

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 95/69

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

18. Februar 1970

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Edgar G. [REDACTED] als Alleininhaber
der Firma M. [REDACTED] Edgar G. [REDACTED] in S. [REDACTED] a.d. B. [REDACTED]/
U. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G. E. [REDACTED] G. Martin W. [REDACTED] KG, ver-
treten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Martin W. [REDACTED], in H. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 1. April 1969 insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten gegen die Abweisung der Widerklage zurückgewiesen und ihm mehr als 9/14 der Kosten des ersten und des zweiten Rechtszuges auferlegt hat. Im übrigen wird die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Im Umfange der Aufhebung des Berufungsurteils wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Widerklage an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte trägt 9/14 der Kosten des Revisionsverfahrens. Die Entscheidung über die übrigen Kosten dieses Rechtszuges wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 26. April 1966 schloss die Klägerin, die auf dem Gebiet der Fernsteuerungstechnik tätig war, mit dem Beklagten einen schriftlichen Vertrag, in dem sich dieser

- 3 -

verpflichtete, von der Klägerin 5 000 Induktiv-Fernsteuergoräte zur fernsteuerbaren Einschaltung des mechanischen Antriebs von Garagentoren bis zum 31. Mai 1967 auf Grund von Einzelbestellungen über mindestens 250 Stück abzunehmen. Die Liefertermine sollten so festgelegt werden, daß bis 30. September 1966 mindestens 1 000 Geräte und bis 31. Dezember 1966 mindestens 2 000 Geräte abgenommen werden. Die Lieferung sollte nicht später als Juli 1966 beginnen. Im § 3 des Vertrages räumte die Klägerin dem Beklagten das "Exklusivrecht für den gesamten Bauausrüstungssektor im Inland auf Zulieferung der Induktiv-Fernsteuergeräte" zum Antrieb von Garagentoren bis zum 31. März 1967 ein. Die Klägerin verpflichtete sich, für die Dauer des Exklusivrechts keine derartigen Geräte zur Betätigung von Garagentoren an Dritte zu vertreiben oder vertreiben zu lassen. Für die Gewährung des Exklusivrechts zahlte der Beklagte an die Klägerin die in § 4 des Vertrages vereinbarte Garantiesumme von 10 000,- DM. In § 5 des Vertrages wurde bestimmt, daß die Vereinbarung kündbar sei, wenn der andere Vertragspartner eine Bestimmung des Vertrages verletzt.

Der Beklagte bestellte mit Schreiben vom 25. Mai 1966 250 Fernbedienungen für Garagentore einschließlich Sender und Empfänger. Davon sollten 50 Stück in Sonderausführung bis spätestens 1. Juli 1966 geliefert werden. In einer Besprechung mit dem von der Klägerin zum Beklagten entsandten Ingenieur K am 7. Juni 1966 äußerte der Beklagte eine Reihe von Wünschen über die technische Ausführung des Gerätes, deren Erfüllung weitere



Entwicklungsarbeiten notwendig machte. Der Beklagte sollte hierfür ein Gehäuse entwickeln, das in seinen Abmessungen der Platine, einer Kunststoffplatte mit elektrischen Aufbauteilen, genau entsprach. Am 30. Juni 1966 erhielt die Klägerin das von dem Beklagten zur Verfügung zu stellende Gehäuse. Am 11. Juli 1966 übergab sie dem Beklagten die von ihr hergestellte Musterplatine, die nach dem ihr zur Verfügung gestellten Getriebegehäuse angefertigt worden war. Am 14. Juli 1966 gab der Beklagte telefonisch das Modell zur Fertigung frei.

Mit Schreiben vom 4. August 1966 mahnte er die Lieferung an. Die Klägerin lieferte darauf am 17.8.1966 die ersten 50 Gerätesätze, für die sie einen Preis von 126,- DM pro Stück verlangte. Mit diesem Preis erklärte sich der Beklagte erst nach weiteren Verhandlungen hierüber für die ersten 500 Gerätesätze einverstanden. Am 10. September 1966 lieferte die Klägerin weitere 50 Geräte. Am 29. September 1966 verhandelten die Parteien über ihr Vertragsverhältnis in Hamburg. Der Beklagte erstrebte dabei die Auflösung des Vertrages vom 26. April 1966. Er machte u.a. geltend, daß er durch unzureichende Belieferung mit Fernsteuergeräten in Schwierigkeiten geraten sei, und teilte ferner mit, die gelieferten Fernbedienungen seien gewissen Fremdstörungen (Störungen durch andere Kraftfahrzeuge) gegenüber empfindlich, so daß es zu Ausfällen gekommen sei. Trotz dieses Fehlers erklärte sich der Beklagte bereit, noch 150 Geräte in der jetzigen Ausführung abzunehmen. Die Klägerin versprach Lieferung bis 30. Oktober 1966. Eine Einigung über Auf-

lösung des Vertrages kam nicht zustande. Der Beklagte stellte weitere Bestellungen in Aussicht. Die Klägerin wollte bemüht sein, das Gerät zu verbessern, um den Einfluß von Fremdstörungen zu vermindern.

Am 17. Oktober 1966 übersandte die Klägerin durch Eilboten mit einem Anschreiben dem Beklagten ein Gerät mit einer geänderten Schaltung und erklärte sich bereit, die Mehrkosten dieser Ausführung sowie die Kosten für die Änderung der Platine zu tragen. Die noch bei ihr lagernden 150 Geräte würden entsprechend umgebaut werden, sobald die Stellungnahme des Beklagten zu dem ihm übersandten Muster eingegangen sei. Eine Verzögerung in der Auslieferung entstehe durch die Änderung nicht.

Der Beklagte nahm zu diesen Vorschlägen gegenüber der Klägerin keine Stellung, sprach jedoch hierüber mit dem Ingenieur K. in einem Telefongespräch am 19. oder 20. Oktober 1966 (BU S. 24). Die zum 30.10.1966 vorgesehene Lieferung der 150 Geräte kam nicht zur Ausführung.

Durch Schreiben des vom Beklagten beauftragten Rechtsanwalts vom 22. Dezember 1966 focht dieser den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an und kündigte ihn vorsorglich.

Die Klägerin forderte darauf mit der Anfang Januar 1967 erhobenen Klage Zahlung von 18 900,- DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Lieferung von 150 Induktiv-Fernsteuergeräten. Der Beklagte trat diesem Anspruch entgegen und verlangte im Wege der Widerklage Rückzahlung der für das Exklusivrecht geleisteten 10 000,- DM nebst Zinsen.

Das Landgericht entsprach dem Klageantrag unter Ablehnung des Zinsanspruchs, soweit er 5 % überstieg, und wies die Widerklage ab.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er die volle Abweisung der Klage erstrebt und die Widerklage weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Der Beklagte hat den Standpunkt vertreten, zur Lieferung der 150 Geräte in der bisherigen ihm am 29. September 1966 bekannten Ausführung sei die Klägerin unabhängig davon verpflichtet gewesen, ob er die abgeänderte Ausführung für die Zukunft billigen werde oder nicht. Da die Klägerin nicht vereinbarungsgemäß bis zum 30. Oktober 1966 geliefert habe, sei ihr Anspruch auf Erfüllung der Vereinbarung erloschen. Sie sei mit der Lieferung in Verzug gewesen, wäre auch zur rechtzeitigen Lieferung nicht in der Lage gewesen. An einer Lieferung dieser Geräte sei er, der Beklagte, nicht mehr interessiert.

Das Berufungsgericht hat den Ingenieur K., der bereits im ersten Rechtszuge als Zeuge vernommen worden war, vernommen und den Komplementär der Klägerin sowie den Beklagten gem. § 141 ZPO gehört. Unter Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme und des Vorbringens der Parteien gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis,

daß der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der 150 Geräte noch bestehe. Dazu legt es dar: Zugunsten des Beklagten möge davon ausgegangen werden, daß die Klägerin mit der Lieferung der streitigen 150 Geräte in Verzug gewesen sei. Deshalb sei für den Beklagten jedoch noch kein Recht zum Rücktritt oder zur Kündigung hinsichtlich dieses Vertragsteiles oder des gesamten Vertrages, soweit er noch nicht abgewickelt ist, entstanden. Ein Lösungsrecht des Beklagten scheitere daran, daß er die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB nicht gewahrt habe; er habe es unterlassen, der Klägerin eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Die vereinbarte Lieferfrist zum 30. Oktober 1966 ändere an dieser Beurteilung nichts. Der Beklagte habe selbst nicht behauptet, daß er die Geräte einige Tage nach Ablauf dieser Frist nicht mehr hätte verwenden können. Eine Nachfristsetzung mit einer Ablehnungsandrohung hätte hier zu einer notwendigen Klärung der beiderseitigen Beziehungen geführt. Denn für die Klägerin sei nicht ersichtlich gewesen, welche Haltung der Beklagte nunmehr einzunehmen gedachte. In dem Telefongespräch, das K. [REDACTED] etwa am 19. oder 20. Oktober 1966 mit dem Beklagten geführt habe, habe dieser sich zu dem Wunsch der Klägerin, das verbesserte Gerät zu billigen, nicht eindeutig geäußert; er habe auch nicht erklärt, die 150 Geräte sollten trotz der Verbesserungsversuche der Klägerin noch in der ursprünglichen Form geliefert werden. Die Klägerin habe danach nicht davon ausgehen können, daß eine Belieferung des Beklagten mit den Geräten der bisherigen Ausführung wirklich in seinem Sinne liegen könne. Sie habe vielmehr annehmen dürfen, daß sie dem Beklagten mit diesen Geräten keinen guten Dienst er-

weisen würde. Ihre Störanfälligkeit sei nicht nur nach der Aussage K■■■■s, sondern auch nach dem Vorbringen des Beklagten noch so groß gewesen, daß er nicht in der Lage gewesen wäre, damit den Erwartungen seiner Abnehmer zu entsprechen, was im Ergebnis zu einem Rückgang seiner Geschäfte und auch zu einer Belastung des Verhältnisses zwischen den Parteien geführt hätte. Die Klägerin habe davon ausgehen dürfen und müssen, daß sich auch der Beklagte über diese Problematik im klaren gewesen sei. Sie habe deshalb seine in dieser Richtung negative Reaktion auf das Schreiben vom 17. Oktober 1966 und auf die telefonische Anfrage K■■■■s an einem der folgenden Tage nicht ohne weiteres als das letzte Wort des Beklagten in dieser Angelegenheit ansehen müssen. Auf den Bericht Kichns über Inhalt und Verlauf des Telefongesprächs habe der Komplementär der Klägerin erklärt, es solle abgewartet werden, ob sich der Beklagte nicht doch noch äußern werde. Da diese Erklärung ausblieb, sei die Lieferung der 150 Geräte in der Schwebe geblieben. Hier- nach könne die Klägerin noch Zahlung des unstreitigen Kaufpreises Zug um Zug gegen Lieferung der 150 Geräte beanspruchen.

II. Die Revision macht demgegenüber geltend, die Klägerin sei überhaupt nicht in der Lage gewesen, ein für die Zwecke des Beklagten geeignetes Fernsteuergerät zu liefern. Aus diesem Grunde habe er am 29. September 1966 die Auflösung des Vertrages gewünscht. Damit habe der Beklagte das vertragliche Recht zur fristlosen Beendigung des Vertrages ausgeübt. Unabhängig davon habe sich der

Beklagte zur Abnahme der restlichen 150 Geräte auf Grund der Bestellung vom 25. Mai 1966 noch bereiterklärt und mit der Klägerin abgesprochen, daß sie die Möglichkeit untersuchen werde, durch zusätzlichen Aufwand ein möglichst betriebssicheres Gerät zu liefern. Dadurch, daß die Klägerin die 150 Geräte nicht geliefert habe, habe sie den Vertrag vom 29. September 1966 verletzt. Ihr Verzug habe den Vertragszweck für den Beklagten derart gefährdet, daß ihm die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne. Zum Schreiben vom 17. Oktober 1966 habe sich der Beklagte nicht zu äußern brauchen. Es sei vielmehr Sache der Klägerin gewesen, fristgerecht zu liefern. In der Folgezeit habe sie nichts mehr von sich hören lassen. Am 28. Dezember 1966 habe sie die angeblich vorhandenen Geräte an die Firma A. zurückgegeben, sei also von diesem Zeitpunkt ab weder lieferbereit noch lieferfähig gewesen. Darüberhinaus entfalle die Pflicht zur Fristsetzung auch deshalb, weil die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges der Klägerin für den Beklagten ohne Interesse sei.

Diese Angriffe gegen das Berufungsurteil enthalten indes kein durchgreifendes Bedenken gegen die tatsächliche Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht und die rechtliche Beurteilung zur Klage.

1. Nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe auf Grund ihres Schreibens vom 17. Oktober 1966 zunächst abwarten dürfen, ob sich der Beklagte für eine Belieferung mit dem geänderten

Gerät an Stelle der vereinbarten Lieferung von 150 Stück in der bisherigen Ausführung entscheiden werde. Wenn der Beklagte sich dazu nicht äußerte, so blieb die Lieferungsvereinbarung vom 29. September 1966 über den 30. Oktober 1966 hinaus in der Schwebe. Das passive Verhalten des Beklagten läßt den Schluß zu, daß er auf die Belieferung mit 150 Geräten alter Ausführung und auch auf Lieferung in der geänderten Ausführung keinen Wert mehr legte. Unter diesen Umständen ist auch der Klägerin nicht anzulasten, wenn sie nach dem 30. Oktober 1966 den Beklagten nicht zu einer erneuten Stellungnahme aufforderte. Er war durch das Telefongespräch mit dem Ingenieur K. darüber unterrichtet worden, daß die Klägerin zur Lieferung der 150 Geräte in alter Ausführung bereit sei. Nunmehr hätte er sich darüber erklären müssen, in welcher Weise er noch beliefert zu werden wünsche.

2. Der Anspruch der Klägerin auf Abnahme und Bezahlung der 150 Geräte erlosch auch nicht dadurch, daß die Klägerin die 150 Geräte, die sie im Oktober 1966 zur Lieferung an den Beklagten vorgesehen hatte, im Dezember der Firma A. zurückgegeben haben soll. Denn dadurch wurde es der Klägerin nicht unmöglich, den Beklagten in angemessener Frist mit Geräten in der alten oder in der geänderten Ausführung zu beliefern. Der Komplementär der Klägerin wurde bei seiner Anhörung am 11. Dezember 1968 auch über die Lieferfähigkeit befragt. Er hat dazu erklärt, er habe die 150 Geräte, deren Bezahlung er in diesem Rechtsstreit fordere, lieferbereit liegen.

3. Auch die Kündigungsklausel in § 5 des Vertrages begründete für den Beklagten kein Recht zur Lösung von der Vereinbarung vom 29. September 1966. Ein solches Recht ist ihm schon deshalb nicht entstanden, weil er es unterlassen hat, der Klägerin eine Entscheidung darüber mitzuteilen, ob die 150 Geräte in alter oder neuer Ausführung geliefert werden sollen.

III. Den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des für das Exklusivrecht gezahlten Betrages von 10 000,- DM stützte der Beklagte darauf, daß die Klägerin nicht in der Lage gewesen sei, ihn mit einem tauglichen Fernsteuergerät zu beliefern. Deshalb habe das Exklusivrecht für ihn keinen Wert gehabt. Über ihre Leistungsfähigkeit habe die Klägerin den Beklagten getäuscht.

Das Berufungsgericht hat die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung über die Lieferfähigkeit nicht für begründet erachtet. Es legt ferner dar, der Beklagte habe jedenfalls zur Zeit keinen Anspruch auf Rückzahlung der Garantiesumme von 10 000,- DM. Es liege beim Beklagten, den Vertrag, der noch verbindlich sei, zu erfüllen. Daß die Klägerin lieferunfähig gewesen sei, vermöge der Senat nicht festzustellen.

1. Entgegen der Auffassung der Revision ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht den Verhandlungen zwischen den Parteien vom 29. September 1966 keine Kündigung des Vertrages vom 26. April 1966 entnommen hat. Der Beklagte erstrebte zwar nach dem un-

streitigen Sachverhalt eine Lösung des Vertrages und eine Vereinbarung über die Rückzahlung der Garantiesumme. Eine solche Vereinbarung ist jedoch nicht zustande gekommen, sondern nach der Erklärung des Komplementärs der Klägerin einem späteren Zeitpunkt vorbehalten worden. Gerade der Umstand, daß die Klägerin weiter bemüht sein sollte, die Störanfälligkeit des Gerätes zu beseitigen, und daß der Beklagte, wie unbestritten ist, am 29. September 1966 dann noch weitere Bestellungen für ein verbessertes Gerät in Aussicht stellte, spricht dagegen, daß er das ursprünglich vereinbarte Vertragsverhältnis gekündigt hat.

2. Die Kündigung vom 22. Dezember 1966 hatte schon das Landgericht nicht als geeignet angesehen, einen Anspruch auf Rückzahlung der Garantiesumme zu rechtfertigen. Es ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß auch das Berufungsgericht diese Kündigung nicht als gerechtfertigt angesehen hat. Ein verfahrensrechtlicher Fehler ist dem Berufungsgericht insoweit nicht vorzuwerfen.

Die Revision behauptet, die Klägerin habe sich nicht an die Verpflichtung gehalten, ausschließlich an den Beklagten zu liefern. Dem Streitstoff sei zu entnehmen, daß sie das Exklusivrecht des Beklagten verletzt habe. Im Parteivortrag des Beklagten in den Vorinstanzen ist indes ein entsprechender Vorwurf nicht enthalten. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin in der Lage gewesen sei, allein durch die für sie tätige Firma P. täglich rund 50 Geräte - für einen anderen Verwendungszweck - herzustellen, die für

die Firma Braun in Nürnberg bestimmt gewesen seien. Nach dem Vertrage war es der Klägerin möglich, Fernsteuergeräte an andere Firmen zu liefern, ohne daß hierdurch das auf Garagentore beschränkte Exklusivrecht des Beklagten verletzt wurde. Wenn die Klägerin Fernsteuergeräte an die Firma B. geliefert hat, so ergibt sich daraus noch nicht, daß sie ihr auch Fernsteuergeräte für Garagentore geliefert hat. Das Berufungsgericht war nach dem ihm unterbreiteten Streitstoff nicht verpflichtet, die Frage einer Verletzung des Exklusivrechts durch die Klägerin weiter zu erörtern.

3. Dagegen hat sich das Berufungsgericht nicht rechtlich einwandfrei mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Klägerin dem Beklagten ein dem Vertragszweck entsprechendes Gerät in angemessener Zeit und in dem Umfange hätte liefern können, wie dies in dem Vertrag vom 26. April 1966 vorausgesetzt war.

Die Revision macht geltend, wie die Entwicklung gezeigt habe, sei die Klägerin nicht in der Lage gewesen, vertragsgemäß zu liefern. Etwaige Abrufe des Beklagten hätten die Lieferunfähigkeit der Klägerin nur noch deutlicher werden lassen, als sie bereits in Erscheinung getreten sei. Das, was sich die Parteien bei Abschluß des Vertrages vorgestellt hätten, habe nicht realisiert werden können. Deshalb sei die Geschäftsgrundlage des Vertrages entfallen.

Das Berufungsgericht meint, der Vertrag sei nach wie vor verbindlich und es liege beim Beklagten, ihn seinerseits zu erfüllen. Ein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung der Garantiesumme komme zumindest gegenwärtig nicht in Betracht.

Soweit sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf die Lieferfähigkeit der Klägerin bezieht, ist jedoch nicht ausreichend in Betracht gezogen, ob die Klägerin auch in der Lage war, der Beklagten ein für ihre Zwecke geeignetes Gerät in einem Umfang zu liefern, der den Bedarf des Beklagten im Rahmen des Vertrages deckte. Es ist nicht möglich, von einer Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme weiterer Geräte auszugehen, ohne die Tauglichkeit der Geräte für den Vertragszweck, die von dem Beklagten jedenfalls hinsichtlich der gelieferten Geräte in Zweifel gezogen war, in Betracht zu ziehen. Inwieweit es gelungen war, die Störanfälligkeit so herabzusetzen, daß mit einer Lieferung von Geräten in der verbesserten Form der Vertragszweck noch hätte erreicht werden können, ist nicht geklärt, jedenfalls enthält das Berufungsurteil darüber keine Feststellungen. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei allein dafür verantwortlich, daß keine weiteren Geräte bei der Klägerin abgerufen wurden, und es liege bei ihm, den noch verbindlichen Vertrag zu erfüllen, entbehrt daher einer ausreichenden Begründung.

Es ist auch unklar, welche Erwägungen der Ansicht des Berufungsgerichts zugrunde liegen, daß der Beklagte zumindest gegenwärtig keinen vertraglichen Anspruch auf

Rückzahlung der Garantiesumme habe. Anscheinend hält das Berufungsgericht es für möglich, daß ein solcher Rückforderungsanspruch noch später entstehen könnte, wenn die Klägerin nicht in der Lage sein sollte, den Beklagten vertragsgemäß mit weiteren Geräten zu beliefern. Auch diese Erwägung geht daran vorbei, daß es an einer ausreichenden Begründung dafür fehlt, die Klägerin wäre noch in der Lage gewesen, dem Beklagten ein für den Vertragszweck volltaugliches Gerät zu liefern. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Exklusivrecht, für das die Garantiesumme gezahlt wurde, zunächst nur für die Zeit bis 31.3.1967 gewährt worden war und daß bis 31.5.1967 insgesamt 5 000 Geräte geliefert und abgenommen werden sollten. Ob die Klägerin zu einer Lieferung in diesem Umfang bis 31.5.1967 überhaupt in der Lage war, ist nicht hinreichend festgestellt. Soweit das Berufungsgericht zur Lieferfähigkeit auf Ausführungen unter Abschn. I der Entscheidungsgründe verweist, ist dieser Hinweis deshalb nicht ausreichend, weil es sich dort nur um die Lieferfähigkeit hinsichtlich der 150 Geräte handelt, deren Bezahlung mit der Klage verlangt wird.

Ob dem Beklagten ein Anspruch auf volle oder teilweise Rückzahlung des Betrages von 10 000,- DM zusteht, kann abschließend erst beurteilt werden, wenn die Lieferfähigkeit der Klägerin in obigem Sinne ausreichend geklärt und festgestellt ist. Diese Frage bedarf einer Prüfung durch den Tatrichter. Deshalb muß das Berufungsurteil, soweit es die Widerklage betrifft, aufgehoben werden.

IV. Zusammenfassend ergibt sich, daß die Revision als unbegründet zurückgewiesen werden muß, soweit sie sich gegen die Klage richtet. Dagegen war das Berufungsurteil insoweit ^{aufzuheben.} als es die Abweisung der Widerklage durch Zurückweisung der

Berufung des Beklagten bestätigt hat. Insoweit war auch die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts aufzuheben. Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte 9/14 zu tragen, während die Entscheidung über die übrigen Kosten dieses Rechtszuges dem Berufungsgericht vorbehalten bleibt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Mormann