

V e r k ü n d e t

am 23. Januar 1961

Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2216 037

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

Teilurteil

In dem Rechtsstreit

der Firma Feodor B. [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in H. [REDACTED], E. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Feodor B. [REDACTED] in H. [REDACTED],
K. [REDACTED]ring [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Hotelbesitzer Rudolf van de W. [REDACTED], Inhaber des Hotels
"Z. [REDACTED]" in H. [REDACTED], E. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Karlsruhe vom 26. Februar 1960 wird zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkaufte und lieferte dem Beklagten im September 1952 1406 qm Febolit-Fußbodenbelag, der zur Auslegung in einem vom Beklagten errichteten und kurz vor der Vollendung stehenden Hotelneubau in H[REDACTED] dienen sollte. In dem Bestätigungsschreiben vom 18. September 1952 führte die Klägerin aus:

"Für die Verlegung des Materials übernehmen wir insofern die Verantwortung, daß Sie von uns eine Verlegegruppe zugewiesen erhalten mit soviel Verlegern, daß innerhalb 8 Tagen die Ihnen verkauften Mengen in Ihrem Hotel in H[REDACTED] Ecke M[REDACTED]-E[REDACTED]straße verlegt werden.

Den Beginn des Termins zum Verlegen bestimmen Sie und wird am nächstfolgenden Tage Ihrer Aufforderung mit dem Verlegen begonnen.

Der Preis des Verlegens beträgt je qm DM 1,60 - 2,20. Letzterer Preis als Höchstpreis, wobei in der Festlegung ein Mittelpreis zu erzielen ist.

Der vorhandene Unterboden (Asphaltestrich) wird von der Verlegekolonne einmal gespachtelt. Richtpreis hierfür etwa DM 0,60."

Sie ergänzte dieses Schreiben am 20. September 1952 wie folgt:

"Inzwischen haben wir von unserem Vertreter, Herrn Fritz G[REDACTED], D[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED], Tel. 21775 den positiven Bescheid erhalten, daß die Verlegung wie vorgesehen durchgeführt werden kann. Herr G[REDACTED] macht aber ebenfalls darauf aufmerksam, daß die entsprechenden Voraussetzungen für die Verlegung gegeben sein müssen, d.h. der Unterboden muß besenrein übergeben werden und seitens des Bauführers ist dafür zu sorgen, daß keine Behinderung durch andere Handwerker erfolgt und zügig gearbeitet werden kann. Insbesondere ist dafür zu sorgen, daß Beleuchtung vorhanden ist, da sonst die Verlegetermine natürlich nicht eingehalten werden können. Wir haben Herrn G[REDACTED] gebeten, mit dem örtlichen Baulciter in Verbindung zu treten und

würden es gern sehen, wenn Sie dabei vielleicht zugegen sein könnten. Gegebenenfalls empfehlen wir Ihnen, sich telefonisch mit Herrn G. in Verbindung zu setzen."

Nachdem die Ware am 22. September 1952 beim Beklagten eingetroffen war, empfahl der mit der Auswahl einer Verlegerfirma beauftragte Zeuge G. dem Beklagten die Firma W., die jedoch nach Besichtigung des Neubaus die Übernahme der Arbeit ablehnte, weil ihr die Bedingungen für eine ordnungsmäßige Verlegung des Febolits noch nicht gegeben schienen. Der Zeuge G. benannte daraufhin die Firma E., die dann auch im Auftrage des Beklagten mit der Verlegung begann. Als sich kurz darauf zeigte, daß der Belag nicht genügend haftete, besorgte sich der Beklagte anstelle des von der Klägerin empfohlenen Klebers ein anderes Spezialklebemittel, von der Firma H. in P.. Als auch hiermit kein Erfolg erzielt wurde, sich im Gegenteil zwischen Fußboden und Belag Blasen bildeten, telegraphierte der Beklagte, nachdem am 2. Oktober 1952 auf seine erste Mitteilung von dem Mißerfolg der Verlegung der Zeuge Verkaufsleiter B. der Klägerin und der Zeuge G. sich die Arbeiten der Firma E. angesehen hatten, am 6. Oktober 1952 der Klägerin wie folgt:

"Bodenbelag nicht zu kleben. Erwarte Sie sofort zur Besichtigung und Besprechung. Gegebenenfalls Chemiker mitbringen."

Am selben Tage bestätigte er das Telegramm durch einen Eilbrief, der die weitere Mitteilung enthielt, bei der Verlegung hätten sich Blasen in Nagel- bis Hühnereigröße gebildet, er, der Beklagte, könne diese Arbeiten nicht annehmen und müsse die Klägerin für den Schaden verantwortlich machen. Am folgenden Tage, dem 7. Oktober 1952, erwirkte der Beklagte in Wege eines Beweissicherungsverfahrens die Einholung eines Gutachtens und am 8. Oktober 1952 forderte er die



Klägerin schriftlich auf, die Ware, welche sich nach dem Gutachten nicht fehlerlos verlegen lasse, bis zum Mittag des nächsten Tages abzuholen, widrigenfalls er sie auf ihre Kosten bei einem Spediteur einlagern werde. Die Klägerin klagte ihrerseits sofort am 9. Oktober 1952 den Kaufpreis ein. Am 10. Oktober 1952 bat der Beklagte die Klägerin erneut brieflich den Bodenbelag abholen zu lassen. Am 11. Oktober 1952 ließ die Klägerin dem Beklagten durch ihren Prozeßbevollmächtigten mitteilen, sie habe schon vor Zugang des Beweissicherungsbeschlusses des Amtsgerichts Hagen Klage beim Landgericht in Heidelberg erhoben, bei dem die Frage endgültig entschieden werde, ob die Beanstandungen zu Recht beständen. Die Klägerin habe einwandfreie Ware geliefert, für die Güte des Klebers und die Arbeitsweise der Verlegerfirma brauche die Klägerin nach dem Kaufvertrage nicht einzustehen. Diese widerspreche auch der Zurverfügungstellung des Materials; das Weitere werde sich im Hauptprozeß ergeben. Daraufhin ließ der Beklagte den Belag entfernen und die gesamte Lieferung bei dem Spediteur Rabe einlagern.

Mit der Klage hat die Klägerin Zahlung des Kaufpreises von 7375,54 DM nebst 10,5 % Verzugszinsen seit dem 22. September 1952 verlangt. Die Parteien haben im Rechtsstreit darüber gestritten, ob der Belag mangelhaft gewesen und ob die Klägerin ihrer vom Beklagten behaupteten Beratungspflicht nachgekommen sei.

Landgericht und Oberlandesgericht hatten den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Der erkennende Senat hatte das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe dieses Urteils vom 14. Oktober 1958 - VIII ZR 143/57 - wird Bezug genommen. Nach erneuter Verhandlung hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision mit der Maßgabe, daß die Klägerin verurteilt werde, an den Beklagten 8034,90 DM nebst 10 1/2 % Zinsen seit dem 22. September 1952 zu zahlen. Den Zahlungsantrag hat er damit begründet, daß er diesen Betrag zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil des Berufungsgerichts vom 12. Juli 1957 bezahlt habe.

Entscheidungsgründe:

I. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen für das vom Beklagten in erster Reihe in Anspruch genommene Recht zur Wandlung des Kaufvertrages verneint.

II. 1. Schon in seinem ersten Urteil vom 12. Juli 1957 hatte das Berufungsgericht zutreffend erwogen, daß sich das Recht des Beklagten, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Wandlung, sondern auch aus einer Verletzung vertraglicher Nebenpflichten der Klägerin ergeben könne. Die Vertragsklausel, in welcher sich die Klägerin verpflichtete, dem Beklagten eine Verlegegruppe mit soviel Verlegern zuzuweisen, daß das gelieferte Material innerhalb 8 Tagen verlegt werden könnte, hatte es dahin ausgelegt, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, dem Beklagten auch eine solche Verlegerfirma zuzuweisen, die in der Lage sein würde, eine kunstgerechte und einwandfreie Verlegung vorzunehmen. Es hatte aber die Ansicht vertreten, dieser Verpflichtung sei die Klägerin durch die Namhaftmachung der Firma Wackerbarth nachgekommen. Nachdem diese Firma die Übernahme des Auftrags im Hinblick auf den ungenügenden Baufortschritt abgelehnt habe, sei es Aufgabe des Beklagten gewesen, mit dem Beginn der Verlegung zu warten, bis die von der

Firma W [REDACTED] vermißten für die Verlegung des Febolit günstigen Bedingungen des Neubaus eingetreten sein würden. Wenn der Beklagte statt dessen die ihm von dem Zeugen G [REDACTED] genannte Firma E [REDACTED] mit der sofortigen Verlegung beauftragt habe, so habe er das Risiko eines Mißerfolges selbst zu tragen.

Der erkennende Senat hatte diese Ausführungen in rechtlicher Hinsicht beanstandet und erwogen, daß das Berufungsgericht von einer zu engen Auslegung der von ihm gewürdigten Vertragsklausel ausgegangen sei und darüber hinaus nicht berücksichtigt habe, daß die mangelhafte Verlegung möglicherweise auch auf die Verwendung eines untauglichen Klebemittels zurückzuführen sei. Der Senat hatte im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs die Klägerin als Verkäuferin eines neuen bisher auf dem Markte noch unbekannten Werkstoffes, und zwar insbesondere mit Rücksicht auf die streitige Vertragsklausel, für verpflichtet angesehen, den Beklagten über seine Handhabung und insbesondere auch darüber zu unterrichten, mit welchem technischen Klebemittel ein Erfolg erzielt werden könne. Da eine Prüfung dieses Gesichtspunktes im Berufungsurteil zu vermissen war, hatte der Senat dem Berufungsgericht aufgegeben, auch in dieser Beziehung seine Feststellungen zu ergänzen und die Frage, ob die Klägerin der Vorwurf treffe, ihre vertraglichen Verpflichtungen verletzt zu haben, einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Dabei hatte der Senat darauf hingewiesen, ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten könne dann zu bejahen sein, wenn sich nachweisen lasse, daß die Klägerin ihre Verpflichtung schuldhaft verletzt habe und der bei der Verlegung eingetretene Mißerfolg hierauf zurückzuführen sei.

2. Auf Grund der neuen Verhandlung und Beweiserhebung hat das Berufungsgericht folgende Feststellungen getroffen:

Aus der erneuten Anhörung des Zeugen U●, des Architekten des Beklagten, sei zu entnehmen, daß dieser bei den Kaufverhandlungen zu erkennen gegeben habe, er wolle die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Verlegung nicht übernehmen, hierfür müsse vielmehr die Klägerin einstehen. In diesem Sinne sei auch die in dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 18. September 1952 aufgenommene Verpflichtung zu verstehen, dem Beklagten eine Verlegergruppe zuzuweisen, so daß die Verlegung innerhalb acht Tagen vorgenommen werden könne. Die Klägerin habe aber schon die dem Beklagten zugewiesene Verlegerfirma W●, obwohl diese damals überhaupt keine Erfahrungen in der Verlegung von Febolit gehabt habe, nicht mit den erforderlichen genauen Anweisungen versehen. Die Klägerin habe gewußt, daß das Material auf einen Asphaltestrich verlegt werden sollte, und daß der von ihr damals schon gelieferte Spezialkleber für einen solchen Unterboden nicht geeignet sei. Das komme in dem an U● übergebenen Prospekt klar zum Ausdruck. Aus dem von ihr später (1955) herausgegebenen Prospekt sei zu ersehen, daß auch die üblichen Kopalharzkitte nicht ohne Risiko hätten verwendet werden und bei der Verlegung zu erheblichen Schwierigkeiten hätten führen können. Die Klägerin rate nämlich in dem neuen Prospekt von der Verwendung des Kopalharzkittes ausdrücklich ab, mahne bei einer Gußasphaltunterlage zur besonderen Vorsicht und gebe eine ins Einzelne gehende Anweisung für die Verlegung. Eine derartige genaue Gebrauchsanweisung habe sie aber seinerzeit weder dem Beklagten selbst noch dessen Architekten U● übergeben.

Auf Grund dieser Erwägungen hat das Berufungsgericht nunmehr angenommen, die Klägerin habe ihre Verpflichtung, den Beklagten bei der Verlegung des Febolits zu beraten, mit der Benennung der Firma W● nicht als beendet betrachten dürfen. Diese Verpflichtung, so hat es erwogen, habe vielmehr weiter fortbestanden, zumal sich die Klägerin dem Beklagten gegenüber damals nicht darauf berufen habe,

daß der Zustand des Neubaus eine ordnungsgemäße Verlegung nicht zugelassen habe und zumal dieser von der Firma W [REDACTED] [REDACTED] gerügte Zustand seiner Natur nach vorübergehend gewesen sei, so daß nicht davon ausgegangen werden könne, am 6. Oktober 1952, als der Beklagte um Beratung und Hilfe gebeten habe, hätten noch aus diesem Gesichtspunkt einer ordnungsgemäßen Verlegung irgendwelche Hindernisse entgegenstanden. Ungeachtet ihrer fortdauernden Verpflichtung habe sich die Klägerin indessen nicht darum gekümmert, daß bei der Verlegung in der richtigen Weise verfahren werde. Zwar seien die Zeugen B [REDACTED] und G [REDACTED] am 2. Oktober 1952 im Auftrage der Klägerin an der Baustelle erschienen, ohne daß sie jedoch irgend etwas veranlaßt hätten oder irgendwie beratend tätig geworden wären. Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, ob diese Untätigkeit darauf beruht habe, daß sich der Zeuge U [REDACTED] an diesem Tage sehr optimistisch gezeigt habe, weil er etwa geglaubt habe, in dem von der Firma H [REDACTED] in P [REDACTED] empfohlenen und von ihm dann auch verwandten Kleber das richtige Klebemittel gefunden zu haben und möglicherweise auch geäußert habe, die Sache sei nunmehr in Ordnung. Eine schuldhafte Verletzung ihrer Beratungs- und Unterstützungspflicht hat das Berufungsgericht jedenfalls darin gesehen, daß die Klägerin auf die Mitteilung des Beklagten vom 6. Oktober 1952, es hätten sich auch bei der Verwendung des neuen Klebmittels Blasen bis zu Hühnereigröße gezeigt, und auf die mit dieser Mitteilung verbundene Bitte um Besichtigung und Besprechung zunächst überhaupt nicht reagiert und dann auf das Schreiben des Beklagten vom 8. Oktober 1952 hin eine Unterstützung sogar abgelehnt und sofort Klage auf Zahlung des Kaufpreises erhoben habe. Es hat weiter erwogen, die Klägerin habe sich für ihr Verhalten nicht darauf berufen können, daß ihr der Zeuge U [REDACTED] habe erklären lassen, er denke nicht daran zu zahlen, weil er diese Zahlungsverweigerung gerade darauf gestützt habe, daß die Klägerin ihrer eigenen Verpflichtung zur Abhilfe nicht nachgekommen sei und da die Zahlungsverweigerung daher berechtigt gewesen sei.

3. Das Berufungsgericht hat auch die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung der Klägerin für den eingetretenen Mißerfolg bejaht. Dem Umstande, daß die Firma E [REDACTED] nicht ordnungsgemäß gearbeitet haben möge, hat es keine rechtliche Bedeutung beigemessen und es hat erwogen, daß eine sachgemäße Arbeit und ein befriedigender Erfolg ohne eingehende Beratung und geeignete Hinweise der Klägerin an die Verlegerfirma nicht zu erzielen gewesen sei. Diese Feststellung hat es darauf gestützt, daß auch die im Beweissicherungsverfahren tätig gewordenen Sachverständigen bei der von ihnen unter Verwendung des Spezialklebers der Firma H [REDACTED] veranlaßten besonders sorgfältigen Verlegung einer Fläche von 10 qm einige Stunden nach der Verlegung ebenfalls die Bildung von Blasen festgestellt hätten, obwohl das verwendete Klebemittel zunächst gut geklebt habe.

4. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe sich durch ihre Verweigerung der Beratung und Hilfeleistung ihre Verpflichtung unmöglich gemacht. Da der Beklagte ohne die Mitwirkung der Klägerin bei der Verlegung an der Lieferung des Materials kein Interesse gehabt habe, sei er gemäß §§ 325 Abs. 1 Satz 3, 323 BGB zur Verweigerung der eigenen Leistung berechtigt gewesen. Hilfsweise hat es erwogen das Schreiben des Beklagten vom 8. Oktober 1952 könne auch als Rücktritt vom Kaufvertrag gewürdigt werden, der im Hinblick auf die schuldhafte Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht zur Beratung und Unterstützung auch begründet gewesen sei. Den Umstand, daß der Beklagte nicht mehr zur Herausgabe des bei dem Spediteur R [REDACTED] eingelagerten Materials in unbeschädigten Zustand in der Lage sei, hat es für rechtlich unerheblich gehalten, weil die Klägerin keine Ersatzansprüche geltend gemacht habe. Auf die Einrede der Arglist, so hat das Berufungsgericht weiter erwogen, könne sich die Klägerin deshalb nicht berufen, weil einerseits der Beklagte keinen Nutzen aus dem Material gezogen habe, das Material andererseits aber auch wegen Unverkäuflichkeit für die

Klägerin wertlos sein würde, wenn es bei der Speditionsfirma ordnungsmäßig aufbewahrt worden und nicht beschädigt worden wäre.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand. Die Revisionsangriffe bleiben ohne Erfolg.

III. 1. Die Revision bekämpft die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, aus denen es eine schuldhaft Verletzung der der Klägerin obliegenden Beratungspflicht hergeleitet hat. Sie rügt, das Amtsgericht Hagen habe im Beweissicherungsverfahren prozeßordnungswidrig unterlassen, einen Termin zur Beweisaufnahme, zur Einnahme des Augenscheins und zur Erstattung des Gutachtens anzuberaumen, obwohl eine telefonische oder telegrafische Ladung der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen wäre, und obwohl die Besichtigung genau so gut wie am 7. Oktober, dem Tage des Beweissicherungsbeschlusses, auch am folgenden Tage hätte stattfinden können. Sie ist der Ansicht, von der Anberaumung eines Termins hätte nur dann abgesehen werden können, wenn beide Parteien damit einverstanden gewesen wären. Gemäß §§ 491, 493 ZPO hätte das im Beweissicherungsverfahren erstattete Gutachten daher im Rechtsstreit nicht benutzt werden dürfen.

Die Rüge bleibt erfolglos.

Es ist der Revision zwar zuzugeben, daß das Berufungsgericht gerade aus diesem Ergebnis des im Beweissicherungsverfahren erhobenen Gutachtens hergeleitet hat, die Unterlassung jeglicher Beratung seitens der Klägerin sei für das Mißlingen der Verlegung ursächlich gewesen. Das Berufungsgericht hat aus dem Umstande, daß auch die unter Aufsicht der Sachverständigen und unter Anwendung aller Sorgfalt mit dem Klebemittel der Firma H. [REDACTED] vorgenommene Verlegung nicht zum Erfolg geführt habe, ohne Rechtsverstoß im Rahmen

seines tatrichterlichen Ermessens den Schluß gezogen, daß auch bei Anwendung größter Sorgfalt ohne Eingreifen der Klägerin ein Erfolg nicht zu erzielen gewesen sei. Die Frage, ob etwa die Firma E [REDACTED] bei der Verlegung nicht ordentlich gearbeitet habe, hat es zwar offen gelassen. Aber auch hierin ist ein Rechtsfehler nicht zu erblicken. Denn, so wie das Berufungsgericht die Vertragsklausel hinsichtlich der Beratungspflicht der Klägerin auf Grund seiner Feststellungen ausgelegt hat, hätte die Klägerin ihre Verpflichtung zur Hilfeleistung bei der Verlegung nach der Benennung der Firma W [REDACTED] nicht als erledigt betrachten dürfen, sie hätte vielmehr auf Anforderung des Beklagten hin jederzeit eingreifen müssen, um Kunstfehler der damals noch unerfahrenen Verlegerfirma zu verhüten. Das Berufungsgericht hat aber ersichtlich erwogen, daß etwaige Zweifel darüber, ob der bisherige Mißerfolg der Verlegerfirma anzulasten sei, durch das Sachverständigengutachten in dem Sinne beseitigt worden seien, daß ein Eingreifen der Klägerin unerläßlich gewesen sei. Da das Berufungsgericht ersichtlich angenommen hat, eine Besichtigung der Arbeiten und eine Beratung seitens der Klägerin wären dem weiteren Vorgehen der Firma E [REDACTED] in jeder Beziehung zugute gekommen, konnte es ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, das erstgezeigte untätige Verhalten der Klägerin und erst recht ihre in der Klageerhebung zu erblickende Ablehnung habe eine brauchbare Verlegung unmöglich gemacht.

Bei dieser Sachlage kam es daher entscheidend darauf an, ob sich das Berufungsgericht auf das im Beweissicherungsverfahren erstattete Gutachten stützen durfte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Amtsgericht Hagen ohne das Einverständnis beider Parteien von der Bestimmung eines Termines für die Beweisaufnahme absehen und die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens anordnen durfte (verneinend: Stein/Jonas ZPO 12. Aufl. § 492

Anm. 2; Baumbach/Lauterbach ZPO 25. Aufl. § 492 Anm. 1; Wieczorek ZPO § 492 Anm. A II). Ebenso kann unerörtert bleiben, ob ein hierin etwa zu erblickender Verfahrensverstoß gemäß § 493 Abs. 2 ZPO dazu hätte führen können, dem Beklagten die Benutzung des Sachverständigengutachtens zu versagen. Denn, trägt eine Partei im späteren Rechtsstreit ein nicht verwendbares Beweisergebnis vor, so muß der Gegner dies nach § 295 ZPO rügen, wenn er sich auf § 493 Abs. 2 ZPO berufen will (Stein/Jonas aaO § 493 Anm. II; Wieczorek aaO § 493 Anm. 4; Baumbach/Lauterbach aaO § 493 Anm. 1). Da es sich nur um die Verletzung einer Beweisaufnahmevorschrift handeln könnte, die nicht im öffentlichen Interesse aufgestellt ist, sondern lediglich dem Schutze des Interesses einer Partei dienen soll, steht einer Heilung dieses etwaigen Verfahrensverstosses auch die Vorschrift des § 295 Abs. 2 ZPO nicht entgegen. Die Revision, die diese Grundsätze keineswegs verkennt, beruft sich darauf, daß die Klägerin eine rechtzeitige Rüge im Rechtsstreite angebracht habe. Sie verweist in erster Reihe auf ein an das Amtsgericht Hagen gerichtetes Schreiben vom 10. Oktober 1952, in welchem die Klägerin der Benutzung des Gutachtens widersprochen habe. Dabei berücksichtigt sie aber nicht, daß über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 493 Abs. 2 ZPO nicht das die Beweissicherung anordnende Amtsgericht, sondern allein das Prozeßgericht zu entscheiden hat (RG JW 1902, 530; Wieczorek aaO § 492 Anm. B II a Abs. 2). Die Rüge mußte daher gemäß § 295 ZPO in der nächsten mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht vorgebracht werden, die auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgefunden hat; das war diejenige mündliche Verhandlung, in welcher der Beklagte das Beweisergebnis des Beweissicherungsverfahrens vorgetragen hat. Auf dieses Beweisergebnis hat sich der Beklagte aber bereits in der Klagebeantwortung vom 10. November 1952 bezogen. Er hat an dieser Stelle bereits darauf hingewiesen, der Klägerin seien Abschriften des Gutachtens vom Amtsgericht Hagen zugeleitet worden. Eine ausdrückliche Rüge ist indes,

was die Revision ebenfalls nicht verkennt, weder in der darauffolgenden mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 12. November 1952 erfolgt, noch ist sie in dem der Klägerin nachgelassenen Schriftsatz vom 24. November 1952 enthalten.

Der Revision ist zuzugeben, daß eine Rüge regelmäßig auch in einer schlüssigen Handlung erblickt werden kann, und daß hier der Auslegung des Parteiverhaltens ein gewisser Spielraum zu gewähren ist (Warn. Rspr. 1910 Nr. 358; OLG 9, 101; Stein/Jonas aaO § 295 Anm. III, 2 d). Deswegen könnte eine rechtzeitige Rüge erwogen werden, wenn sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung oder doch in dem nachgelassenen Schriftsatz auf ihr Schreiben vom 10. Oktober 1952 oder doch zumindest auf den Inhalt der anlässlich des Beweissicherungsverfahrens entstandenen Akten bezogen hätte. Sie hat das indes nicht getan, noch weiß die Revision vorzutragen, daß dies in einem späteren Zeitpunkte während des Rechtsstreites geschehen wäre. Da die betreffenden Akten dem Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 12. November 1952 auch nicht vorgelegen haben - sie sind erstmals im zweiten Rechtszuge durch prozeßleitende Verfügung des Einzelrichters vom 22. März 1959 beigezogen worden - bestand für das Landgericht auch keine Veranlassung, die Klägerin auf dieses Schreiben hinzuweisen.

Man könnte erwägen, ob der Umstand, daß der Beklagte in der Klagebeantwortung lediglich eine Abschrift des die Beweissicherung anordnenden Beschlusses und nicht auch eine Abschrift des Gutachtens selbst beigelegt hatte, es verbietet, in diesem Vorbringen bereits eine Benutzung des Gutachtens zu erblicken. Aber selbst wenn hiervon auszugehen wäre, so hat doch der Beklagte die Einreichung der fehlenden Abschriften durch Schriftsatz vom 22. Oktober 1953 nachgeholt, ohne daß die Klägerin nunmehr eine Rüge angebracht oder sich auf ihr Schreiben vom 10. Oktober 1952 bezogen hätte.

Der Revision kann auch nicht in ihrer Ansicht gefolgt werden, daß dem im Schriftsatz vom 24. November 1952 enthaltenen Antrage, die Frage, ob das gelieferte Material brauchbar und verlegungsfähig sei, durch das Gutachten eines Sachverständigen klären zu lassen, eine Rüge in dem erörterten Sinne entnommen werden müsse. Eine solche Auslegung scheitert schon daran, daß die Klägerin bei diesem Beweisantrag von der unrichtigen Rechtsansicht ausgegangen ist, sie brauche nur für die Brauchbarkeit des Bodenbelags einzustehen, es treffe sie aber nicht die Verpflichtung, bei der Verlegung Rat und Hilfe zu leisten, und daß sie demgemäß ihren Beweis-antrag viel enger gefaßt hat als das Amtsgericht Hagen, welches in seinen Beweisbeschuß auch die Frage nach der Güte des Klebemittels und nach dem ordnungsgemäßen Vorgehen der Verlegerfirma einbezogen hat. Aber abgesehen von der fehlenden Identität beider Beweisthemen hätte, um in dem Beweisangebot eine Rüge von Rechtsverstößen des Beweissicherungsverfahrens und nicht nur eine Bemängelung der sachlichen Richtigkeit des Gutachtens erblicken zu können, zumindest verlangt werden müssen, daß die Klägerin mit ihrem Beweisantrage gerade eine prozessual mangelfreie Gutachtenserstattung gefordert hätte. Es fehlt aber in ihren Ausführungen jeglicher Hinweis darauf, daß das beantragte Gutachten sich auch im Hinblick auf prozessuale Mängel des im Beweissicherungsverfahren erstatteten Gutachtens als notwendig erweise.

Nach alledem ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht seine Entscheidung auf das von der Revision beanstandete Gutachten gestützt hat.

2. Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe nur unter Verletzung des § 286 ZPO feststellen können, daß die Sachverständigen bei ihrer Probeverlegung die für ihr Klebemittel herausgegebene Gebrauchsanweisung der Firma H [REDACTED] beachtet hätten. Es sei zu Unrecht davon ausgegangen, die Sachverständigen hätten den Chemiker der Firma H [REDACTED],

den Zeugen Dr. K[REDACTED], zugezogen, das werde nicht einmal von den Sachverständigen selbst in ihrem Gutachten behauptet. Das Berufungsgericht sei aber an den Aussagen der Zeugen Dr. K[REDACTED] und Ko[REDACTED] vorbeigegangen; insbesondere habe nach der Aussage des Zeugen Ko[REDACTED] für das Berufungsgericht keine Veranlassung zu der Annahme bestanden, seine Bekundung über die unsachgemäße Verlegerarbeit der Firma E[REDACTED] habe sich nicht auch auf die unter Aufsicht der Sachverständigen vorgenommenen Verlegungsversuche bezogen. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß Dr. K[REDACTED] bekundet habe, die unter seiner Aufsicht vorgenommene Verlegung habe ein völlig einwandfreies Ergebnis gehabt, und daß sich aus der Aussage beider Zeugen ergebe, mit dem Kleber der Firma H[REDACTED] sei der Bodenbelag der Klägerin seit Jahr und Tag ohne Beanstandungen verlegt worden.

Das Berufungsgericht trifft indessen entgegen der Revisionsrüge nicht der Vorwurf eines Verfahrensverstößes. Einmal wird in dem streitigen Gutachten ausdrücklich erwähnt, daß die Chemiker der Firma H[REDACTED] Dr. Ku[REDACTED] (hier liegt ersichtlich ein Schreibfehler vor, da es sich nur um Dr. K[REDACTED] handeln kann) und Ko[REDACTED] zugegen gewesen seien (daß Ko[REDACTED] ebenfalls als Chemiker bezeichnet wird, ist entgegen der Ansicht der Revision für die Frage, ob man sich an die Gebrauchsanweisung der Firma H[REDACTED] gehalten hat, völlig unerheblich). Außerdem hat sich das Berufungsgericht eingehend mit den Bekundungen der Zeugen Dr. K[REDACTED] und Ko[REDACTED] auseinander gesetzt. Seine Feststellung, die Aussage der Zeugen über die unsachgemäße Arbeit der Firma E[REDACTED] habe sich nicht auf die Versuche der Sachverständigen bezogen, konnte es im Rahmen seines richterlichen Ermessens ohne Rechtsverstoß treffen, da sich aus der Niederschrift dieser Bekundungen nichts Gegenteiliges ergibt. Eine Veranlassung, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen, bestand für das Berufungsgericht entgegen der Revisionsrüge umsoweniger,

als die Parteien ausreichend Gelegenheit hatten, zu der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen. Schließlich hat das Berufungsgericht auch den Teil der Aussage des Dr. K. [REDACTED] gewürdigt, aus dem sich ergibt, daß eine von ihm veranlaßte Probeverlegung standgehalten, der Belag nach der späteren Begehung jedoch immerhin Eindrücke aufgewiesen habe. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß angenommen, daß es sich hierbei um die unter Aufsicht der Sachverständigen durchgeführte Probeverlegung gehandelt habe. Seine Annahme, das von dem Zeugen mitgeteilte Verlegungsergebnis stehe nicht im Widerspruch mit den Ausführungen der Sachverständigen, daß sich nach einigen Stunden Blasen gebildet hätten, weil der Zeuge zu dieser Zeit offenbar nicht mehr anwesend gewesen sei, stellt eine in seinem tatrichterlichen Ermessen liegende Würdigung dar, die einen Rechtsverstoß nicht erkennen läßt.

IV. 1. Ist somit bei der rechtlichen Beurteilung von den Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen, so erweist sich die Ansicht der Revision, die Klägerin habe hinsichtlich ihrer Verpflichtung zur Beratung und Hilfeleistung alles getan, wozu sie nach den Abmachungen der Parteien verpflichtet gewesen sei, als rechtsirrig. Auch ihre Ansicht, die telegrafische und briefliche Mitteilung vom 6. Oktober 1952 habe der Klägerin keine Veranlassung zu geben brauchen, den Beklagten oder die Verlegerfirma mit genauen Anweisungen zu versehen, weil die Klägerin lediglich den Bogenbelag selbst als mangelhaft, insbesondere als brüchig beanstandet habe, verdient keine Billigung. Es kann dahinstehen, ob die Klägerin im Hinblick darauf, daß sich das Material nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als einwandfrei erwiesen hat, die Sache auf sich hätte beruhen lassen können, wenn im Schreiben vom 6. Oktober 1952 nur die Güte der Ware beanstandet worden wäre. Die Revision übersieht nämlich, daß der Beklagte in seinen telegraphischen und schriftlichen Mitteilungen vom 6. Oktober 1952 klar zum Ausdruck gebracht hat, die Verlegerfirma komme mit dem Kleben des Belages nicht zurecht und es hätten sich bei der Verlegung Blasen

in Nagel- bis Hühnereigröße gebildet. Hier beratend einzugreifen war aber gerade der Kernpunkt der von der Klägerin übernommenen Verpflichtung.

Die am 8. Oktober 1952 an die Klägerin gerichtete Aufforderung des Beklagten, den Belag am folgenden Tage wieder zurückzunehmen, weil sich das Febolit auch nach dem Sachverständigengutachten als nicht verlegungsfähig erwiesen habe, ist auch nicht mit der Revision als ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten anzusehen. Es ist darin nämlich nicht wie die Revision annehmen möchte, ausschließlich die Erklärung zu erblicken, den Kaufvertrag wegen Mangelhaftigkeit der Ware zu wandeln. Vielmehr ist die in der Hilferwägung des Berufungsgerichts enthaltene Würdigung der Mitteilung vom 8. Oktober 1952 als Rücktritt vom Verträge zu billigen. Denn diese Mitteilung läßt erkennen, daß der Beklagte sich vom Kaufvertrage lösen will, und daß er auch die Rückgewähr der empfangenen Leistung anbietet. Da das Schreiben vom 8. Oktober 1952 im Zusammenhang mit dem Telegramm und dem Schreiben vom 6. Oktober 1952 steht, die Klägerin sich diesen Zusammenhang auch zurechnen lassen muß, konnte das Berufungsgericht, was es ersichtlich auch getan hat, im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs davon ausgehen, die Klägerin habe erkannt, der Beklagte wolle vom Verträge zurücktreten, weil sie ihre Verpflichtung zur Beratung und Hilfeleistung verletzt habe.

Dabei ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Klägerin der Vorwurf eines Verschuldens treffe, frei von Rechtsirrtum; diese hat, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, bereits den Zeugen W. [REDACTED] ohne genaue Anweisung gelassen und der Firma E. [REDACTED] ebenfalls jede Belehrung vorenthalten. Ihre Einlassung, sie sei nach dem Kaufvertrage hierzu nicht verpflichtet gewesen, vermag sie angesichts des Wortlauts der mehrfach erörterten Klausel nicht zu entlasten. Es bestehen daher keine rechtlichen Bedenken

dagegen, daß das Berufungsgericht das Verhalten der Klägerin als schuldhaft positive Vertragsverletzung gewürdigt hat.

Ersichtlich hat es auch angenommen, diese Vertragsverletzung sei so schwerwiegend gewesen, daß damit der Vertragszweck gefährdet und der Beklagte ohne weitere Mahnungen und ohne Fristsetzung zum Rücktritt berechtigt gewesen sei. Auch hier ist dem Berufungsgericht ein Rechtsirrtum nicht unterlaufen. Es konnte für seine Auffassung alle bereits im einzelnen erörterten Umstände heranziehen, daß nämlich die Verlegung von Febolit in der damaligen Zeit ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitete, daß namhafte Firmen und so auch die von der Klägerin selbst vermittelte Firma W. [REDACTED] noch ohne Erfahrungen hinsichtlich der Febolitverlegung waren, und daß die Beklagte mehrfach auf die Schwierigkeiten hingewiesen hat, ohne daß die Klägerin Veranlassung genommen hätte, in durchgreifender Weise Abhilfe zu schaffen. Gerade wenn die Klägerin ihrem Vortrage im Rechtsstreit entsprechend der Überzeugung war, daß ihr Material einwandfrei verlegt werden konnte, wäre es ihre Pflicht gewesen, dort wo sich wegen der Neuheit des Belags Schwierigkeiten zeigten, umgehend mit Rat und Hilfe einzugreifen. Angesichts der einer endgültigen Ablehnung gleichkommenden Einstellung der Klägerin, auf die das Berufungsgericht, wie sich aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, ohne Rechtsverstoß insbesondere auch aus dem Umstand geschlossen hat, daß die Klägerin unverzüglich auf das Schreiben des Beklagten vom 8. Oktober hin die Kaufpreisklage erhoben und im Schreiben vom 11. Oktober 1952 dem Beklagten mitgeteilt hat, im Prozeß werde sich zeigen, daß sein Verlangen unberechtigt sei, war weder ein weiteres Zuwarten des Beklagten noch eine Fristsetzung erforderlich. Der Zweck des Vertrages vom 18. September 1952, der nach dem Willen beider Parteien darin bestand, daß die Verlegung des Febolits innerhalb acht Tagen in sachlich einwandfreier Weise durchgeführt werde, war damit vereitelt. Der Rücktritt des Beklagten ist nach alledem begründet.

Er erlaßte, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, den Kaufvertrag im ganzen und beschränkte sich nicht etwa auf den Teil der Ware, dessen Verlegung mißlungen war, bzw. noch ausstand. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß nach den übereinstimmenden Bekundungen der Zeugen G. und B. die Verlegung wenigstens in einem Zimmer gelungen gewesen sei, kann keinen Erfolg haben. Die Revision weist hier vergeblich darauf hin, für den Beklagten habe keine Veranlassung bestanden, den Belag auch in diesem Zimmer herauszureissen und der Klägerin zur Verfügung zu stellen. Selbst wenn der Belag in einem Zimmer nicht zu beanstanden gewesen sein sollte, so war es dem Beklagten, der sich unbestritten einen anderen Bodenbelag beschafft hat, nicht zuzumuten, den Belag der Klägerin in einem Zimmer zu belassen. Das brauchte er schon deshalb nicht, weil er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erhebliche Zweifel hegen mußte, ob der Belag halten werde. Nach Treu und Glauben durfte er außerdem sein Interesse, alle Räume des Hotels einheitlich mit ein und demselben Material auszustatten, verfolgen und damit auch den Belag des Zimmers, dessen Verlegung nach der Bekundung der Zeugen gelungen sein soll, entfernen und der Klägerin zur Verfügung stellen.

2. Ohne Erfolg bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Beklagte die Verantwortung dafür trage, daß die Firma E. vorzeitig d.h. ohne Rücksicht auf den ungenügenden Baufortschritt mit der Verlegung begonnen und auch im übrigen unfachgemäß gearbeitet habe. Sie meint, dieser Umstand hätte unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB gewürdigt werden und hätte das Berufungsgericht dahin führen müssen, allenfalls ein auf einen Teil des Kaufpreises beschränktes Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten anzunehmen.

Beide von der Revision dem Beklagten angelasteten Umstände sind, wie bereits erörtert, für die Frage, ob sich

die Klägerin einer den Beklagten zum Rücktritt berechtigende positive Vertragsverletzung schuldig gemacht hat, nicht von Erheblichkeit. Selbst wenn ein Teil des Belages durch falsche Verlegearbeit, möglicherweise auch durch Störungen, die auf die übrigen Bauarbeiten zurückzuführen sind, zusammen mit der Notwendigkeit, den Belag wieder loszureissen, gebrauchsunfähig geworden sein sollte, und wenn der Beklagte diesen Umstand zu vertreten hätte, könnte das nicht zur Folge haben, daß der Beklagte nur zu einem Teile vom Vertrage hätte zurücktreten können. Die Revision übersieht, daß sich die Vertragsverletzung auf den einheitlichen Kaufvertrag im ganzen ausgewirkt hat, und daß auch bei ordnungsgemäßer Arbeit die Lieferung der Klägerin ohne gleichzeitige Beratung für den Beklagten ohne Nutzen gewesen wäre. Sollte, wie die Revision anführt, bei der Beschädigung des Materials ein Verschulden des Beklagten im Sinne des § 254 BGB mitgewirkt haben, so hätte dieser vor der Rücktrittserklärung liegende Umstand allenfalls im Rahmen der §§ 347, 351 BGB erheblich sein können, wonach der vom Rücktrittsberechtigten zu vertretende Untergang eines wesentlichen Teiles der Ware den Ausschluß des Rücktritts zur Folge hat (§ 351 BGB) oder eine Schadensersatzpflicht nach sich zieht (§ 347) BGB). Die Voraussetzungen des § 351 BGB liegen aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht vor. Selbst wenn man den Zustand nach der Loslösung des Belags seiner völligen Zerstörung gleichsetzen wollte, so handelte es sich doch bei dem bereits verlegten Material nur um einen geringen Teil des Gesamtvorrats (Berufungsurteils S. 15). In einem solchen Falle kommt aber nicht die Bestimmung des § 351 BGB, sondern allenfalls die Vorschrift des § 347 BGB zur Anwendung, die bei schuldhafter Verschlechterung eine Schadensersatzpflicht des Herausgabepflichtigen normiert (Palandt BGB 19. Aufl. § 351 Anm.1). Das Berufungsgericht hat den letzteren Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der Frage erörtert, ob sich die Klägerin darauf berufen könne, daß nicht nur das bereits verlegt gewesene Material,

sondern auch die übrige Ware durch mangelhafte Aufbewahrung gelitten habe. Es hat erwogen, der Belag sei zum größten Teil bereits zugeschnitten gewesen und habe schon aus diesem Grunde im Jahre 1952 nur noch einen begrenzten Wert für die Klägerin gehabt; der ganze Vorrat sei aber inzwischen, weil die Gebrauchstüchtigkeit und Unverschmutzbarkeit des Febolit im Zuge der Gesamtentwicklung der PVC-Beläge verbessert worden sei, für die Klägerin vollends unverkäuflich und damit wertlos geworden. Deshalb, so hat es gefolgert, könne die Klägerin der Rücktrittserklärung des Beklagten auch nicht mit der Einrede der Arglist begegnen.

Angesichts dieser Erwägungen geht zunächst der Hinweis der Revision fehl, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß es sich insoweit um eine Replik der Klägerin gegen die vom Beklagten erhobene Einwendung des Rücktritts handele. Die Revision kann aber auch mit dem weiteren Vorbringen keinen Erfolg haben, daß die nach der Rücktrittserklärung des Beklagten der Klägerin erwachsenen Ansprüche aus § 985 ff der Berufung auf den Rücktritt entgegenständen, und daß das Berufungsgericht diese Ansprüche daher im einzelnen hätte untersuchen müssen.

Der Revision ist zuzugeben, daß der Klägerin ein Anspruch auf Rückgewähr ihrer Leistung zusteht. Ein solcher Anspruch unterfällt, da sich der Rücktritt nicht auf einen durch Vertrag eingeräumten Vorbehalt im Sinne des § 346 BGB, sondern auf eine positive Vertragsverletzung der Klägerin stützt, grundsätzlich dem Bereicherungsrecht (RGZ 116, 380; 130, 119, 123). Ob dieser Grundsatz auch hier Platz greift, oder ob die Klägerin im Hinblick auf den von ihr behaupteten Eigentumsvorbehalt ihren Anspruch auf § 985 ff BGB stützen kann, mag indes dahinstehen. Denn sie hat, was die Revision nicht berücksichtigt, in dem vorliegenden Rechtsstreit weder einen Bereicherungsanspruch noch einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht. Etwas anderes wird von der Revision

nicht einmal behauptet. Die Geltendmachung ergibt sich auch nicht etwa daraus, daß die Parteien darüber gestritten haben, ob der bei dem Spediteur R. in Verwahrung gegebene Febolitvorrat teilweise verschwunden und teilweise verdorben sei, und ob der Beklagte diesen Umstand zu vertreten habe. Die Klägerin hat zwar vorgetragen, von den ca. 1500 qm Febolit seien bei einer Besichtigung ihres Angestellten B. nur noch 400 qm vorhanden gewesen, der größere restliche Teil des Vorrats sei jedoch verschwunden gewesen; die 400 qm seien infolge mangelhafter Aufbewahrung derartig verrottet, daß ihnen allenfalls noch der Wert einer Abfallware zukomme; den restlichen Teil habe der Spediteur veräußert, um sich wegen seiner Forderungen gegen den Beklagten aus dem Hotelneubau in Höhe ^{von} ca. 4000 DM bezahlt zu machen. Beide Umstände habe, so hat die Klägerin ausgeführt, der Beklagte zu vertreten. Aus diesem von dem Beklagten bestrittenen Sachverhalt hat sie jedoch lediglich den Schluß gezogen, die vom Beklagten erklärte Wandlung sei gemäß § 351 BGB wegen des vom Beklagten verschuldeten Untergangs der zurückzugewährenden Leistung ausgeschlossen. Dem Wandlungsbegehren gegenüber hätte sich die Klägerin auch auf eine nachträgliche Verschlechterung der Ware oder auf eine Unmöglichkeit der Herausgabe, ein Verschulden des Beklagten vorausgesetzt, berufen können (§§ 467, 351 BGB). Denn die Wandlung wäre erst mit einem etwaigen Einverständnis der Klägerin vollzogen gewesen. Nachdem das Berufungsgericht aber rechtsirrtumsfrei die Voraussetzungen für eine Wandlung verneint und in den Erklärungen des Beklagten zutreffend einen Rücktritt gesehen hat, § 351 BGB aber auf Ereignisse die nach der Rücktrittserklärung liegen, nicht anwendbar ist, hätte dieses ganze Vorbringen, was die Revision auch nicht verkennt, nur noch Bedeutung gewinnen können, wenn die Klägerin hieraus einen Schadensersatzanspruch hergeleitet hätte, den sie dann aber auch in den Rechtsstreit hätte einführen müssen.

Die in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen beschränken sich, wie bereits ausgeführt, darauf, daß nach der eigenen Erklärung der Klägerin bereits verwendetes und herausgerissenes Febolit des Jahres 1952 nur noch Abfallwert habe, und daß nach Ansicht des Berufungsgerichts auch der übrige Teil nach soviel Jahren keinen Verkaufswert mehr besitze. Die Feststellungen enthalten dagegen nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin Ersatz eines etwaigen Schadens beanspruche, noch daß der Schaden irgendwie beziffert worden wäre. Auch die Revision enthält sich in dieser Beziehung der Rüge, das Berufungsgericht habe ein bestimmtes Vorbringen der Klägerin übersehen. Bei dieser Sachlage hatte das Berufungsgericht aber keine Veranlassung, in Erwägung zu ziehen, die Klägerin wolle ihren auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete Klage hilfsweise auf eine von ihr angenommene Verpflichtung des Beklagten stützen, ihr für die zurückzugewährende Ware Ersatz zu leisten. Das Berufungsgericht brauchte auch nicht, wie die Revision als Verletzung des § 139 ZPO rügt, die Klägerin auf die Möglichkeit hinzuweisen, einen neuen Anspruch zur hilfsweisen Begründung des Klageanspruchs in den Rechtsstreit einzuführen, da die Klägerin durch Anwälte vertreten war, so daß sie dieses Hinweises nicht bedurfte, zumal ihr die Geltendmachung eines solchen Anspruchs durch die Nichtberücksichtigung in diesem Rechtsstreite nicht abgeschnitten ist.

Bei dieser Sachlage ist für die vom Berufungsgericht verneinte Einrede der Arglist, die es ersichtlich im Hinblick auf das erörterte Vorbringen der Klägerin erwogen hat, kein Raum. Andere Tatsachen als sie der Begründung des Tatbestandes aus § 351 BGB dienen könnten, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Der Rücktritt hätte daher nur unter diesen Voraussetzungen ausgeschlossen sein können. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch aus §§ 347, 987 ff BGB vermag aber eine Einrede der Arglist nicht zu stützen, da insofern, wie bereits erörtert, nur eine Hilfsbegründung

der Klage in Betracht gekommen wäre, die Klägerin einen Schadensersatzanspruch außerdem nicht in den Rechtsstreit eingeführt hat.

V. Nach alledem ist die Klage aus keinem rechtlichen Gesichtspunkte begründet. Die Revision der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

VI. Der Antrag des Beklagten, die Klägerin zur Rückzahlung des im Vollstreckungsweg erlangten Geldbetrages zu verurteilen, kann sich auf § 717 Abs.2 ZPO stützen. Er kann auch noch in der Revisionsinstanz, und zwar auch dann gestellt werden, wenn er schon im Berufungsrechtszuge möglich war (RGZ 34, 385; Baumbach-Lauterbach ZPO 25. Aufl. § 717 Anm. 3 B).

Da es jedoch noch einer Substantiierung des zurückverlangten Betrages und einer Begründung der Zinshöhe sowie einer Stellungnahme seitens der Klägerin bedarf, hat sich der erkennende Senat auf den Erlaß eines Teilurteils beschränkt, durch das die Revision zurückgewiesen wird.

Dr. Pagendarm

Bundesrichter Artl. ist
beurlaubt und ortsabwesend;
er ist an der Leistung der
Unterschrift verhindert.

Dr. Dorschel

Dr. Pagendarm

Dr. Messner

Bundesrichter Dr. Mezger
ist beurlaubt und ortsabwesend;
er ist an der Leistung der
Unterschrift verhindert.

Dr. Pagendarm