedoch im ersten Rechtszuge nicht näher erläutert. Daß er bereits vor der Aufstellung vom 13. Mai 1964 die Rechnung Nr. 119 vom 30. April 1963 wegen Nichtlieferung von Teilen beanstandet habe, hat der Kläger auch im Berufungsverfahren nicht behauptet. Deshalb stellt sich zunächst die Frage, ob der Kläger, weil er ein Jahr lang unbeanstandet ließ, was er später hinsichtlich der Rechnung Nr. 119 in diesem Rechtsstreit vortrug, durch sein Verhalten schlüssig auch anerkannt hat, die ihm berechnete Ware vollständig erhalten zu haben. Dies hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt. Seine Rechtsauffassung, dem Kläger sei es verwehrt, die Einwendungen der Nichtlieferung und der Doppelberechnung noch mit Erfolg vorzubringen, weil er die behauptete "Unterlieferung" nicht gemäß § 378 HGB unverzüglich gerügt habe, begegnet rechtlichen Bedenken.

Nach dieser Vorschrift ist zwar eine unverzügliche Rüge auch dann erforderlich, wenn eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert worden ist. Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob es sich hier überhaupt um einen Mengenfehler im Sinne von § 378 HGB handelt. Denn wenn der Beklagte dem Kläger 3 Eisen überhaupt nicht geliefert und die 7 Kessel doppelt in Rechnung gestellt hatte, so handelte es sich um ein Verschwen, mit dessen Genehmigung der Beklagte keinesfalls rechnen durfte, sie vielmehr als ausgeschlossen betrachten mußte. Deshalb ist die Begründung des Berufungsgerichts in diesem Punkt rechtlich nicht haltbar.

Eine andere Frage ist, ob die mit so großer Verzögerung vorgebrachten Einwendungen des Klägers ausreichend substantiiert sind. Da jedoch nicht bekannt ist, welche Unterlagen dem Kläger oder seinem Sohn zur Verfügung standen, um zu dem unter Beweis gestellten Ergebnis zu gelangen, daß weniger geliefert worden sei, als der Beklagte in Rechnung gestellt hat, ist dem Revisionsgericht eine abschließende Entscheidung in diesem Punkt zum Nachteil des Klägers nicht möglich. Deshalb muß die Rüge, das Berufungsgericht habe die angebotenen Beweise nicht erhoben, als begründet angesehen werden. Insoweit, also wegen der Beträge von 1 900,50 DM und 332,85 DM, kann das Berufungsurteil somit nicht bestätigt werden.

b) In der Liste 2a) hat der Kläger die Rechnung Nr. 127 vom 13. Mai 1963 über 8 Kessel und 8 Stahleisen in Höhe von 3 062,12 DM mit der Begründung beanstandet, daß er diese Ware nie erhalten habe. Im Schriftsatz vom 31. Januar 1966 S. 6 hat der Kläger ferner dazu vorgetragen, sein Sohn habe bei seinem Besuch am 30. April 1963 zwar gesehen, daß die 8 Anlagen in Arbeit waren; sie seien jedoch vorerst nicht geliefert worden. Als sein Sohn etwa am 25. Juni 1963 wieder beim Beklagten gewesen sei, habe er die am 13. Mai in Rechnung gestellten 8 Anlagen mitgenommen. Der Beklagte habe darauf eine neue Rechnung ausgestellt, in der die 8 Anlagen wieder berechnet worden seien.

Auch in diesem Punkt kann nicht angenommen werden, daß der Beklagte mit einer Genehmigung der behaupteten Doppelberechnung rechnen durfte. Deshalb bedarf auch dieser Einwand, mindestens auf Grund der Rüge, der Sohn des Klägers hätte vernommen werden müssen, einer weiteren Behandlung durch den Tatrichter.

c) Die Rechnung Nr. 130 vom 14. Mai 1963 über 623,95 DM gab der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, zunächst mit Schreiben vom 20. Mai 1963 dem Beklagten mit dem Bemerkten zurück, in ihr sei zu Unrecht ein Zuschlag von 3 % aufgeführt, außerdem könnten die Eisen erst bezahlt werden, wenn sie geprüft und als einwandfrei befunden worden seien. Der Beklagte wies im Schreiben vom 21. Mai 1963 die Beanstandung des Zuschlages als unbegründet zurück und übersandte

die Rechnung wieder dem Kläger mit der Bitte, sie zu buchen und zu begleichen. Zu diesen Vorgängen ließ der Kläger dann im Schriftsatz vom 31. Januar 1966 S. 6 vortragen, die Rechnung beziehe sich auf die 8 Anlagen, die in der Rechnung Nr. 127 vom 13. Mai 1963 berechnet worden sind. Die später abgeholten Anlagen seien ebenfalls erneut in Rechnung gestellt worden. Auch in diesem Zusammenhang hat der Kläger behauptet, sein Sohn habe jeweils über empfangene Geräte Quittungen erteilt, so daß sich bei Vorlage der Quittungen durch den Beklagten schnell herausstellen werde, daß eine solche für die fehlenden Anlagen nicht vorhanden sei.

Im Kontoauszug des Beklagten ist unter dem 26. Juni 1963 eine Rechnung AR 165 vom 25. Juni 1963 über 10 280,05 DM aufgeführt worden. Auf welche Ware sie sich bezieht, ist nicht näher vorgetragen worden. Die Möglichkeit einer Doppelberechnung ist auch in diesem Falle nicht als ausgeschlossen anzusehen. Deshalb muß das Berufungsurteil auch wegen des Betrages von 623,95 DM aufgehoben werden.

d) In der Liste 2a) wird schließlich noch die Rechnung Nr. 347 vom 18. November 1963, die sich auf 17 Kessel, 17 Stahleisen und 3 Schneidereisen bezieht, in Höhe eines Teilbetrages von 235,46 DM mit der Begründung beanstandet, die 3 Schneidereisen seien vom Kläger nicht abgeholt worden. Er bezieht sich in der Liste a) zwar auch noch auf einen Schriftwechsel über diesen Fall, nach dessen Inhalt nur die 17 Kessel und 17 Industriestahleisen abgeholt worden seien, jedoch ohne Angabe weiterer Einzelheiten und auch ohne nähere Bezeichnung des Schriftwechsels.

Der Beklagte hat in der Berufungsbeantwortung hierzu erwidert, der Kläger habe die Anlagen wie immer nach Prüfung abgenommen und auch diese Rechnung erstmalig mit der Berufungsbegründung beanstandet; wegen Verspätung der Rüge bedürfte es keines weiteren Eingehens auf diesen Punkt.

Dem Vorbringen des Klägers kann zwar entnommen werden, daß er die Bestellung der 3 Bügelisen nicht bestreitet, sondern nur ihre Lieferung. Trotzdem kann auch in diesem Falle das Beweisangebot des Klägers dafür, daß er die 3 Stahleisen nicht erhalten habe, nicht schon mit der Begründung des Berufungsgerichts (wegen nicht rechtzeitiger Rüge) zurückgewiesen werden. Denn auch hier müßte nach dem als richtig zu unterstellenden Parteivortrag des Klägers zwischen den Parteien offenkundig gewesen sein, daß die 3 Bügelisen nicht geliefert worden sind. Mithin kann schon aus diesem Grunde die Einwendung des Klägers nicht an § 378 HGB scheitern. Nach dem Kontoauszug des Beklagten lautet die Rechnung AR 347 auf einen Betrag von 6 184,07 DM. Hiervon sind die von dem Kläger errechneten Beträge für 3 Schneidereisen mit 235,46 DM zwecks weiterer Prüfung dieses Anspruchs durch das Berufungsgericht abzusetzen. Wie das weitere Parteivorbringen der Parteien zu diesem Punkt zu werten ist (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 23. August 1965 S. 9 ff und Schriftsatz des Klägers vom 31. Januar 1966 S. 3 - 7), bleibt der Prüfung durch das Berufungsgericht vorbehalten.

c) Zusammenfassend ergibt sich demnach, daß die Verurteilung des Klägers zur Zahlung der zu a) bis d) erörterten Beträge in Höhe von insgesamt 6 154,88 DM nebst Zinsen seit 1. Januar 1964 nicht bestätigt werden kann. Insoweit wird das Berufungsgericht die Sache erneut zu prüfen haben.

Das Berufungsgericht wird dabei zu entscheiden haben, ob der Kläger die streitigen Forderungen durch schlüssiges Verhalten anerkannt hat und deshalb beweisen muß, daß er hierbei einem Irrtum unterlegen ist. Das Vorbringen des Klägers schließt jedenfalls die Möglichkeit nicht aus, daß er sich bei den Behauptungen über Doppelberechnungen weitgehend auf Vermutungen stützt. Gegebenenfalls wird bei einer Vernehmung des Sohnes des Klägers auch zu klären sein, ob er wirklich jeweils über die abgeholten Geräte quittiert hat und welche Bedeutung den etwa erteilten Quittungen für den vom Kläger zu führenden Beweis beizumessen ist. Wie in der Regel, so dürften auch hier die Rechnungen als Benachrichtigung von dem Betrage der Schuld aufzufassen sein, wobei es nicht entscheidend ist, ob sie vor Auslieferung oder erst danach dem Kläger erteilt worden sind. Deshalb wird auch zu prüfen sein, warum der Kläger den Rechnungen nicht unverzüglich widersprochen hat, insbesondere ob und warum sie von ihm nicht nachgeprüft worden sind, um etwaige Fehlberechnungen festzustellen.

2. Der Kläger hat ferner geltend gemacht, der Beklagte habe ihm die Verpackungskosten für 157 der lt. Liste 2a) ausgelieferten Anlagen zu vergüten. Dafür

fordert der Kläger einen Betrag von 926,30 DM. Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch mit der Begründung abgelehnt, der Beklagte habe in dem Vertrage vom 12./15. August 1960 zwar die Versendung der Ware an die Kunden des Klägers übernommen. Der in dem Vertrag vereinbarte Preis für die Anlage sei jedoch für die unverpackte Ware festgesetzt worden. Der Kläger habe nicht schlüssig dargetan, daß der Beklagte von dem Zeitpunkt ab, als die Versendung und Verpackung der Ware von dem Kläger selbst besorgt wurden, die Verpackungskosten zu tragen habe. Demgegenüber bezieht sich die Revision auf Vorbringen des Klägers in der Berufungsbegründung S. 9 f, wo er unter Beweis gestellt habe, daß dem Beklagten eine Erhöhung des im Vertrag festgelegten Stückpreises von 335,-- DM auf 350,-- DM wegen Steigerung der Lohnkosten zugebilligt worden sei. Diesem Vorbringen des Klägers brauchte das Berufungsgericht jedoch nicht zu entnehmen, daß hiermit die Verpackungskosten gemeint waren. Es ist daher kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht es abgelehnt hat, die berechneten Preise um die Verpackungskosten zu kürzen.

3. Der Kläger hat wegen vertraglich unerlaubter Geschäfte des Beklagten, die er mit dem Kläger nicht abgerechnet hatte, in diesem Rechtsstreit Schadensersatz in Höhe von 10 176,58 DM gefordert, abzüglich des vom Beklagten insoweit anerkannten Betrages von 7 000.-- DM. Die Forderung des Klägers setzt sich zusammen aus der Gesamtsumme der Liste 1a) von 7 060,08 DM und dem Betrage von 1 892,20 DM, den der Kläger gemäß Liste 1b)

als Ersatz von Unkosten, die ihm durch Nachforschungen zur Ermittlung der Veruntreuungen des Beklagten entstanden seien, gefordert hat. Der Kläger hat ferner lt. Liste 1c) Aufwendungen für Reisen seines Sohnes zur Aufdeckung der Schwarzverkäufe in Höhe von 1 129,30 DM + 95,-- DM dem Beklagten in Rechnung gestellt.

Das Berufungsgericht hat seiner Schadensberechnung den Betrag von 7 060,08 DM zugrunde gelegt, hiervon aber 20 % abgezogen, weil der Beklagte nach dem Vertrage vom 12./15. August 1960 berechtigt gewesen sei, Vaporotta-Anlagen im Namen und für Rechnung des Klägers zu verkaufen, und in diesem Falle eine Provision von 20 % des Listenpreises hätte beanspruchen dürfen. Nach Abzug dieser Provision verbleibt noch ein Schadensbetrag von 4 954,-- DM aus der Liste 1a). Die Revision beanstandet diese Kürzung. Das Berufungsgericht habe überschen, daß durch den Verkauf im eigenen Namen die Wirkung der Reklame entfallen sei, die bei einem Verkauf im Namen des Klägers gegeben gewesen wäre. Ganz abgesehen davon müsse der Kläger so gestellt werden, als wenn er selbst unmittelbar veräußert hätte. Es gehe nicht an, dem Beklagten, der unerlaubt gehandelt habe, eine Provision zuzubilligen.

Diese Bedenken gegen das Berufungsurteil sind nicht stichhaltig. Der Kläger hat bei seiner Berechnung keinen Schaden geltend gemacht, der sich aus dem Fortfall von Reklamewirkungen im Falle eines Verkaufs in seinem Namen ergeben hätte. Der Beklagte hat für

eigene Rechnung Geschäfte vorgenommen, die ihm nicht gestattet waren. Daß der Kläger selbst diese Geschäfte hätte vornehmen können, ist von ihm nicht behauptet worden. Der Schaden des Klägers ist jedenfalls nicht höher als der Vorteil, der ihm entstanden wäre, wenn der Beklagte in seinem Namen zu Listenpreisen verkauft hätte. Ein weiterer Schaden ist nicht dargetan und brauchte daher von dem Berufungsgericht nicht in Rechnung gezogen zu werden. § 252 BGB ist somit entgegen der Auffassung der Revision nicht verletzt.

Von den Unkosten, deren Ersatz der Kläger mit den Aufstellungen 1b) und 1c) beansprucht hat, hält das Berufungsgericht die für ihn als "Zeitgeld" angesetzten Beträge in Höhe von zusammen 1 251,-- DM nicht für ausreichend begründet. Als hinreichend dargelegt sieht es nur eigene Reisekosten des Klägers in Höhe von 641,20 DM und die Beträge von 1 129,30 DM und 95,-- DM für Unkosten durch Recherchen seines Sohnes an. Das sind zusammen 1 865,50 DM. Dieser Betrag zuzüglich des anerkannten Schadensbetrages von 4 954,-- DM erreicht nicht die vom Beklagten anerkannte Schadenssumme von 7 000,--DM. Deshalb hat das Berufungsgericht dem Kläger keinen weiteren Schadensersatz zugebilligt.

Die Revision hält die Ablehnung der Ersatzbeträge für Arbeitsausfall des Klägers nicht für gerechtfertigt. Sie verweist auf die nähere Begründung dieses Anspruchs in der Berufungsbegründung vom 23. April 1965 S. 13 und meint, der Aufwand wäre nach § 287 ZPO

zu schätzen gewesen. Mit dieser Rüge kann sie nicht durchdringen. Der Kläger hat die ihm versagte Vergütung als Entschädigung für Verdienstausfall gefordert und dazu geltend gemacht, seine Arbeitskraft, die durch die Nachforschungen über die vertragswidrigen Schwarzgeschäfte des Beklagten in Anspruch genommen worden sei, müsse angemessen bewertet werden. Unter beiden Gesichtspunkten ist jedoch mit diesen Ausführungen ein Schaden nicht schlüssig begründet. § 354 HGB, auf den sich die Revision beruft, ist nach Wortlaut und Sinn hier nicht zugunsten des Klägers anwendbar. Dem Berufungsgericht ist deshalb darin beizutreten, daß ein den anerkannten Betrag von 7 000,-- DM übersteigender Schaden nicht dargetan ist.

4. Die ersten von dem Beklagten erstellten Anlagen wurden ab Februar/März 1961 durch ihn an Kunden des Klägers ausgeliefert. Dieser behauptet, der Beklagte habe fortgesetzt mangelhaft hergestellte Anlagen geliefert und ihn dadurch geschädigt, daß 3 Großabnehmer des Klägers, die hauptsächlich beliefert worden seien, den Kauf derartiger Anlagen eingestellt oder wesentlich eingeschränkt hätten. Anspruch auf Ersatz des hierdurch erlittenen Schadens habe er mündlich am 20. März 1963 und sodann mit Schreiben vom 26. August 1963 und 12. Oktober 1963 erhoben. Der Beklagte hat erwidert, der Kläger habe bis zum Schreiben vom 26. August 1963 nie Ansprüche wegen angeblicher Schlechtlieferungen angedroht. Sie wären zudem verjährt.

Der Kläger macht mit diesen Ansprüchen keine Gewährleistungsansprüche aus bestimmten Geschäften geltend, sondern einen darüber hinausgehenden Schaden, der ihm durch schuldhafte Schlechterfüllung entstanden sei. Das Landgericht hat den Schadensersatzanspruch mit der Begründung abgelehnt, es fehle dem Vorbringen des Klägers eine schlüssige Darlegung einer schuldhaften Schlechtlieferung des Beklagten. Im zweiten Rechtszuge hat der Kläger sein Vorbringen ergänzt und darauf verwiesen, daß die hauptsächlichsten Mängel der Fertigung den Berichten seines Sohnes vom 21. November 1962 und vom 23. Februar 1963 zu entnehmen seien. Daß die vom Beklagten ausgelieferten Anlagen mangelhaft gewesen seien, werde ferner durch die dem Gericht vorgelegten Reklamationsschreiben von Kunden des Klägers belegt. Auch die Verpackung ausgelieferter Anlagen sei häufig mangelhaft gewesen und von Kunden beanstandet worden. Reparaturarbeiten habe der Beklagte ebenfalls mangelhaft ausgeführt. Seine ständig mangelhaften Leistungen könnten auch durch die hierfür benannten Zeugen bewiesen werden. Die Mängel habe der Kläger laufend gerügt.

Das Berufungsgericht entnimmt den Darlegungen des Klägers, der Schaden, den er durch Umsatzrückgang wegen mangelhafter Anlagen erlitten haben will, sei in erster Linie auf Mängel der im Jahre 1961 gelieferten Anlagen von ihm zurückgeführt worden. Die hieraus hergeleiteten Schadensersatzforderungen seien nach § 651 Abs. 1 i.V.m. § 477 BGB verjährt. Eine vertragliche Abrede über eine Verlängerung der Verjährungsfrist sei

dem Vortrag des Klägers jedenfalls für die Zeit vor 1963 nicht zu entnehmen. Dieser Ersatzanspruch könne auch nicht zur Aufrechnung gestellt werden, denn alle vor dem 1. Januar 1963 begründeten Forderungen des Beklagten seien durch Zahlung oder Saldierung erloschen. Eine Aufrechnung gegen den Saldo per Ende 1962 sei nicht zulässig, denn der Saldo sei nach Vollendung der Verjährung der Ersatzansprüche aus mangelhaften Leistungen gezogen und anerkannt worden, ohne daß dabei ein Vorbehalt wegen der verjährten Ansprüche gemacht worden sei. Zudem sei dem Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 22. Dezember 1961 zu entnehmen, daß der Kläger wegen des Umsatzrückganges infolge von Mängeln der vor 1962 bewirkten Lieferungen keinen Schadensersatzanspruch habe erheben, sich jedoch einen solchen Anspruch wegen Schäden aus Mängeln künftiger Lieferungen vorbehalten wollen. Damit sei deutlich zum Ausdruck gebracht, daß alle in diesem Schreiben und früher vom Kläger erhobenen allgemeinen Beanstandungen nicht als Rügen im Sinne von §§ 377, 378 HGB zur Wahrung von Schadensersatzansprüchen gelten sollten, mit Ausnahme von konkreten Beanstandungen bestimmter Anlagen oder Einzelteile zum Zweck der Nachbesserung oder Ersatzteillieferung.

Auch etwaige Ersatzansprüche wegen Mängel der im ersten Halbjahr 1962 gelieferten Anlagen seien verjährt. Ob auch Schadensersatzansprüche wegen Mängel der im zweiten Halbjahr 1962 und später vom Beklagten unmittelbar an die 3 Großabnehmer des Klägers oder deren Kunden versandten Anlagen oder wegen mangelhaft ausgeführ-

ter Reparaturen verjährt seien, könne dahingestellt bleiben. Denn es fehle an der schlüssigen Darlegung, daß durch vom Beklagten verschuldete und vom Kläger rechtzeitig gerügte Mängel gerade dieser Lieferungen und Leistungen ein weiterer Gewinnausfall des Klägers entstanden sei.

Die Revision wendet sich gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts mit einer Reihe von Rügen. Sie greifen nicht durch.

a) Nach § 477 BGB verjähren die Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Diese kurze Verjährung gilt auch für Ansprüche aus schuldhafter Schlechterfüllung, die sich auf Schäden durch Sachmängel gründen, dagegen nicht für Ansprüche auf Nachbesserung, wenn sich die Parteien hierüber geeinigt haben (RGZ 144, 162). Nach § 479 BGB kann der Anspruch auf Schadensersatz nach Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der in § 478 BGB bezeichneten Handlungen vorgenommen hatte. Die Aufrechnung ist nach dem Sinne des § 479 BGB grundsätzlich nur gegenüber dem Kaufpreisanspruch aus dem Lieferungsvertrag zulässig. Nur unter besonderen Umständen kann sonst die Möglichkeit bestehen, mit verjährten Schadensersatzansprüchen aus dem Kaufvertrage wegen Mängeln der Kaufsache aufzurechnen (EGH Urteil vom 22. Februar 1961 - VIII ZR 176/59 - NJW 1961, 1254 = MDR 61, 500; vgl. Urteil vom 4. November 1964 - VIII ZR 5/63 - WM 1965, 47 = MDR 65, 199).

Die Revision macht geltend, die Geschäftsverbindung der Parteien, aus der die Widerklageforderung einerseits und die Schadensersatzforderung des Klägers andererseits hervorgingen, sei als einheitlicher Vorgang zu werten, der es rechtfertige, die Aufrechnung abweichend von § 479 BGB zuzulassen, also auch gegenüber Ansprüchen des Beklagten aus anderen Lieferungen, die mit den mangelhaften Lieferungen im Zusammenhang stünden.

Soweit der Kläger unter diesem Gesichtspunkt eine Aufrechnung mit verjährten Schadensersatzansprüchen wegen Mängeln der Ablieferungen oder sonstigen Leistungen des Beklagten im Jahre 1961 und in der ersten Hälfte des Jahres 1962 geltend macht, scheitert die Möglichkeit der Aufrechnung daran, daß die vor dem 1. Januar 1963 begründeten Forderungen des Beklagten durch Zahlung oder Verrechnung erloschen sind und der zu diesem Zeitpunkt übereinstimmend festgestellte Saldo von 1 311,-- DM ohne Vorbehalt (wegen verjährter Ersatzansprüche) anerkannt worden ist. Schon deshalb ist es ausgeschlossen, dem Kläger die Aufrechnung mit bereits damals verjährten Schadensersatzansprüchen aus Billigkeitserwägungen zuzubilligen.

Die Revision macht ferner geltend, der Saldo von 1 311,-- DM sei entgegen der Feststellung des Berufungsgerichts nicht anerkannt worden. Dieser Einwand richtet sich jedoch gegen die Würdigung des dem Berufungsgericht unterbreiteten Sachverhalts, ohne sie mit beachtlichen Verfahrensrügen in Frage zu stellen. Die

Parteien sind im Prozeß übereinstimmend von einem Saldo per 31. Dezember 1962 in Höhe von 1 311,-- DM ausgegangen. Auch der Kläger hat diesen Saldo in seine Aufstellung vom 13. Mai 1964 übernommen. Das Landgericht hat ihn seiner Berechnung zugrunde gelegt, ohne daß der Kläger den Saldobetrag als solchen im Berufungsverfahren bestritten hat. Deshalb durfte das Berufungsgericht zu der Annahme gelangen, dieser Saldo sei von dem Kläger anerkannt worden. Das Berufungsgericht hat darüber hinaus dargelegt, der Kläger habe gegenüber dem Saldo keinen Vorbehalt zum Ausdruck gebracht. Er muß ihn deshalb auch aus diesem Grunde gegen sich gelten lassen. Demnach kommt es insoweit nicht darauf an, ob der Kläger Mängel der Lieferungen bis 30. Juni 1962 rechtzeitig und ordnungsgemäß gerügt hat. Die hierfür angebotenen Beweise brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben.

Für die Frage der Verjährung ist es nicht von Bedeutung, ob es sich um verdeckte oder offene Mängel handelte. Deshalb brauchte das Berufungsgericht auch dieser Frage nicht nachzugehen.

b) Im Schriftsatz vom 2. Juni 1966 hat der Kläger vorgetragen, der Beklagte sei von fast allen Be-
anstandungsschreibern der Kunden des Klägers in Kenntnis gesetzt worden. Er habe auch stets versprochen, die ihm aufgezeigten Einzelmängel in Zukunft abzustellen. Diese Zusicherung habe der Beklagte im Jahre 1961 und 1962 mehrmals abgegeben. Die Revision meint, wenn der Beklagte diese Versprechen nicht gehalten habe, so kön-

ne nur Arglist vorliegen. Damit zieht die Revision eine Folgerung, die der Kläger in diesem Zusammenhang in der Vorinstanz selbst nicht vorgetragen hat. Er hat sich dort vielmehr darauf berufen, er mache einen Schaden geltend, der ihm durch ständige Nachlässigkeit des Beklagten bei der Herstellung der Maschinen entstanden sei. Hierdurch seien die Vaporetta-Anlagen in den Ruf geraten, nicht zuverlässig zu sein. Das Berufungsgericht brauchte diesem Sachvortrag nicht zu entnehmen, daß der Beklagte Mängel der von ihm ausgelieferten Waren arglistig verschwiegen habe. Deshalb kann die Revision auch durch Hinweis auf diesen Gesichtspunkt den Verjährungseinwand nicht mit Erfolg ausräumen.

c) In dem nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingereichten Schriftsatz vom 4. November 1966 hat der Kläger sich auf den Standpunkt gestellt, die Verjährungseinrede sei auch deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagte die ihm angezeigten Mängel an ausgelieferten Maschinen durch Ersatzlieferungen oder Reparaturen beseitigt, hierdurch die Mängel anerkannt und somit darauf verzichtet habe, sich auf Verjährung zu berufen. Durch seine Nachbesserungsversprechen, die der Beklagte bei jeder Mängelrüge erneut abgegeben habe, habe er zugleich die Rügen anerkannt, selbst wenn sie verspätet gewesen wären. Die Revision bezieht sich auf dieses Vorbringen mit der Rüge, das Berufungsgericht hätte die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen, weil dem Vorbringen zu entnehmen gewesen sei, daß der Beklagte nicht nur für die Zukunft

eine Abstellung der Mängel versprochen habe, sondern auch schon die gegenwärtige Abstellung der jeweils mitgeteilten Mängel.

Diese Rüge scheitert schon daran, daß der Schadensersatzanspruch des Klägers sich nicht darauf gründet, der Beklagte habe von ihm zugesagte Nachbesserungen nicht ausgeführt, sondern darauf, daß er wiederholt mangelhaft geliefert und versprochen habe, gerügte Mängel künftig zu vermeiden, daß er diese Zusagen aber nicht gehalten habe. Demnach gründet sich der Schadensersatzanspruch auf fortgesetzte Schlechterfüllung durch Lieferung mangelhafter Ware. Dieser Anspruch unterliegt der kurzen Verjährung des § 477 BGB.

d) Soweit die Einwendung darauf gestützt worden ist, daß der Beklagte im zweiten Halbjahr 1962 und später mangelhafte Ware geliefert habe, brauchte das Berufungsgericht auf die Fragen der Verjährung und der Rechtzeitigkeit der Rügen deshalb nicht einzugehen, weil das Vorbringen des Klägers keine ausreichende Darlegung darüber enthält, welcher Schaden ihm durch die behauptete Schlechterfüllung in dieser Zeit entstanden ist. Die Revision hat keine Umstände oder Gesichtspunkte aufgezeigt, die insoweit Bedenken gegen das Berufungsurteil rechtfertigen könnten.

Aus diesen Gründen ist dem Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis darin beizutreten, daß der Schadensersatzanspruch wegen Schädigung des Klägers durch fortgesetzte schuldhaft Schlechtlieferungen nicht begründet ist.

5. Der Kläger hat schließlich im Wege der Aufrechnung Ersatz von Aufwendungen in Höhe von 1 459,50 DM verlangt, die ihm dadurch entstanden seien, daß er in der ersten Hälfte 1962 insgesamt 6 Reisen und am 28. Januar 1963 eine weitere Fahrt zum Beklagten nach Vreden unternommen habe, um fertiggestellte Anlagen auf vorhandene Mängel zu prüfen, festgestellte Mängel abzustellen, die geprüften Anlagen abzunehmen und dabei zugleich der Entstehung künftiger Mängel vorzubeugen. Das Berufungsgericht legt dazu dar, etwaige Ansprüche wegen der in der ersten Hälfte 1962 unternommenen Fahrten des Klägers wären verjährt. Überdies könne er kein Zeitgeld für sich selbst beanspruchen.

Ferner hat der Kläger Ersatz von Aufwendungen für Reisen seines Sohnes im Jahre 1963 zwecks Prüfung und Abnahme der Anlagen in Vreden gemäß Aufstellung 3a) in Höhe von 1 389,50 DM und 115,74 DM gefordert, ferner 842,68 DM gemäß Aufstellung 3c) für Aufwendungen zur Instandsetzung der am 18. November 1963 abgeholten 17 Anlagen und von am 20. Dezember 1963 abgeholten Bügelcisen-Ventilen. Das Berufungsgericht hat gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung der Aufstellungen 3a) und 3c) geschätzt, daß der Sohn des Klägers für die Abstellung festgestellter Mängel in der Zeit vom 4. bis 9. Februar 1963, 18. bis 21. Februar 1963 und 23. bis 26. April 1963 jeweils etwa 2 Tage gebraucht hat, und hierfür einen Aufwendungsersatz von 300,-- DM als angemessen gehalten, den das Berufungsgericht von der Forderung des Beklagten abgesetzt hat (EU S. 20/21). Soweit dem Kläger sonstige Aufwendungen dadurch ent-

standen seien, daß sein Sohn die Anlagen in Vreden abholt habe, könne, so legt das Berufungsgericht dar, ein Schadensersatzanspruch deshalb nicht in Betracht kommen, weil diese Aufwendungen auf einer vertraglichen Regelung beruhten, wonach der Kläger in Änderung des im Vertrage vorgesehenen Verfahrens sich entschlossen habe, die Anlagen bei dem Beklagten abholen zu lassen. Hierfür sei es unerheblich, ob frühere Beunstandungen des Klägers ihn zu dieser Vertragsänderung veranlaßt hätten.

Die Revision rügt vergeblich, das Berufungsgericht hätte die Ansprüche des Klägers auf Ersatz von Aufwendungen im ersten Halbjahr 1962 nicht als verjährt ansehen dürfen; denn sie hat nicht aufgezeigt, daß dem Berufungsgericht insoweit ein Rechtsfehler unterlaufen sei. Die Kosten der Reise des Klägers am 28. Januar 1963, für die er in der Aufstellung 3b) ein Kilometergeld von 59,50 DM und ein sogenanntes Zeitgeld von 208,50 DM ersetzt verlangt, können dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch deshalb nicht zugrunde gelegt werden, weil es an einer schlüssigen Darlegung dafür fehlt, daß der Beklagte diese Reise zu vertreten und dem Kläger insoweit Schadensersatz zu leisten habe. Für eine Reise, die er in seinem Interesse unternommen hat, kann er keinen Ersatz beanspruchen. Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann er auch nicht ohne weiteres Ersatz eines sogenannten Zeitgeldes beanspruchen, weil es hierfür an einer entsprechenden Darlegung in der Richtung fehlt, daß ihm ein Schaden entstanden sei.

Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Kläger könne nicht schlechthin Ersatz für Aufwendungen verlangen, die ihm durch die Reisen seines Sohnes zum Beklagten im Jahre 1963 entstanden sind. Die Erwägungen des Berufungsgerichts in diesem Punkt enthalten keinen Rechtsfehler. Scheitern muß auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte einen Sachverständigen darüber hören müssen, wie der Schaden zu bemessen sei, den das Berufungsgericht auf 300,-- DM geschätzt hat. Denn es ist kein Ermessensfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht auf Grund des ihm unterbreiteten Vorbringens sich in der Lage gesehen hat, den Schaden selbst zu schätzen und auf 300,-- DM zu bemessen.

6. Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die Verurteilung des Klägers zur Zahlung eines Betrages für gelieferte Waren und Reparaturen in Höhe von 14 418,52 DM abzüglich eines Betrages von 6 154,88 DM gerechtfertigt ist, der zur weiteren Prüfung an das Berufungsgericht verwiesen werden muß. Gegen den zugebilligten Zinsanspruch hat die Revision keine besonderen Einwendungen erhoben. Die Verurteilung unterliegt auch insoweit keinen rechtlichen Bedenken.

II. Die Ansprüche des Beklagten auf Bezahlung von bestellten, jedoch noch nicht ausgelieferten Bügelanlagen und Zwergkesseln sind in dem durch das Berufungsgericht anerkannten Umfange begründet.

Der Kläger hat zuletzt behauptet, der Beklagte habe ihm mehr geliefert, als am 28. Mai 1963 bestellt gewesen sei. Abzunehmen brauchen hätte er nur noch 19 Kessel. Dafür wären 5 238,11 DM zu zahlen. Auch dieser Anspruch sei deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Beklagte eine Lieferung ohne Bezahlung abgelehnt habe und die Ware inzwischen völlig wertlos geworden sei.

Das Berufungsgericht hat zu den Einwendungen des Klägers folgendes ausgeführt: Durch Schreiben vom 20. Mai 1963 mit Ergänzung vom 1. Juni 1963 habe er 100 Kessel und 168 Eisen bestellt. Mit dieser Bestellung habe das Vertragsverhältnis auslaufen sollen. Die Lieferungen sollten in 4 Raten, beginnend am 15. Juli 1963, ausgeführt werden. Die Parteien hätten nicht hinreichend dargelegt, daß vor dem 15. Juli 1963 bewirkte Lieferungen auf diese Bestellung anzurechnen oder daß spätere Lieferungen noch auf Grund früherer Aufträge oder Abrufe erfolgt seien. Deshalb seien die ab 15. Juli 1963 vorgenommenen Lieferungen auf den Auftrag vom 20. Mai 1963 anzurechnen, nämlich insgesamt 55 vollständige Anlagen, so daß noch 45 Anlagen abzunehmen seien. Darüber hinaus müsse der Kläger auf Grund schlüssiger Einigung mit dem Beklagten 4 weitere Anlagen abnehmen. Er sei daher verpflichtet, die ihm in Rechnung gestellten 30 Anlagen sowie 19 Zwergkessel, davon 7 Stück mit Doppelventil, abzunehmen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht legt seiner Berechnung des vom Kläger zu zahlenden Betrages die unstreitigen Rechnungsbeträge der Rechnungen Nr. 370 und 371 vom 9. Dezember 1963 über 20 und 10 Anlagen von 7 107,96 DM und 3 532,17 DM zugrunde und ferner den Betrag der Rechnung Nr. 369 für 21 Vaporetta-Zwergkessel von 6 015,95 DM, von dem es 551,39 DM für zwei beschädigte Kessel, deren Abnahme der Beklagte mit der Widerklage nicht beansprucht, absetzt. Das ergibt den Urteilsbetrag von 16 104,69 DM.

Diese Berechnung ist rechnerisch nicht zu beanstanden.

2. Die Revision wendet sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es zu dem Ergebnis gelangt ist, der Kläger habe nicht nur insgesamt 45 Anlagen, sondern vier weitere Anlagen, also die sämtlichen in den Rechnungen vom 9. Dezember 1963 aufgeführten 30 Vaporetta-Anlagen abzunehmen. Da der Kläger sich nicht besonders verpflichtet habe, mehr abzunehmen, als am 20. Mai 1963 von ihm bestellt gewesen sei, habe das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, daß seinem späteren Verhalten im Prozeß eine Einigung über die Verpflichtung zur Abnahme von noch 30 Vaporetta-Anlagen zu entnehmen sei. In diesem Sinne dürften seine Erklärungen im Prozeß nicht verstanden werden.

Es ist jedoch kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht dem Verhalten des Klägers in diesem Rechtsstreit entnommen hat, die Parteien seien

sich darüber einig gewesen, daß über die Abnahmepflicht hinsichtlich der genannten Menge kein Streit mehr bestehen sollte und daß der Kläger an diese Einigung weiter gebunden sei.

Die Revision kann demgegenüber auch nicht mit dem Bedenken durchdringen, der Kläger sei zur Abnahme nur bereit gewesen, wenn die Ware ihm ohne Vorbehalt ausgeliefert würde und die Frage ihrer Bezahlung einer Klärung auf dem Rechtswege vorbehalten bliebe. Einen solchen Vorbehalt brauchte das Berufungsgericht dem Verhalten des Klägers im Prozeß nicht zu entnehmen.

3. Rechtlich bedenkenfrei ist im Ergebnis auch die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe eine Vorleistung gemäß den Zahlungsbedingungen des Vertrages vom 12./15. August 1960 nach Treu und Glauben deshalb nicht verlangen dürfen, weil er im Zahlungsrückstand war, als ihm die Anlagen zur Übernahme angeboten wurden. Dieser Rückstand betrug jedenfalls mehr als 8 000.-- DM. Dem Beklagten war deshalb nicht zuzumuten, an den nicht zahlungswilligen Kläger auf Kredit zu liefern.

Dieser rechtlichen Würdigung steht nicht entgegen, wenn der Kläger, wie die Revision geltend macht, an einer Vorleistung des Beklagten auch deshalb besonders interessiert gewesen sein mag, weil dieser wiederholt mit Mängeln behaftete Ware geliefert habe. Denn wenn der Kläger den vertraglichen Anspruch auf Vorleistung verloren hatte, weil er seinen Zahlungsverpflichtungen in erheblichem Umfange nicht nachgekommen war, so ver-

lor er damit noch nicht die Möglichkeit, bei einer Zug um Zug Leistung die Ware an Ort und Stelle abzunehmen und sie auf ihre vertragsmäßige Beschaffenheit zu prüfen.

4. In der Rechnung Nr. 369 über die 21 Vaporetta-Zwergkessel vom 9. Dezember 1963 ist vermerkt, daß hiervon 7 Stück mit Doppelventil versehen seien. Dafür ist in der Rechnung ein Zuschlag von 29,50 DM je Stück zusätzlich der Teuerungszuschläge von 8 und 1,5 % berechnet worden. Das Berufungsgericht hat von dem Rechnungsbetrage den Gegenwert für die zwei beschädigten Zwergkessel nur in Höhe des Preises für Zwergkessel ohne Doppelventil abgesetzt. Es hat dazu in den Entscheidungsgründen des Urteils ausgeführt, sollte sich herausstellen, daß ein oder zwei Kessel mit Doppelventil beschädigt seien, wären weitere 32,34 DM bzw. 64,68 DM von dem zuerkannten Betrage abzuziehen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte klären müssen, ob die beiden beschädigten Kessel zu den 7 Stück gehörten, für die ein Zuschlag für das Doppelventil in der Rechnung angesetzt worden war.

Die Rüge kann keinen Erfolg haben. Der Kläger hatte bereits in dem Verfahren 7 Q 22/64 die Gutschriftsaufgabe des Beklagten für die beiden beschädigten Kessel vom 3. Februar 1964 über 548,10 DM überreicht, ohne sie zu beanstanden. Ihr ist zu entnehmen, daß sich diese Gutschrift auf 2 Zwergkessel ohne Doppelventil bezieht. Der Kläger hat darauf weder im ersten noch im

zweiten Rechtszuge behauptet, die beschädigten 2 Kessel seien solche, die mit einem Doppelventil versehen waren, so daß hierfür ein entsprechend höherer Betrag von der Rechnung Nr. 369 abzusetzen sei. Insoweit fehlt es bei den Einwendungen des Klägers an einem substantiierten Bestreiten der höheren Forderung des Beklagten auf den Zuschlag für 7 Kessel mit Doppelventil. Es ist demnach kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht seiner Verurteilung des Klägers diesen höheren Preis zugrunde gelegt hat. Damit ist auch seine Bemerkung im Berufungsurteil gegenstandslos, der Kläger wäre u.U. berechtigt, von der Urteilssumme von 16 104,69 DM Beträge von 32,34 oder 64,68 DM abzuziehen.

III. Demnach war das Berufungsurteil auf die Revision des Klägers nur insoweit aufzuheben, als es ihn auf die Widerklage zu a) der Urteilsformel zur Zahlung von mehr als 8 263,64 DM verurteilt hat. Im übrigen erweist sich die Revision als unbegründet. Im Umfange der Aufhebung war die Sache zur Prüfung der in Abschnitt I bezeichneten Beträge von insgesamt 6 154,88 DM nebst Zinsen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der Kostenentscheidung war zu berücksichtigen, daß der Beklagte im ersten Rechtszuge zum Teil rechtskräftig unterlegen ist. Das Landgericht hat den Streitwert für die Klage auf 4 000,-- DM und für den Feststellungsanspruch zu b) der Widerklage durch Beschluß vom 11. Februar 1965 auf 1 000,-- DM festgesetzt. Gegen diese Festsetzung bestehen keine Bedenken. Der Be-

klagte ist ferner rechtskräftig unterlegen mit dem Teil des Zahlungsanspruchs der Widerklage, den das Berufungsgericht abgewiesen hat, nämlich in Höhe von 2 492,84 DM. Im zweiten Rechtszug betrug der Streitwert 33 016,05 DM. Der Kläger ist rechtskräftig unterlegen mit 24 368,33 DM; der Beklagte mit rd. 2 492,-- DM, offenzuhalten ist die Kostenentscheidung für die restlichen Ansprüche in Höhe von 6 154,88 DM.

In der Revisionsinstanz beträgt der Streitwert 30 523,21 DM. Davon ist der Kläger unterlegen mit 24 368,33 DM, während die Entscheidung über die Widerklage im übrigen dem Berufungsgericht vorbehalten bleibt. Hiernach erschien die vorgenommene Kostenverteilung angemessen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier