

8

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 818 Abs. 2

Im Falle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nicht zustande gekommenen Kaufvertrages ist der Wert der herauszugebenden, durch Gebrauch der Kaufsache gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1, 2 BGB) nicht nach dem üblichen oder einem fiktiven Mietzins für eine gleichartige Sache zu ermitteln, sondern durch Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Vergleich zwischen tatsächlichem Gebrauch und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer (Fortentwicklung von BGHZ 115, 47 und BGH, Urteil vom 17. Mai 1995 - VIII ZR 70/94 = WM 1995, 1145 unter III 2).

BGH, Urteil vom 25. Oktober 1995 - VIII ZR 42/94 - OLG Nürnberg

LG Nürnberg-
Fürth

8

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 42/94

Verkündet am:
25. Oktober 1995
Böhringer-Mangold
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

G[REDACTED] AG, vertreten durch den Vorstand Hermann Ko[REDACTED],
Dr. Herbert Br[REDACTED], Pieter Ha[REDACTED], Pieter de Jo[REDACTED],
Dr. Hans Georg Ju[REDACTED], Alexander Ko[REDACTED] und Eduard Pf[REDACTED],
K[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED]

Beklagte, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

I[REDACTED] I[REDACTED] Handelsgesellschaft mbH, vertreten durch die
Geschäftsführer Erwin Hä[REDACTED] und Rien Ja[REDACTED], W[REDACTED]
Landstraße [REDACTED], M[REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1995 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch, Dr. Hübsch, Ball und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 12. November 1993 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin die im Tenor zu I näher bezeichneten Anlagen Zug um Zug gegen Zahlung von 16.431 DM zu übereignen und herauszugeben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Klägerin handelt mit Maschinen verschiedener Hersteller zur Produktion gedruckter Schaltungen. Die Beklagte stellt auf Leiterplatten gedruckte Schaltungen für elektronische Geräte her. Die Produktion erfolgt vollautomatisch mit Hilfe sogenannter Produktionsstraßen, die aus mehreren hintereinander aufgestellten Maschinen bestehen. Zwei der hierfür benötigten Anlagen - eine CuCl_2 -Ätz-Stripp- und Bürstenlinie (künftig: Evertz I-Anlage) und eine Cugher-Siebdrucklinie (künftig: Cugher-Anlage) - lieferte die Klägerin im Herbst 1986 an die Beklagte. Vorausgegangen waren umfangreiche Vertragsverhandlungen, bei denen es vor allem um die Leistungsfähigkeit der Cugher-Anlage und um Liefertermine ging. Die Parteien streiten darüber, ob die Leistungsanforderungen der Beklagten - 720 Drucke pro Stunde bei maximal 20 mm Plattendurchbiegung - oder die auf der technischen Beschreibung des Herstellers basierenden Leistungsangaben der Klägerin - maximal 700 Drucke pro Stunde bei 12 mm Plattendurchbiegung - Vertragsinhalt geworden sind.

Die Beklagte behielt unter Hinweis auf angebliche Mängel beider Anlagen einen Teilbetrag von 302.898 DM (132.500 DM + 18.550 DM MWSt. für die Cugher-Anlage, 133.200 DM + 18.648 DM MWSt. für die Evertz I-Anlage) ein. Diesen Betrag nebst Zinsen, hilfsweise Zug um Zug gegen Vornahme bestimmter Veränderungen an der Cugher-Anlage, hat die Klägerin in erster Instanz geltend gemacht. Mit einem weiteren Hilfsantrag hat sie die Verurteilung der Beklagten zur Abnahme beider Anlagen Zug um Zug gegen Zahlung der

noch offenen Restbeträge begehrt. Die Beklagte hat Minderung des Gesamtkaufpreises um mindestens 25 % (628.425 DM) wegen "Minderleistung" der Produktionsanlage verlangt und die Aufrechnung mit Gegenforderungen auf Vertragsstrafe (125.685 DM), Erstattung von Mängelbeseitigungsaufwand (156.357 DM) und Schadensersatz (46.030 DM) wegen Nichterfüllung eines Vertrages über die Lieferung zweier weiterer Evertz-Anlagen (Evertz II und III) erklärt.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, zwischen den Parteien sei mangels Einigung über die Leistungsmerkmale der Cugher-Anlage und über die von der Beklagten geforderte Vertragsstrafenregelung kein Vertrag zustande gekommen. Mit der Berufung hat die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt und um den Hilfsantrag erweitert, die Beklagte zur Herausgabe der Cugher- und der Evertz I-Anlage - hilfsweise Zug um Zug gegen Zahlung von 16.431 DM - zu verurteilen. Zur Begründung des letzteren hat sie sich die Rechtsauffassung des Landgerichts zu eigen gemacht und im Wege des Bereicherungsausgleichs Ersatz der Gebrauchsvorteile der Beklagten gefordert. Die Beklagte hat im Rahmen des Bereicherungsausgleichs den Mängelbeseitigungsaufwand von 156.357 DM sowie die Kosten einer im Jahre 1991 durchgeführten Generalüberholung der Cugher-Anlage in Höhe von 167.223,28 DM geltend gemacht.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Übereignung und Herausgabe der Cugher- und der Evertz I-Anlage Zug um Zug gegen Zahlung von 16.431 DM verurteilt und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Hiergegen haben beide Par-

teien Revision eingelegt. Die Klägerin erstrebt (lediglich) den Fortfall der Zug-um-Zug-Einschränkung, die Beklagte die Abweisung auch der Herausgabeklage.

Entscheidungsgründe:

A.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der von den Parteien angestrebte - einheitliche - Vertrag über die Lieferung der Cugher- und der Evertz I-Anlage wegen Dissenses nicht zustande gekommen. Den schriftlichen Erklärungen der Parteien sei eine Einigung über die strittigen Punkte - die Leistungsfähigkeit der Cugher-Anlage und die Vertragsstrafenregelung - nicht zu entnehmen. Die Beklagte habe zwar von Anfang an 720 Drucke pro Stunde gefordert, die Klägerin aber lediglich 700 Drucke zugesagt. Eine Einigung über die von der Beklagten geforderte Vertragsstrafenregelung sei hinsichtlich der Cugher-Anlage schon aus diesem Grunde, im übrigen aber auch deswegen nicht zustande gekommen, weil die Klägerin auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen habe, deren Klausel Nr. 3 Sanktionen für Lieferfristüberschreitungen ausschließe. Eine mündliche Einigung der Parteien über die strittigen Punkte sei nicht erwiesen. Der Vertrag sei daher wegen versteckten Dissenses

in Gestalt eines Scheinkonsenses nichtig. Auch wenn man einen offenen Dissens annehme, habe die Auslieferung und der jahrelange Betrieb der Anlage nicht zu einer vertraglichen Bindung der Parteien geführt, denn die Beklagte sei mit der Cugher-Anlage zu keiner Zeit zufrieden gewesen und habe diese nie als vertragsgemäße Leistung akzeptiert. Erfolg könne deshalb allein die letzttrangig hilfsweise erhobene Bereicherungsklage auf Rückübereignung und Herausgabe der Anlage haben.

Bei der Rückabwicklung nach §§ 812, 818 BGB sei der Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des angezahlten Kaufpreises von 1.902.102 DM mit dem Wert der ihr zugeflossenen Gebrauchsvorteile zu saldieren. Der Wert eines Gebrauchsvorteils entspreche mindestens dem Differenzbetrag zwischen dem Wert der Sache im Zeitpunkt der Leistung und dem im Zeitpunkt der Rückgabe. Er sei daher identisch mit dem reinen "Wertverzehr" der rechtsgrundlos erworbenen Sache. Auszugehen sei vom Verkehrswert der Anlagen am 17. Februar 1987, da die Beklagte sie an diesem Tag in Gebrauch genommen habe. Nach den Berechnungen des Sachverständigen L. belaufe sich für diesen Stichtag der Zeitwert der Anlagen auf 2.211.551,50 DM, ihr Verkehrswert auf 1.326.930,90 DM. Bei dieser Bewertung seien erhebliche Mängel, die die Beklagte mit einem Beseitigungsaufwand von 156.347 DM quantifiziert habe, mit einem Betrag von 80.000 DM berücksichtigt, den die Beklagte habe aufwenden müssen, um die Anlage zum Laufen zu bringen. Für die Berechnung der Gebrauchsvorteile sei für den 17. Februar 1987 vom Zeitwert von 2.211.551,50 DM, nicht von dem geringeren Verkehrswert auszugehen. Demgegenüber sei für den Wert der Anlagen am

2. Oktober 1992, dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs, der Verkehrswert von 325.880,45 DM anzusetzen, weil nunmehr Abbau, Abtransport und Wiederverkauf der Anlagen anstünden. Bei dieser Bewertung seien die von der Beklagten geltend gemachten Kosten der im Jahre 1991 durchgeführten Generalüberholung werterhöhend berücksichtigt. Der Wert der Gebrauchsvorteile entspreche der Wertdifferenz von (2.211.551,50 DM - 325.880,45 DM =) 1.885.671,05 DM. Von dem angezahlten Kaufpreis verbleibe daher zugunsten der Beklagten ein Restbetrag von (1.902.102 DM - 1.885.671 DM =) 16.431 DM, den die Klägerin - ihrem Antrag entsprechend - der Beklagten Zug um Zug gegen Herausgabe der beiden Anlagen zu erstatten habe. Der seit dem 2. Oktober 1992 eingetretene weitere "Wertverzehr" könne mangels hinreichenden Tatsachenvortrags der Parteien nicht berechnet und der Klägerin zudem schon im Hinblick auf § 308 Abs. 2 ZPO nicht zugesprochen werden. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen angeblicher Schadensersatzansprüche aus der Nichterfüllung der Verträge über die Anlagen Evertz II und III stehe der Beklagten mangels Konnektivität nicht zu.

B.

Diese Beurteilung hält den Revisionsangriffen der Parteien in entscheidenden Punkten nicht stand.

I. Revision der Beklagten

1. Ohne Erfolg bleibt allerdings die Rüge der Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe das Zustandekommen eines Vertrages über die gelieferten Anlagen zu Unrecht verneint.

a) Seine Annahme, über die Leistungsmerkmale der Cugher-Anlage sei keine Einigung erzielt worden, ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat die Cugher-Anlage zu keinem Zeitpunkt mit den von der Beklagten geforderten Leistungsmerkmalen - 720 Drucke pro Stunde bei maximal 20 mm Plattendurchbiegung - angeboten, die Beklagte umgekehrt die Anlage mit den angebotenen Leistungsmerkmalen - 700 Drucke pro Stunde bei maximal 12 mm Plattendurchbiegung - zu keinem Zeitpunkt akzeptiert.

aa) Zu Unrecht will die Revision eine vertragliche Einigung der Parteien daraus herleiten, daß die Klägerin am 15. Juli 1986 die von der Beklagten vorbereitete Auftragsbestätigung unterzeichnet hat. Das Berufungsgericht hat in diesem Verhalten deswegen keine Bestätigung der von der Beklagten geforderten Leistungsdaten gesehen, weil die Klägerin zugleich eine von ihr selbst verfaßte Auftragsbestätigung an die Beklagte sandte, in der die maximale Leistung der Anlage - wie schon zuvor - mit 700 Drucken pro Stunde bei 12 mm Durchbiegung angegeben war. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision zeigt einen solchen auch nicht auf. Mit ihrer Argumentation, die Klägerin habe mit ihrer eigenen Auftragsbestätigung die von der Beklagten vorbereitete Erklärung lediglich ergänzt und dabei die Ab-

weichung von den von der Beklagten geforderten Leistungsmerkmalen nicht hinreichend deutlich gemacht, begibt sich die Revision auf das ihr verschlossene Gebiet tatrichterlicher Würdigung.

bb) Eine Einigung der Parteien ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht durch das Verhalten der Klägerin im Anschluß an die Auftragsbestätigung der Beklagten vom 7. Oktober 1986 zustande gekommen. Zwar mag angesichts des vorausgegangenen Schriftwechsels in dem Schreiben der Beklagten vom 7. Oktober 1986 ein neues Vertragsangebot der Klägerin (§ 150 Abs. 2 BGB) zu sehen sein. Dieses war indessen im Zeitpunkt der Vorabnahme der Anlage am 4./5. November 1986, in der die Revision die "Andienung" der Anlage durch die Klägerin erblickt, längst nach § 147 Abs. 2 BGB erloschen. Hiervon abgesehen konnte die Beklagte das Verhalten der Klägerin vernünftigerweise nicht dahin verstehen, diese akzeptiere nunmehr die Leistungsvorgaben der Beklagten. Zu deren Erfüllung war die Anlage, so wie die Klägerin sie bis dahin stets angeboten hatte, nicht in der Lage. Die Klägerin, die lediglich Händlerin, nicht Herstellerin der Anlage war, hatte offensichtlich keine Möglichkeit, die Leistungsfähigkeit der Anlage durch technische Maßnahmen zu steigern. Unter diesen Umständen bestand auch aus der damaligen Sicht der Beklagten kein Anhaltspunkt für die Annahme, die Klägerin könnte nunmehr eingelenkt und die Leistungsanforderungen der Beklagten akzeptiert haben.

b) Mangels Einigung über die Sollbeschaffenheit der Cugher-Anlage ist der von den Parteien angestrebte Vertragsschluß insgesamt - auch hinsichtlich der Evertz I-An-

lage - gescheitert. Denn nach ihrer eigenen Darstellung hat die Beklagte der Klägerin einen Gesamtauftrag für die Lieferung beider Anlagen zur Aufstellung einer Produktionsstraße erteilt. Es kann deshalb dahinstehen, ob auch hinsichtlich der von der Beklagten geforderten Vertragsstrafenregelung ein Einigungsmangel vorliegt.

2. Mit Erfolg greift die Revision dagegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Bewertung der der Beklagten zugeflossenen Gebrauchsvorteile an.

a) Unbeanstandet läßt die Revision den ihr günstigen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß der Wert des Gebrauchs rechtsgrundlos erworbener eigener Sachen nach dem "Wertverzehr" und nicht nach dem üblichen oder fiktiven Mietzins für eine gleichartige Anlage zu berechnen ist. Dieser Ausgangspunkt ist, wie noch zu erörtern sein wird (unten II 2 a), zutreffend.

b) Dagegen bemängelt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht bei der Ermittlung des "Wertverzehrs" als Ausgangswert den Zeitwert, beim Restwert dagegen nur den wesentlich niedrigeren Verkehrswert in Ansatz bringt. Der Bewertung der Gebrauchsvorteile nach dem "Wertverzehr" liegt die Erwägung zugrunde, daß derjenige, der eine rechtsgrundlos erworbene eigene Sache nutzt, hierdurch Ausgaben erspart, weil der durch den Gebrauch eintretende Wertverlust nicht zu Lasten des eigenen, sondern des fremden Vermögens geht (MünchKomm-Lieb, BGB, 2. Aufl., § 818 Rdnr. 15). Vergleichsmaßstab ist also die hypothetische Situation, daß der Bereicherungsschuldner anstelle der

rechtsgrundlos erworbenen anderweit eine gleichartige und gleichwertige Sache angeschafft und diese für dieselbe Zeitspanne in derselben Weise genutzt haben würde. Dann kann es aber für den Anfangs- wie für den Restwert nur darauf ankommen, welchen Wert der Bereicherungsgegenstand in der Hand des Empfängers zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt hat. Der weitergehende Nachteil, den der Bereicherungsgläubiger (voraussichtlich) dadurch erleiden wird, daß er auf seine Kosten die Sache zurücknehmen, einen anderen Interessenten ausfindig machen und einen bereits gebrauchten Gegenstand weiterveräußern muß, um dessen Geldwert zu realisieren, entreichert zwar den Bereicherungsgläubiger, kommt aber nicht als ersparte Aufwendung dem Bereicherungsschuldner zugute. Das Berufungsgericht hätte daher für die von ihm zugrunde gelegte Nutzungsdauer die Gebrauchsvorteile der Beklagten nur mit der Differenz zwischen dem Zeitwert vom 17. Februar 1987 und demjenigen vom 2. Oktober 1992, mithin mit (2.211.551,50 DM - 543.134 DM =) 1.668.417,50 DM bewerten dürfen. Bei Saldierung dieses Betrages mit dem von der Klägerin zurückzuerstattenden Kaufpreis von 1.902.102 DM errechnet sich ein Überschuß zugunsten der Beklagten in Höhe von 233.684,50 DM.

3. Der von der Beklagten geschuldete, in den Bereicherungsausgleich einzubeziehende Ersatz der Gebrauchsvorteile beschränkt sich indessen nicht auf den Zeitraum bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs am 2. Oktober 1992.

a) Dieser Umstand muß auch bei der Entscheidung über die Revision der Beklagten berücksichtigt werden, obgleich

er ihr zum Nachteil gereicht. Denn der Anspruch auf Ersatz der Gebrauchsvorteile ist Gegenstand auch der Revision der Klägerin, die die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Rückübereignung und Herausgabe der Anlage erstrebt (unten II 1). Da die den Parteien wechselseitig zustehenden Bereicherungsansprüche zu saldieren sind (BGH, Urteil vom 11. November 1994 - V ZR 116/93 = WM 1995, 159 unter II 3) und vom Ergebnis dieser Saldierung abhängt, ob die Beklagte uneingeschränkt oder Zug um Zug gegen Rückzahlung eines Teils des von ihr gezahlten Kaufpreises zur Rückgewähr der Anlagen zu verurteilen ist, kann die Entscheidung über den Ersatz der Gebrauchsvorteile nur einheitlich erfolgen. Der Wert der der Beklagten nach dem 2. Oktober 1992 zugeflossenen weiteren Gebrauchsvorteile ist daher ungeachtet dessen, daß die Klägerin entsprechende Rügen nur im Rahmen ihrer eigenen Revisionsbegründung erhoben hat, auch bei der Entscheidung über die Revision der Beklagten in die Saldierung der beiderseitigen Rückgewähransprüche einzubeziehen.

b) Materiell-rechtlich schuldet die Beklagte Ersatz auch der Gebrauchsvorteile, die ihr nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs zugeflossen sind. Der Eintritt der verschärften Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB führt - selbstverständlich - nicht zum Wegfall der bis dahin bestehenden Ersatzpflicht. Weiteren Parteivortrags hierzu bedurfte es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht. War das Vorbringen der Klägerin zur Ermittlung des Wertes der der Beklagten zugeflossenen Gebrauchsvorteile für die Zeit bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs ausreichend, was das Berufungsge-

richt annimmt, so kann für die sich anschließende Zeit nichts anderes gelten.

c) Auch das vom Berufungsgericht angenommene prozessuale Hindernis steht der Berücksichtigung der weiteren Gebrauchsvorteile nicht entgegen. Die Klägerin hat, wie noch zu erörtern sein wird (unten II 1), auch in der letzten mündlichen Berufungsverhandlung die Verurteilung der Beklagten zur Rückgewähr der gelieferten Anlagen in erster Linie unbeschränkt und nur hilfsweise mit der vom Berufungsgericht ausgesprochenen Zug-um-Zug-Einschränkung beantragt. Daß die Klägerin den Wert der Gebrauchsvorteile der Beklagten nach dem Verkehrswert vom 2. Oktober 1992 berechnet hat, ist keine Frage der Bindung an Parteianträge im Sinne des § 308 Abs. 1 ZPO - Absatz 2 ist ohnedies nicht einschlägig -, sondern allenfalls eine Frage der Schlüssigkeit der uneingeschränkten Rückgewährklage. Davon abgesehen hat die Klägerin den Wert der von der Beklagten zu vergütenden Gebrauchsvorteile auf verschiedene Weise, u.a. nach dem üblichen oder fiktiven Mietzins berechnet und hierbei zu ihren Gunsten einen Betrag ermittelt, der mit 2.493.897 DM den der Beklagten zu erstattenden Kaufpreis weit übersteigt. Daß sie hiervon im letzten Termin abgerückt wäre, ist weder dem Berufungsurteil noch dem Verhandlungsprotokoll vom 26. Oktober 1993 zu entnehmen.

II. Revision der Klägerin:

1. Die Revision der Klägerin ist nicht deswegen unzulässig, weil mit dem Revisionsangriff nicht die Beseitigung eines Teils der von dem Berufungsurteil ausgehenden Beschwer erstrebt würde (vgl. dazu BGH, Beschluß vom 12. April 1995 - XII ZB 50/95 = NJW-RR 1995, 839 unter II 1; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., Allgemeine Einleitung vor § 511 Rdnr. 72; Zöllner/Gummer, ZPO, 19. Aufl., vor § 511 Rdnr. 8, je m.w.Nachw.).

a) Allerdings ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Herausgabeantrag in der letzten mündlichen Verhandlung allein noch in der im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Fassung, also Zug um Zug gegen Zahlung von 16.431 DM - und nicht mehr in erster Linie ohne Zug-um-Zug-Einschränkung - gestellt worden ist. Wäre das richtig, so wäre der Revisionsangriff der Klägerin, der allein auf Beseitigung der Zug-um-Zug-Einschränkung des zuerkannten Hilfsantrags auf Herausgabe der Anlagen gerichtet ist, unzulässig, weil damit im Wege einer in der Revisionsinstanz ausgeschlossenen Klageerweiterung ein in zweiter Instanz zuletzt nicht mehr geltend gemachter Teil der ursprünglichen Klage verfolgt würde (vgl. BGH, Beschluß vom 12. April 1995 aaO).

b) Die Auslegung der in der letzten mündlichen Berufungsverhandlung gestellten Anträge, die der Senat in freier Würdigung der abgegebenen Prozeßerklärungen selbst vornehmen kann (BGH, Urteil vom 12. November 1992 - IX ZR

237/91 = WM 1993, 265 = NJW-RR 1993, 235 unter III 4; Urteil vom 6. Oktober 1992 - KZR 21/91 = WM 1993, 125 = NJW-RR 1993, 550 unter I, je m.w.Nachw.), führt aber zu dem auch von der Revision der Klägerin vertretenen Ergebnis, daß die Klägerin den Antrag auf Herausgabe der Anlagen Zug um Zug gegen Zahlung von 16.431 DM innerhalb ihres Hilfsantrags zu IV nur hilfsweise gestellt und den weitergehenden uneingeschränkten Hilfsantrag auf Herausgabe der Anlagen nicht hat fallen lassen.

Maßgeblich für die Auslegung der von den Parteien gestellten Anträge ist - mit Vorrang vor dem Urteilstatbestand - der Inhalt des Verhandlungsprotokolls (MünchKommZPO-Musielak, § 314 Rdnr. 6 sowie Fn. 8 zu Rdnr. 4 m.Nachw.). Hiernach haben die Parteivertreter in der mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 1993, auf die das Berufungsurteil ergangen ist, "ihre Anträge wie in der mündlichen Verhandlung vom 4. Februar 1993, der Klägervertreter mit der Maßgabe (wiederholt), daß im Hilfsantrag zu Ziff. IV. die Rückübereignung Zug um Zug der Anlage an seine Partei gegen Zahlung von 16.431 DM beantragt wird". Im Termin vom 4. Februar 1993 hatte der Klägervertreter ausweislich des Sitzungsprotokolls neben den Zahlungsanträgen zu I und II aus der Berufungsbegründung "den Hilfsantrag aus dem Schriftsatz vom 23. Juni 1992 (Bl. 169 d.A.)" ... und "weiter den Antrag aus dem Schriftsatz vom 25. Januar 1993 (Bl. 222 d.A.)" gestellt. Der Hilfsantrag Bl. 169 d.A. geht auf uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der Anlagen, er wird auf Bl. 222 d.A. wörtlich wiederholt mit dem Zusatz "hilfsweise: gegen Zahlung eines Betrages von 39.038 DM".

Mit der in der letzten mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung hat der Klägervertreter offensichtlich nur den Betrag der hilfsweise angebotenen Gegenleistung von 39.038 DM auf 16.431 DM ermäßigt. Dagegen fehlt es an Anhaltspunkten für die Annahme des Berufungsgerichts, er habe den Antrag auf uneingeschränkte Herausgabe fallen lassen und diese allein noch Zug um Zug gegen Zahlung von 16.431 DM beantragen wollen. Das gilt um so mehr, als die Klägerin noch mit Schriftsatz vom 20. Juli 1993 die Auffassung vertreten hatte, der von der Beklagten zu vergütende Nutzungswert der Anlagen sei nicht nach der zeitanteiligen Wertminderung, sondern nach dem wesentlich höheren, den zurückzugewährenden Kaufpreis übersteigenden Mietwert zu berechnen. Ohnedies machte es keinen Sinn, die uneingeschränkte Herausgabeklage, über die zuvor bereits mündlich verhandelt worden war, in der letzten mündlichen Verhandlung um den der Zug-um-Zug-Gegenleistung entsprechenden Betrag zurückzunehmen.

2. Mit Recht wendet sich die Klägerin gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Berechnung des Wertes der der Beklagten zugeflossenen Gebrauchsvorteile.

a) Zu folgen ist dem Berufungsgericht allerdings darin, daß der Wert der Gebrauchsvorteile nicht nach dem üblichen oder dem fiktiven Mietzins für gleichartige Anlagen, sondern nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Vergleich zwischen tatsächlichem Gebrauch und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer ("Wertverzehr") zu ermitteln ist.

aa) Für den Fall der Rückabwicklung eines voll erfüllten Kaufvertrages nach dessen Wandelung entspricht diese Berechnungsweise der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 115, 47, 54 f; ebenso Senatsurteil vom 17. Mai 1995 - VIII ZR 70/94 = WM 1995, 1145 unter III 2 für im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnende Nutzungen eines verkauften Kraftfahrzeugs). Die hierfür tragenden Erwägungen gelten gleichermaßen für den hier zu beurteilenden Fall der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines vermeintlich zustande gekommenen, vom Verkäufer "voll erfüllten" Kaufvertrages. Auch hier waren die von der Klägerin gelieferten Anlagen der Beklagten nicht nur vorläufig oder vorübergehend zur Benutzung überlassen, sondern ihr in Erfüllung des vermeintlich bestehenden Kaufvertrages endgültig übereignet worden. Mit dem Entschluß, die Anlagen käuflich zu erwerben und als eigene zu nutzen, hat die Beklagte eine Investitionsentscheidung getroffen, die auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des gescheiterten Vertrages zu respektieren ist. Umgekehrt gibt es auch keinen Grund, der es rechtfertigen könnte, die Klägerin allein wegen des Scheiterns des angestrebten Vertragsschlusses in den unverdienten Genuß fiktiver Mieterträge gelangen zu lassen, auf die sie im Falle der Wirksamkeit des Vertrages keinen Anspruch hätte. Durch den (vermeintlichen) Verkauf der Anlagen zu einem bestimmten Preis hat sich die Klägerin mit dem endgültigen Verlust der Sachsubstanz und der Gebrauchsmöglichkeiten der Anlagen gegen Zahlung des Kaufpreises abgefunden. Mehr als den vereinbarten Kaufpreis, der bei der Ermittlung der zeitanteiligen linearen Wertminderung regelmäßig als Ausgangswert der Kaufsache zugrunde zu legen ist (BGHZ 115, 47, 50), kann die Klägerin daher

auch dann nicht erwarten, wenn ihr die Anlagen nicht oder erst nach dem Ende ihrer voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer zurückgegeben werden. Dem entspricht es, daß die Beklagte sich im Falle der Wirksamkeit des Kaufvertrages mit der Zahlung des (vollständigen) Kaufpreises die Möglichkeit erkaufte haben würde, die Anlagen bis zum Eintritt ihrer Gebrauchsuntauglichkeit zu nutzen (vgl. BGHZ 115, 47, 54).

bb) Mit dieser Beurteilung setzt sich der erkennende Senat nicht in Widerspruch zu Entscheidungen anderer Senate des Bundesgerichtshofs. Die von der Revision der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführten Entscheidungen betreffen Fallgestaltungen, die mit dem im Streitfall zu beurteilenden Sachverhalt nicht vergleichbar sind. In der Entscheidung des X. Zivilsenats vom 18. Dezember 1986 (BGHZ 99, 244, 248) ging es um die Bewertung einer Warenzeichenverletzung, in derjenigen des X. Zivilsenats vom 18. Februar 1992 (X ZR 8/90 = NJW-RR 1992, 872 f) um den Bereicherungsausgleich bei Patent- und Gebrauchsmusterverletzung. Dem Urteil des VI. Zivilsenats vom 14. April 1992 (VI ZR 285/91 = WM 1992, 1157 = NJW 1992, 2084 f) liegt der Fall der unbefugten Verwendung einer Fotografie zu Werbezwecken zugrunde. Die von der Revision weiter angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (NJW-RR 1992, 113) befaßt sich mit der Nutzungsvergütung für ein zu vorübergehendem Gebrauch überlassenes Computerprogramm.

cc) In der Senatsentscheidung vom 2. Juli 1962 (VIII ZR 12/61 = WM 1962, 1006 = NJW 1962, 1909) konnte die Frage, ob Gebrauchsvorteile bei der Rückabwicklung eines angefochtenen Kraftfahrzeugkaufvertrages nach dem üblichen Mietzins

zu berechnen sind, aus schadensersatzrechtlichen Gründen offenbleiben (aaO unter 2). Das Senatsurteil vom 5. Juli 1978 (VIII ZR 180/77 = WM 1978, 1208), auf das die Revision ferner verweist, betrifft den Anspruch des Eigentümers gegen den bösgläubigen Besitzer auf Nutzungsherausgabe (§§ 990, 987 BGB). Allerdings hat der Senat dort (aaO unter IV) generell für Nutzungen nach § 100 BGB ausgesprochen, für die Berechnung des Wertes der aus der Nutzung von Maschinen gezogenen Gebrauchsvorteile sei der Mietwert der Maschinen zugrunde zu legen. Sofern diese Aussage dahin zu verstehen sein sollte, daß Gebrauchsvorteile auch im Falle der Nutzung einer eigenen Sache nach dem üblichen Mietzins zu bewerten sind - so die Deutung der Revision der Klägerin -, hält der Senat daran nicht fest.

b) Keinen Bestand hat dagegen, wie dargelegt (oben I 3), die Berechnung der zeitanteiligen Wertminderung durch das Berufungsgericht, soweit es sich gehindert gesehen hat, die von der Beklagten nach dem 2. Oktober 1992 gezogenen weiteren Nutzungen in die Berechnung einzubeziehen.

III. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben, soweit es angefochten worden ist. Eine abschließende Entscheidung in der Sache (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) ist dem erkennenden Senat nicht möglich, weil es hierzu weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Zwar errechnet sich für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweiter Instanz (26. Oktober 1993) bei einer linearen Fortschreibung der Wertminderung auf der Grundlage der von dem gerichtlichen Gutachter Leube errechneten Zeitwerte für die

Stichtage 17. Februar 1987 und 2. Oktober 1992 ein "Wertverzehr", der den von der Beklagten gezahlten Kaufpreis übersteigt. Die Revision der Beklagten wendet sich aber mit Recht gegen den vom Berufungsgericht angesetzten Ausgangswert von 2.211.551,50 DM. Der im Beweissicherungsverfahren 6 H 59/88 des Amtsgerichts Fürth eingesetzte Sachverständige Prof. Dr. M. [REDACTED] hat wegen unzureichender Leistungsfähigkeit der Anlagen eine "Minderleistung" von ca. 10 % angenommen. Hiervon geht auch der gerichtliche Gutachter Leube in seinem Nachtragsgutachten vom 1. Oktober 1993 aus. Dieses läßt indessen nicht erkennen, wie und mit welchem Betrag die angenommene "Minderleistung" bei der Ermittlung des Ausgangswertes der Anlagen berücksichtigt worden ist. Auch das Berufungsurteil gibt darüber keinen Aufschluß. Die Annahme des Sachverständigen, einem potentiellen Zweitkäufer könnte die geminderte Leistungsfähigkeit der Anlagen verborgen bleiben, ist kein Grund, sie bei der Wertermittlung unberücksichtigt zu lassen.

IV. Für die weitere Verhandlung weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

1. Nicht zu beanstanden ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit es - dem Sachverständigen L. [REDACTED] folgend - bei der Ermittlung des Anfangszeitwertes der Anlagen die Kosten von 156.347 DM, die die Beklagte dafür aufgewendet haben will, die Anlagen zum Laufen zu bringen, nur mit dem gerundeten Hälftebetrag von 80.000 DM berücksichtigt hat. Der Sachverständige hat dies damit begründet, es habe sich um Änderungen und Ergänzungen gehandelt, die teils zu

Lasten der Beklagten, teils als Nachbesserungsleistungen zu Lasten der Klägerin gegangen seien und betragsmäßig nicht mehr auseinandergerechnet werden könnten (Bl. 4 unten des Nachtragsgutachtens vom 1. Oktober 1993). Dem sind die Parteien, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht entgegengetreten (§ 314 ZPO).

2. Die Aufwendungen der Beklagten für die Generalüberholung der Anlagen im Jahre 1991 hat der Sachverständige L. mit dem Nettobetrag von 146.687 DM werterhöhend berücksichtigt, für den überholten Teil der Anlagen einen neuen Zeitwert zum 1. Oktober 1991 (Abschluß der Generalüberholung) errechnet und die Abschreibung zur Ermittlung des Restwertes fortan getrennt für den Altbestand und den überholten Teil berechnet (Bl. 11 des Nachtragsgutachtens vom 1. Oktober 1993). Das Berufungsgericht ist dem gefolgt.

Die Revision der Beklagten will demgegenüber die Aufwendungen für die Generalüberholung in voller Höhe vom Wert der Gebrauchsvorteile abziehen. Zur Begründung führt sie an, die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung führe zu einer nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung des Bereicherungsschuldners, weil Aufwendungen auf eine herauszugebende gebrauchte Sache häufig nicht zu einer dem Aufwand entsprechenden Steigerung ihres Verkehrswertes führten. Dieses Argument verfängt indessen nicht, denn das Berufungsgericht hat ja gerade - dem Sachverständigen folgend - für den Zeitpunkt des Abschlusses der Generalüberholung eine Wertsteigerung in Höhe des vollen Nettobetrages der Generalüberholungskosten angesetzt. Es kann also nur darum gehen, ob Generalüberholungskosten als Aufwendungen vom

Wert der Gebrauchsvorteile abzuziehen sind, unabhängig davon, wann die Generalüberholung stattgefunden hat und in welchem Maße eine durch die Generalüberholung bewirkte Wertsteigerung in dem für die Ermittlung des Restwerts maßgeblichen Zeitpunkt noch vorhanden ist. Die Frage ist zu verneinen.

Der volle Abzug der Kosten der Generalüberholung hätte zur Folge, daß der Bereicherungsgläubiger für die Generalüberholung auch insoweit aufkommen müßte, als der Erfolg der Überholungsmaßnahmen in der Zeitspanne bis zur Herausgabe der Sache durch den Bereicherungsschuldner diesem zugute gekommen und eine durch die Generalüberholung bewirkte Wertsteigerung infolge der anschließenden Nutzung durch den Schuldner im Zeitpunkt der Rückgabe an den Gläubiger bereits aufgezehrt ist. Darin läge eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Bereicherungsgläubigers und zugleich ein unverdienter Vorteil für den Bereicherungsschuldner. Denn diesem kommen die für die Generalüberholung getätigten Aufwendungen - wie im Streitfall der Beklagten - dadurch zugute, daß sie werterhöhend berücksichtigt und damit in die Berechnung des "Wertverzehrs" einbezogen werden. Soweit sie im Zeitpunkt der Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes noch nicht aufgezehrt sind, führen sie zu einer Erhöhung seines Restwertes und damit zugleich zu einer entsprechenden Verringerung der Differenz zwischen Ausgangs- und Restwert, also des "Wertverzehrs".

3. Das von der Klägerin geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht kann nicht mit der Begründung verneint werden, es fehle an der Konnexität zwischen dem Bereicherungsan-

spruch der Klägerin und dem auf die Nichterfüllung anderer Verträge (Evertz II und III) gestützten Schadensersatzanspruch der Beklagten. Bei dieser Beurteilung hat das Berufungsgericht, wie die Revision der Beklagten mit Recht rügt, die Bestimmung des § 369 HGB übersehen. Hiernach hat die Beklagte als Kaufmann wegen der behaupteten Schadensersatzansprüche aus der Nichterfüllung beiderseitiger Handelsgeschäfte ein Zurückbehaltungsrecht, das auch an eigenen Sachen (§ 369 Abs. 1 Satz 2 HGB) und ohne Rücksicht auf die Konnexität geltend gemacht werden kann (Hopt, HGB, 29. Aufl., § 369 Rdnrn. 10 und 4).

Ob das von der Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht Wirkung entfaltet, hängt davon ab, ob der Beklagten der von der Klägerin bestrittene Schadensersatzanspruch zusteht; hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Sollte dies zu bejahen sein, so kommt das Zurückbehaltungsrecht nur dann zum Zuge, wenn nicht die von der Beklagten vorrangig erklärte Aufrechnung gegen einen etwaigen Saldoüberschuß zugunsten der Klägerin zum Untergang des Schadensersatzanspruchs der Beklagten geführt

hat. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium kann dies nicht abschließend beurteilt werden, weil es zur Berechnung des Anspruchs der Klägerin auf Ersatz der Gebrauchsvorteile weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf (oben III).

Wolf

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch

Ball

Dr. Wolst