

VIII ZR 96/58

Verkündet am 16. Juni 1959
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2337 009

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns John H. K [REDACTED], Inhabers der Firma
S [REDACTED] Trading in M [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Rudolf K r [REDACTED], Schreibmaschinen- und Büro-
maschinenhandel in M [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr.Großmann und der Bundesrichter
Dr.Gelhaar, Artl, Dr.Spieler und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7.Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in München vom 30. April
1958 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Kaufvertrag vom 5. März 1955 verkaufte der Beklagte der Klägerin zum Stückpreis von 45 DM ca. 1400 gebrauchte amerikanische Schreibmaschinen und andere Büromaschinen, wovon ca. 1300 Schreibmaschinen verschiedener Fabrikate geliefert werden sollten, während der Rest in Addiermaschinen, Rechenmaschinen und Vervielfältigungsgeräten (Duplikationsmaschinen) bestehen sollte. In dem Vertrage garantierte der Beklagte, daß höchstens 5 % der Maschinen nicht mehr verkaufsfähig seien, sollte ein erheblich höherer Teil der Maschinen z.B. gebrochen, verrostet oder unvollständig sein, so sollte der Beklagte den 5 % übersteigenden Teil übernehmen oder von einer Berechnung hierfür absehen. Ferner heißt es in dem Vertrag, die Maschinen seien abholbereit und müßten schnellstens abtransportiert werden; sie sollten innerhalb von 14 Tagen ausgepackt und so zur Schau gestellt werden, daß der Beklagte im Falle einer Nichtabnahme durch die Klägerin sich von dem Zustand der Maschinen überzeugen könne.

Die Klägerin zahlte auf den Kaufpreis 40 000 DM in bar und gab dem Beklagten für den Restbetrag einen Wechsel über 23 000 DM. Sie holte im Lastwagen am 11. und 14. März 1955 insgesamt 1044 Maschinen in Pfaffenhofen bei Roth (Nürnberg) ab und empfing etwas später durch den Spediteur weitere 63 Stück. Mit Schreiben vom 28. März 1955 rügte die Klägerin, von den gelieferten Schreibmaschinen seien 38 Stück völliger Bruch, 67 Stück unvollständig und nicht verkaufsfähig, 236 Stück ohne Walzen und ohne Verkleidung und daher ebenfalls unverkäuflich, von den von ihr übernommenen 61 Stück Büromaschinen seien 10 Stück völliger Bruch und 33 Stück ohne Verkleidung, insgesamt also 43 Stück nicht verkaufsfähig.

Die im Vertrag vorgesehene Besichtigung der ausgepackten und aufgestellten Maschinen durch den Beklagten fand nicht statt.

Am 21. April 1955 erteilte der Beklagte der Klägerin eine Rechnung für 1107 Maschinen über den Betrag von 49 815 DM und sagte der Klägerin zu, ihr 1000 kg Ersatzteile ohne Berechnung zu liefern, aus denen die nicht verkaufsfähigen Maschinen verkaufsfähig gemacht werden sollten. Ferner sollte die Klägerin auf Wunsch weitere 1000 kg Ersatzteile zum Preise von 900 DM erhalten. Gleichzeitig wurde der Wechsel über 23 000 DM an die Klägerin zurückgegeben, während sie dem Beklagten ein Dreimonatsakzept über 9815 DM aushändigte. Die Klägerin löste es am 22. Juli 1955 teilweise und später auch den für den Rest dem Beklagten gegebenen Austauschwechsel ein.

Am 2. Juni 1955 hatte der Beklagte der Klägerin 1818 kg Schreibmaschinenteile zufahren lassen. Die Klägerin lehnte diese Lieferung als völlig ungeeignet ab, entnahm ihr jedoch eine Kiste mit Walzen, die sie dem Beklagten später ebenfalls zur Verfügung stellte.

Durch Schreiben vom 7. Juli 1955 setzte sie dem Beklagten eine Nachfrist bis zum 12. Juli 1955 zur Lieferung der zugesagten 1000 kg Ersatzteile. Der Beklagte ließ die Frist verstreichen. Daraufhin verlangte die Klägerin mit der Klage Rückzahlung des Kaufpreises für 328 unbrauchbare Maschinen in Höhe von 14 760 DM nebst 12 % Zinsen seit Zustellung der Klage.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, 13 725 DM nebst 12 % Zinsen ab 15. September 1955 an die Klägerin zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe von 305 Stück nicht verkaufter Schreib-, Büro- und Vervielfältigungsmaschinen, und hat die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat nur der Beklagte Berufung eingelegt. Er hat, wie schon im ersten Rechtszuge, eingewandt, die Klägerin habe unabhängig von der Zusage, ihr Ersatzteile zu liefern, auf Gewährleistungsansprüche verzichtet.



Sie habe jedenfalls mit dem Schreiben vom 28. März 1955 die Mängel nicht rechtzeitig gerügt. Ferner hat der Beklagte geltend gemacht, die Maschinen seien der Klägerin zum großen Teil in Kisten verpackt geliefert worden, dagegen bei der Besichtigung durch den Sachverständigen unverpackt gelagert gewesen. Für jede fehlende Kiste könne er ihren Wert in Höhe von 10,--DM ersetzt verlangen, insoweit rechne er hilfsweise gegen die Klageforderung mit seinem Ersatzanspruch auf.

Das Oberlandesgericht hat unter Beschränkung des Zinsanspruchs auf 8 % die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt dieser die völlige Abweisung der Klage, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision hatte gerügt, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen. Diese Rüge ist gegenstandslos geworden, weil der Beklagte sie ausdrücklich fallen gelassen hat.

Mit weiteren Rügen behauptet die Revision, das Berufungsgericht habe Verfahrensvorschriften über die Bildung der Entscheidungsgrundlage verletzt. Das Berufungsurteil sei "auf Grund der mündlichen Verhandlung" vom 2. April 1958 erlassen worden, in Wirklichkeit seien aber in diesem Termin nach der Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht und Überreichung einer Urkunde durch den Prozeßvertreter des Klägers ausweislich des Sitzungsprotokolls lediglich die in der mündlichen Verhandlung vom 13. Februar 1957 gestellten Sachanträge wiederholt worden, worauf das Gericht den Verkündungstermin angesetzt habe. Die Stel-

lung der Sachanträge allein sei keine mündliche Verhandlung im Sinne der §§ 128, 137 ZPO. Eine solche habe auch in dem Termin am 13. Februar 1957 - abgesehen von der Verlesung der Anträge - nicht stattgefunden. Der Tatbestand des Berufungsurteils nehme zwar auf Vernehmungsniederschriften über die vor dem Einzelrichter und zuletzt vor dem Senat stattgefundenen Beweisaufnahmen Bezug sowie auf die im einzelnen angegebenen Schriftsätze der Parteien. Keines der Sitzungsprotokolle ergebe aber, daß sich die Parteien auf die Schriftsätze und auf die Protokolle über Beweisaufnahmen bezogen und diese zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht hätten. Deshalb hätte das Berufungsgericht ihren Inhalt bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigen dürfen. Das gelte auch hinsichtlich der von ihm verwerteten Gutachten und weiteren Urkunden.

Diese Rügen sind unbegründet.

Den Parteien muß zwar nach § 285 Abs.1 ZPO Gelegenheit gegeben werden, über das Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Senat, also vor dem Prozeßgericht, zu verhandeln. (vgl. RAG 11,197). Beweisaufnahmen, die nicht vor dem Prozeßgericht, d.h. dem Gericht, das den Spruch fällt, erfolgt sind, dürfen als Grundlage für die Entscheidung nur verwertet werden, wenn sie auf dem in § 285 Abs.2 ZPO vorgeschriebenen Wege in die Verhandlung eingeführt worden sind, wenn also das Ergebnis der Beweisverhandlungen dem Prozeßgericht vorgetragen worden ist. Andernfalls verstößt die Bildung der Entscheidungsgrundlage gegen die Vorschrift des § 128 ZPO und des § 286 ZPO, dessen Außerachtlassung die Revision allerdings nicht ausdrücklich gerügt hat (vgl. RG JW 1938,2767,2768 r.Sp.; RG DR 1941,1739). Wenn aber überhaupt keine mündliche Verhandlung über das Streitverhältnis, wie sie im § 137 ZPO näher bestimmt und vorgeschrieben ist, und damit auch nicht über das Ergebnis der Beweisaufnahme stattgefunden haben sollte, so würde die Revision unter den hier vorliegenden Umständen darauf nicht

gestützt werden können. Denn nach § 295 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift dann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet hat. Aus dem Sitzungsprotokoll über die Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht und dem Umstand, daß die Revision nicht behauptet, dem Beklagten sei das rechtliche Gehör versagt worden, ist zu folgern, daß den Parteien über die Stellung der Anträge hinaus Gelegenheit zum weiteren Sachvortrag und auch dazu gegeben worden ist, über das Ergebnis der Beweisaufnahme im Sinne des § 285 ZPO zu verhandeln. Wenn der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hiervon keinen Gebrauch gemacht haben sollte, so hätte er auf die Einhaltung der genannten Vorschriften verzichtet. Überdies ist aber darauf hinzuweisen, daß in dem Sitzungsprotokoll weder der Vortrag der Beweisaufnahme noch die Tatsache, daß die Parteien verhandelt haben, vermerkt zu werden braucht (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 17. Februar 1959 - VIII ZR 142/58 - S.3). Deshalb ist aus dem Sitzungsprotokoll vom 2. April 1958 kein Anhalt dafür zu gewinnen, daß nicht dem Gesetz entsprechend verfahren worden ist. Die Bemängelung der Revision, auch in der Verhandlung vom 13. Februar 1957 sei nicht im Sinne des Gesetzes vor dem Berufungsgericht verhandelt worden, scheitert schon daran, daß der Beklagte es unterlassen hat, bei der nächsten mündlichen Verhandlung diesen angeblichen Verfahrensmangel zu rügen (§§ 295, 558 ZPO).

Das Berufungsgericht war auch nicht gehindert, den schriftsätzlichen Vortrag der Parteien einschließlich der damit in den Prozeß eingeführten Urkunden seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Dem Umstand, daß die Prozeßbevollmächtigten der Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung die früher gestellten Anträge wiederholt haben, ist zu entnehmen, daß sie sich damit stillschweigend auch auf die vorher gewechselten Schriftsätze, die überreichten Urkunden und das Ergebnis der Beweisaufnahme bezogen haben.

Es kann daher nicht beanstandet werden, daß das Berufungsgericht auch die in der Revisionsbegründung aufgeführten Gutachten und weiteren Urkunden über das Zustandekommen des Vertrages und seine Abwicklung verwertet hat.

II. Auch die weiteren Rügen der Revision greifen nicht durch.

1. Das Berufungsgericht legt die Bestimmung des Kaufvertrages vom 5. März 1955, wonach die Klägerin höchstens 5 % nicht mehr verkaufsfähiger Maschinen zu übernehmen brauchte, dahin aus, daß der Beklagte weitere unbrauchbare Maschinen gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzunehmen habe. Als nicht mehr verkaufsfähige Maschinen sind nach Ansicht des Berufungsgerichts solche gebrochenen, verrosteten oder unvollständigen Maschinen anzusehen, bei denen die Instandsetzung für einen Verkauf bei einem Einkaufspreis von 45 DM wirtschaftlich nicht mehr tragbar gewesen wäre, also Aufwendungen in solcher Höhe benötigt haben würde, daß sie einschließlich eines angemessenen Gewinns für die Klägerin durch den zu erzielenden Kaufpreis nicht mehr gedeckt würden.

Die Revision greift die Auslegung des Berufungsgerichts mit der Erwägung an, es habe hierbei dem Angebotsschreiben des Beklagten vom 28. Februar 1955 kein Gewicht beigelegt und es nur einseitig zugunsten der Klägerin insoweit gewertet, als es sich um die Zusammensetzung des Gesamtpostens handele. Das Berufungsgericht hat jedoch keinen Rechtsfehler begangen, wenn es als entscheidend angesehen hat, daß die Klägerin abweichend von dem Wortlaut des Angebotsschreibens ihr Risiko in dem Vertrag vom 5. März 1955 durch die sogenannte 5%-Klausel ausdrücklich beschränkt habe. Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn es den Vertrag dahin ausgelegt hat, abge-

sehen von der unter die Klausel fallenden Menge müsse es sich bei dem Kaufgegenstand immer noch um brauchbare Ware handeln. Der Vorwurf einer einseitigen oder widerspruchsvollen Wertung des Angebotsschreibens bei der Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht ist nicht berechtigt.

Unbegründet sind auch die weiteren Beanstandungen der Revision zu diesem Punkt. Sie meint, das Berufungsgericht hätte berücksichtigen müssen, daß die Klägerin die Maschinen im Lager des Beklagten schon vor Abschluß des Kaufvertrages mit einem Schreibmaschinenfachmann be- sichtigt und sich auch für die Unterlagen über die Maschi- nen interessiert habe. Der Beklagte habe hierauf dem In- haber der Klägerin seine Unterlagen einschließlich der amerikanischen Einkaufspapiere über den Erwerb der Ma- schinen gezeigt, die mit Schriftsatz vom 11. April 1957 zu den Gerichtsakten eingereicht worden seien.

Das Berufungsurteil hat dazu ausgeführt, für die Klägerin hätten nur das Vertragsangebot und der Vertrag maßgebend sein können. Damit hat es verneint, daß die Einsicht in schriftliche Unterlagen des Beklagten über den Einkauf der Maschinen zu einer anderen Auslegung des Vertrages Anlaß geben könnte. Das Berufungsgericht hat allerdings mit einer Hilferwägung noch darauf hingewie- sen, der Beklagte habe nicht bewiesen, daß die Klägerin die Unterlagen gesehen habe. Dazu rügt die Revision Ver- letzung des § 139 ZPO und führt aus, der Beklagte hätte zum Beweise für die Einsicht in die Unterlagen beantragt, den Inhaber der Klägerin darüber zu vernehmen. Diese Rüge muß aber schon deshalb ohne Erfolg bleiben, weil die Ein- sicht in die Verkaufsunterlagen für die Auslegung des Kaufvertrages und insbesondere der Risiko-Klausel nicht von Bedeutung sein kann. Deshalb darf hier dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht sonst Anlaß gehabt hät- te, ein Beweisangebot anzuregen.

2. Ist sonach von der Vertragsauslegung des Berufungsgerichts auszugehen, so kann sich die Klägerin grundsätzlich auf die Vereinbarung berufen, daß nichtverkaufsfähige Maschinen, die mengenmäßig die 5%-Klausel überschreiten, nicht zu berechnen, also von ihr nicht zu bezahlen seien.

a) Die Revision will allerdings einen Ausschluß der vereinbarten Gewährleistung schon mit der Begründung herleiten, daß der Klägerin die schlechte Beschaffenheit der Maschinen, wenn sie überhaupt vorhanden gewesen sei, infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei.

Das Berufungsgericht hat diesen Einwand unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Gewährleistung nach § 460 BGB geprüft und dazu ausgeführt, der Inhaber der Klägerin habe mit zwei Fachleuten die Maschinen vor Abschluß des Kaufvertrages im Lager Pfaffenhofen besichtigt. Nach Aussagen des Zeugen Bräunlein habe diese Besichtigung etwa 3 bis 4 Stunden gedauert, wobei auch etwa 25 Maschinen aus den Verpackungskisten herausgenommen worden seien. Bei rund 1100, dazu meist noch verpackten Maschinen, könne diese Besichtigung allenfalls einen oberflächlichen Eindruck von dem durchschnittlichen Zustand vermittelt haben. Bei so komplizierten Geräten, die daraufhin hätten geprüft werden müssen, inwieweit ihre Instandsetzung noch wirtschaftlich tragbar sei, könne von einer Einzelprüfung keine Rede sein.

Die Revision meint, die Klägerin habe grobfahrlässig gehandelt, wenn sie es unterlassen habe, sich von der Beschaffenheit der Maschinen in viel weiterem Umfange zu überzeugen, als sie es tatsächlich getan habe. Wer nur oberflächlich prüfe, handle ohne weiteres grobfahrlässig.

Diese Rüge geht jedoch daran vorbei, daß der Beklagte nach dem Vertrag, so wie ihn das Berufungsgericht rechts-

irrtumsfrei verstanden hat, damit einverstanden war, daß die Klägerin eine eingehendere Untersuchung der Maschinen nach ihrem Abtransport vornehmen durfte. Infolgedessen kann auch dahingestellt bleiben, ob die Anwendung des § 460 BGB auch deshalb nicht in Betracht kommen kann, weil sich der Beklagte ausdrücklich zur Rücknahme von Maschinen in dem erörterten Umfang verpflichtet hat. Es sei hierzu jedoch bemerkt, daß nach § 460 Satz 2 BGB die Gewährleistung für infolge grober Fahrlässigkeit des Käufers diesem unbekannt gebliebene Mängel nicht entfällt, wenn der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat. Entsprechendes muß auch für den Fall gelten, daß der Verkäufer eine Garantie übernommen hat, wonach nur ein bestimmter Teil eines Postens gebrauchter Büromaschinen nicht verkaufsfähig sein dürfe.

b) Das Berufungsgericht hält die Einwendung des Beklagten, die Gewährleistungsansprüche der Klägerin seien nach Abschluß des Vertrages schon bei Übernahme der Maschinen in Pfaffenhofen abbedungen worden, nicht für bewiesen. Der Zeuge Ha... habe, so führt das Berufungsgericht aus, bei seiner ersten Vernehmung eindeutig bestätigt, in Pfaffenhofen hätten sich der Beklagte und der Inhaber der Klägerin geeinigt, diese brauche nur 50 der vorhandenen 250 Vervielfältigungsmaschinen zu übernehmen, und erhalte von dem Beklagten 1000 kg Ersatzteile, damit seien alle gegenseitigen Ansprüche ausgeglichen. Bei seiner zweiten Vernehmung sei aber nach Bekundung des Zeugen bei der angeblichen Vereinbarung von der Lieferung von Ersatzteilen als Gegenleistung nicht die Rede gewesen. Zwar habe der Beklagte dem Inhaber der Klägerin eine Tonne Ersatzteile zu 900 DM angeboten, doch habe der Zeuge gemeint, es sei das ein Angebot gewesen, das mit dem ursprünglichen Vertrag nichts zu tun gehabt habe. Der Inhaber der Klägerin habe sich die Entscheidung

über die Annahme auch vorbehalten, bis er die Ersatzteile besichtigt habe. Dieser Teil der zweiten Aussage stimme mit der Darstellung der Klägerin überein, stehe aber im klaren Gegensatz zu der des Beklagten und der eigenen früheren Aussage des Zeugen. Zwar habe sodann der Zeuge noch bekundet, am zweiten Versandtage sei es gegen 10 Uhr doch zu einer Einigung gekommen, die er allerdings nicht recht verstanden habe, weil er den Vertrag nicht gekannt habe. Damit sei aber, so meint das Berufungsgericht, unvereinbar die Erklärung des Zeugen, erst später, nämlich zwischen 12 und 14 Uhr habe sich übersehen lassen, wieviel Vervielfältigungsmaschinen vorhanden gewesen seien, weil sie und die zuerst verladenen Schreibmaschinen nicht sorgfältig getrennt gelagert und äußerlich in der Verpackung kaum zu unterscheiden gewesen seien. Das stimme mit der Darstellung der Klägerin überein. Es sei aber unklar, warum vorher schon über die Abnahme der Vervielfältigungsmaschinen eine Auseinandersetzung geführt und eine Vereinbarung getroffen worden sein sollte, wenn noch gar nicht zu übersehen gewesen sei, daß weit mehr Maschinen dieser Art vorhanden waren, als im Vertrag angenommen worden war. Schließlich sei auch der Inhalt und der Zweck der von dem Zeugen Haase bekundeten angeblichen Vereinbarung unklar. Zu einem Verzicht auf ihre Gewährleistungsansprüche habe die Klägerin keinen Anlaß gehabt, weil sie nach dem Vertrag keinesfalls 250 Vervielfältigungsmaschinen hätte übernehmen müssen, andererseits aber noch etwa 250 Schreibmaschinen hätte fordern können. Die Vereinbarung, wenn sie getroffen worden sei, könne auch nur bedeutet haben, daß die Klägerin nicht Nachlieferung der fehlenden Schreibmaschinen fordern werde. In klarem Widerspruch zu der Aussage des Zeugen Haase stehe außerdem die Tatsache, daß die Klägerin nachträglich unbestritten noch 63 Büromaschinen, vor allem Vervielfältigungsmaschinen übernommen habe. Die Klägerin hätte dann auch keine Veranlassung gehabt, die übernommenen Maschinen in Bichl zur Besichtigung aufzustellen und den Beklag-

ten dazu einzuladen. Das Berufungsgericht hat aus diesen Erwägungen auch von der Beeidigung des Zeugen Haase abgesehen.

Die Revision meint dagegen, dem Berufungsgericht seien bei der Würdigung der Aussage des Zeugen Haase Irrtümer unterlaufen. Insbesondere sei die Annahme des Berufungsgerichts irrtümlich, die Bekundung des Zeugen, das Angebot einer Tonne Ersatzteile habe mit dem ursprünglichen Vertrag nichts zu tun gehabt, stehe zu der Darstellung des Beklagten in klarem Gegensatz. Dabei habe es die Erklärung des Beklagten zu Protokoll vom 25. Mai 1956 übersehen, wo der Beklagte im ersten Rechtszuge erklärt habe, die Lieferung der Tonne Ersatzteile habe an sich mit dem Maschinengeschäft nichts zu tun haben sollen.

Es ist zwar richtig, daß der Beklagte dies bei seiner persönlichen Anhörung nach § 141 ZPO aaO erklärt hat, und zwar im Anschluß an seine Behauptung, es seien neben den 1107 tatsächlich abgenommenen Maschinen noch 200 Vervielfältigungsmaschinen vorhanden gewesen. Diese habe der Inhaber der Klägerin nicht abgenommen. Damit sei er, der Beklagte, einverstanden gewesen, aber damit hätten dann alle Ansprüche ausgeglichen sein sollen.

Es muß jedoch als ausgeschlossen angesehen werden, daß das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung der Aussagen des Zeugen Haase gekommen wäre, wenn es diese bei der Beweismwürdigung im Berufungsurteil nicht behandelte und möglicherweise unberücksichtigte Erklärung des Beklagten in den Kreis seiner Erwägungen gezogen hätte. Denn der Beklagte hatte schon in der Klagebeantwortung, also vor der Erklärung vom 25. Mai 1956, vortragen lassen, er habe auf Anregung des Inhabers der Klägerin die schwer verkäuflichen 200 Vervielfältigungsmaschinen zurückgehen lassen und sich verpflichtet, aus seinem alten Ersatzteillager in Nürnberg noch 1000 kg Ersatzteile gratis

zu liefern, damit der Klägerin fehlende Teile an den übernommenen Büromaschinen ergänzt werden könnten. Er habe sich weiter verpflichtet, im Bedarfsfalle der Klägerin noch weitere 1000 kg solcher Ersatzteile für 900 DM zu liefern. Mit dieser Vereinbarung sollten sämtliche gegenseitigen Ansprüche, insbesondere Ermächtigungen ausgeglichen und erledigt sein. Diese Einlassung hat das Berufungsgericht als Sachvortrag des Beklagten auch im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegeben. Wenn der Beklagte nach der ersten Vernehmung des Zeugen Haase dann die Einschränkung gemacht hat, die Lieferung der Tonne Ersatzteile habe mit dem Maschinengeschäft nichts zu tun haben sollen, so stellte er sich damit sowohl in Gegensatz zu dem Vorbringen der Klagebeantwortung als auch zu Bekundungen des Zeugen Haase bei seiner ersten Vernehmung. In der Berufungsbegründung hat sich der Beklagte dann mit der Behauptung, mit der vereinbarten Lieferung der 1000 kg Ersatzteile einerseits und der Abnahme der 50 Vervielfältigungsmaschinen andererseits sollten alle gegenseitigen Ansprüche erledigt sein, auf die Bekundung des Zeugen Haase berufen und dazu ausgeführt, daß mit Rücksicht auf den Verzicht des Beklagten auf Abnahme von 200 Vervielfältigungsgeräten auch die 5%-Klausel habe in Wegfall kommen sollen. Wenn dann der Zeuge bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht bekundet hat, der Beklagte habe dem Inhaber der Klägerin eine Tonne Ersatzteile zu 900 DM angeboten, dieses Angebot habe aber mit dem ursprünglichen Vertrag nichts zu tun gehabt, die Klägerin habe sich die Entscheidung über die Annahme auch vorbehalten, so steht dieser Teil der zweiten Aussage jedenfalls in Gegensatz zu der früheren Aussage des Zeugen vor dem Landgericht und zu der ursprünglichen Einlassung des Beklagten in der Klagebeantwortung. Mag dieser später in seiner Darstellung hiervon abgewichen sein, indem er den behaupteten Verzicht der Klägerin auf Gewährleistung nach Maß-

gabe der 5%-Klausel außerhalb des Angebots der Lieferung von Ersatzteilen festgestellt haben wollte, so ist doch nach dem Tatbestand des Berufungsurteils auch richtig, daß der Beklagte geltend gemacht hatte, die Zusage der kostenlosen Lieferung einer Tonne gebrauchter Ersatzteile und auf Wunsch einer weiteren Tonne gegen Zahlung von 900 DM sei der Klägerin als Gegenleistung für den Verzicht auf ihre vertraglichen Gewährleistungsansprüche angeboten und von der Klägerin in diesem Sinne angenommen worden. Eine Tatbestandsberichtigung ist nicht erfolgt.

Deshalb ist kein ins Gewicht fallender Widerspruch darin zu sehen, wenn das Berufungsgericht die Bekundung des Zeugen Haase bei seiner zweiten Vernehmung auch als im Widerspruch zu Behauptungen des Beklagten stehend gewürdigt hat. Jedenfalls handelt es sich bei der Würdigung der Aussage des Zeugen Haase in diesem Punkt um eine zusätzliche Erwägung des Berufungsgerichts, die neben den von ihm hervorgehobenen Bedenken wegen der Unbestimmtheit seiner Bekundungen im ganzen steht. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß es die Aussagen des Zeugen Haase für den von dem Beklagten zu führenden Beweis nicht anders beurteilt haben würde, wenn es dabei auch die oben erörterte Darstellung des Beklagten in dem gerichtlichen Protokoll vom 25. Mai 1956 in Betracht gezogen hätte.

Die Revision wendet sich auch gegen die von dem Berufungsgericht zur Glaubwürdigkeit des Zeugen Haase angestellte Erwägung, die Klägerin hätte keine Veranlassung gehabt, die übernommenen Maschinen in Bichl aufzustellen, wenn die von Haase bezeugte Vereinbarung bei Abholung der Maschinen getroffen worden wäre. Nach Ansicht der Revision läßt diese Erwägung den Erfahrungssatz außer Betracht, daß die Klägerin, wenn sie eine getroffene Vereinbarung bestreiten wollte, gleichsam zwangsläufig den Sachverhalt auf der Basis der ursprünglichen Abmachungen habe abwickeln müssen.

Auch dieser Angriff kann die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht erschüttern. Denn es ist kein Rechtsfehler, wenn es in dem Verhalten des Inhabers der Klägerin auch ein Anzeichen gegen den behaupteten Verzicht gesehen hat. Der von der Revision in Anspruch genommene Erfahrungssatz schließt nicht aus, das Verhalten der Klägerin unter den hier vorliegenden Umständen als ein Anzeichen gegen den behaupteten Verzicht zu werten. Diese Würdigung liegt im Rahmen der dem Tatrichter zustehenden Beurteilung einer Zeugenaussage und des sonst in Betracht zu ziehenden Sachverhalts.

c) Zum Einwand des Beklagten, die Klägerin habe auf Gewährleistungsansprüche am 21. April 1955 dadurch verzichtet, daß sie ohne Vorbehalt dem Beklagten einen neuen Wechsel über den Betrag von 9815 DM gegeben habe, führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin habe zwar an diesem Tage gegen Rückgabe des Wechsels über 23 000 DM den neuen Wechsel gegeben, zu gleicher Zeit sei aber vereinbart worden, der Beklagte sollte zur Abfindung der Gewährleistungsansprüche die Ersatzteile liefern, so daß für die Klägerin keine Veranlassung bestanden habe, sich ihre Rechte nochmals gesondert vorzubehalten. Die Revision glaubt, dieser Erwägung mit dem Hinweis darauf begegnen zu können, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Klägerin den Wechsel über 23 000 DM schon vorher zurückerhalten gehabt habe. Dies habe der Beklagte mit seinem Schriftsatz vom 5. Februar 1957 S.3 vorgetragen. Diese Rüge ist unbegründet, denn durch den Hinweis der Revision wird nicht die entscheidende Erwägung des Berufungsgerichts in Frage gestellt, daß die Hingabe des neuen Wechsels im Zusammenhang mit der Vereinbarung über die Ersatzlieferung gestanden habe und daß aus diesem Grunde aus dem Unterlassen eines Vorbehalts nicht auf einen endgültigen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu schließen sei.

3. Der Beklagte hat im zweiten Rechtszuge geltend gemacht, die Klägerin habe die in dem Kaufvertrag vereinbarte Rügefrist versäumt. Da am 11. März 1955 bereits 584 Maschinen und am 14. März 1955 weitere 460 Maschinen an die Klägerin geliefert worden seien, könne die Rüge im Schreiben vom 28. März 1955, das an diesem Tage zwar abgesandt, aber bei dem Beklagten frühestens am 29. März 1955 eingegangen sei, die vereinbarte Frist von 14 Tagen nicht gewahrt haben.

Das Berufungsgericht hat dieses Bedenken deshalb als unbegründet angesehen, weil die dritte Lieferung unstreitig einige Tage nach der zweiten Lieferung vorgenommen worden ist und die Klägerin erst nach Empfang dieser Lieferung sich habe darüber zu entscheiden brauchen, welche Maschinen zu beanstanden seien. Deshalb sei die Mängelrüge auf jeden Fall rechtzeitig.

Die Revision hält diese Auslegung nicht für zutreffend, weil mit der letzten Lieferung nur ein Restposten von 63 Stück geliefert worden ist. Sie meint, bereits nach der ersten Lieferung von 584 Maschinen, jedenfalls aber bei Empfang der zweiten Lieferung von weiteren 460 Maschinen sei die Klägerin in der Lage gewesen festzustellen, daß die ersten beiden Lieferungen in einem Umfange nicht verkaufsfähige Maschinen enthielten, der die 5%-Klausel überschritten habe. Die Notwendigkeit der Rüge sei ihr somit schon vor der letzten Lieferung klar erkennbar gewesen. Das Berufungsgericht habe zudem übersehen, daß die Klägerin selbst die Frist von 14 Tagen so aufgefaßt habe, wie sie nach der Rechtslage ausgehend von der Vorschrift des § 377 HGB hinsichtlich der Untersuchungspflicht bei der einzelnen Lieferung angenommen werden müsse. Sie habe nämlich selbst vorgetragen, daß sie vergeblich versucht habe, fernmündlich zu rügen. Die Ferngespräche, so führt die Revision aus, hätten zwar einen anderen Inhalt gehabt, das Vorbringen der Klägerin zeige aber, daß sie selbst die vom

Berufungsgericht "unterstellte" Verlängerung nicht als vereinbart angesehen habe. Es sei auch rechtsirrig, der Vereinbarung, wonach die von der Klägerin nicht abzunehmenden Maschinen innerhalb von 14 Tagen ausgepackt und so zur Schau gestellt werden sollten, daß sich der Verkäufer von dem Zustand der Maschinen überzeugen könne, eine 14tägige Rügefrist zu entnehmen. Das Berufungsgericht habe dabei verkannt, daß denkgesetzlich das Auspacken und Aufstellen der Maschinen erst nach der Beanstandung vorgesehen gewesen sei, daß also die Beanstandung unabhängig davon schon vorher zu erfolgen hatte. Die Klausel finde, wie das Berufungsgericht ebenfalls verkannt habe, darin ihre Erklärung, daß dem Verkäufer Gelegenheit gewährt werden müsse, sich auf zuverlässige Art über behauptete Mängel vergewissern zu können. Mit der Notwendigkeit einer vorgehenden Rüge habe die Klausel weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck etwas zu tun.

Entgegen diesen Darlegungen der Revision ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht der angeführten Klausel eine Verlängerung der Rügefrist des § 377 HGB entnommen und die Vereinbarung dahin ausgelegt hat, daß die Frist am Tag der letzten Lieferung begonnen habe.

Nach § 377 HGB hat der Käufer die Ware nach Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen und festgestellte Mängel dem Verkäufer unverzüglich anzuzeigen. Auf Einhaltung dieser Vorschrift kann aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, verzichtet werden. Einen solchen Verzicht hat es angenommen. Da es sich um die Auslegung einer sogenannten Individualvereinbarung handelt, kann sie von der Revision mit Erfolg nur dann angegriffen werden, wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung wesentlichen Auslegungsstoff übergangen oder Denkgesetze verletzt oder gegen Auslegungsgrundsätze oder Erfahrungssätze verstoßen hätte. Solche Voraussetzungen sind aber mit den Aus-

führungen der Revision nicht dargetan. Das Berufungsgericht hat § 286 ZPO nicht verletzt, wenn es bei der Auslegung der Vereinbarung die Behauptung der Klägerin außer Betracht gelassen hat, der Beklagte sei vor der schriftlichen Rüge vom 28. März 1955 wiederholt fernmündlich von den Mängeln der gelieferten Ware in Kenntnis gesetzt worden. Daß es dieses von der Beklagten bestrittene Vorbringen der Klägerin übersehen hätte, kann deshalb als ausgeschlossen bezeichnet werden, weil es im Tatbestand des Berufungsurteils, auf den sich auch die Revision für die Begründung ihrer Rüge bezogen hat, wiedergegeben ist. Das Berufungsgericht brauchte aber hieraus nicht den Schluß zu ziehen, daß die vereinbarte Frist überhaupt keinen Verzicht auf den Einwand der Verspätung der Rüge aus § 377 HGB enthalte. Es ist auch kein Verstoß gegen einen Denkfehler, wie die Revision meint, oder gegen sonstige Auslegungsgrundsätze, wenn das Berufungsgericht nicht der Ansicht des Beklagten insoweit gefolgt ist, als dieser die Rügefrist für die drei Teillieferungen gesondert berechnet wissen will. Die Auslegung des Berufungsgerichts wird vielmehr besonders dadurch gestützt, daß die Klägerin sich verpflichtet hatte, 5 % unbrauchbare Maschinen zu übernehmen, und die abschließende Feststellung, welche und wieviel Maschinen sie demnach zurückweisen durfte, erst nach der vollständigen Lieferung zu treffen war. Die Vereinbarung kann daher nach Treu und Glauben dahin aufgefaßt werden, daß der Klägerin hierdurch 14 Tage Zeit gelassen werden sollte, die ganze Lieferung zu überprüfen, und daß diese Frist daher von dem Tage der letzten Lieferung zu berechnen sei.

4. Am 21. April 1955 haben die Parteien, wie das Berufungsgericht feststellt, vergleichsweise ein Übereinkommen getroffen, nach dem die Klägerin auf die Rückzahlung des Kaufpreises für die unbrauchbaren Maschinen ver-

zichten wollte, wenn ihr dagegen der Beklagte kostenlos eine Tonne Ersatzteile liefere. Durch diese Abänderung des Vertrages habe, so nimmt das Berufungsgericht an, der ursprünglich vertraglich geregelte Gewährleistungsanspruch auf Wandlung in einen Anspruch auf Lieferung von Ersatzteilen umgewandelt werden sollen. Diese Vereinbarung sei nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß es sich um Ersatzteile handeln müsse, unter denen wenigstens ein Teil verwendbar und geeignet gewesen sein müßte, die unvollständigen oder beschädigt gelieferten Büromaschinen instandzusetzen. Die Ersatzteillieferung vom 2. Juni 1955 habe aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aus unbrauchbarem Schrott, alten zerbrochenen und verrosteten Schreibmaschinen, die auch zu den übernommenen Typen nicht paßten, bestanden. Die Klägerin habe diese Lieferung unverzüglich abgelehnt und an den Beklagten zurückgeschickt und ihm dann vergeblich für die Lieferung der Ersatzteile eine Nachfrist bis 12. Juli 1955 gesetzt. Diese sei ergebnislos geblieben. Damit bestünden die Gewährleistungsansprüche, die die Klägerin gegen Lieferung der Ersatzteile aufzugeben bereit gewesen sei, weiter.

Das Berufungsgericht vergleicht bei der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts die Rechtslage mit der, die gegeben ist, wenn die Gewährleistung des Verkäufers vertraglich auf Nachbesserung beschränkt und diese mißlungen ist. In diesem Falle könne der Käufer die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche geltend machen. Der vorliegende Fall sei nicht anders zu beurteilen. Auch hier habe sich ergeben, daß die vereinbarte Art des Ersatzes für die Gewährleistung vom Verkäufer nicht erfüllt werden konnte, so daß die Bedingung nicht eingetreten (§ 158 BGB) und die Klägerin wieder berechtigt sei, die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, also auch die Wandlung. Dazu meint die Revision, die Verein-

barung vom 21. April 1955 habe ein neues Schuldverhältnis geschaffen. Das Berufungsgericht habe diesen wesentlichen Unterschied zu dem in Betracht gezogenen Vergleichsfall verkannt. Die Klägerin sei nur berechtigt, die Erfüllung der neuen Vereinbarung zu verlangen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, könne aber nicht auf das ursprüngliche, abgewandelte, Schuldverhältnis zurückgreifen.

Die Erwägungen der Revision über die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses führen zu keinem anderen Ergebnis. Wäre nämlich davon auszugehen, daß die Vereinbarung vom 21. April 1955 einen Vergleich darstellt, in dem die Klägerin auf Gewährleistungsansprüche gegen die Zusage der vereinbarten Lieferung von Ersatzteilen verzichtet hat und damit gleichzeitig ein neues Schuldverhältnis zwischen den Parteien begründet worden ist, so bestünden jedenfalls keine rechtlichen Bedenken gegen die Auslegung der Vereinbarung durch das Berufungsgericht, das den Verzicht auf Gewährleistungsansprüche als nur stillschweigend bedingt angenommen hat. Die Bedingung, nämlich die ordnungsmäßige Erfüllung der neuen Vereinbarung durch den Beklagten, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht eingetreten. Infolgedessen ist die Klägerin auch unter diesem Gesichtspunkt an den Verzicht nicht gebunden.

Dem steht nicht entgegen, daß der Beklagte, wie die Revision ausführt, sich bereit gezeigt habe, der Klägerin eine zweite Tonne Ersatzteile aus Gießen gegen Zahlung von 900 DM zu liefern. Das Berufungsgericht hat die Behauptung, der Beklagte habe eine zweite Tonne Ersatzteile in Aussicht, die Klägerin habe aber daran kein Interesse gehabt, rechtsirrtumsfrei mit der Begründung für unerheblich erachtet, dieser Umstand könne nur von Bedeutung sein, wenn der Beklagte vor Fristab-

lauf, also vor dem 12. Juli 1955, zur Ersatzteillieferung bereit gewesen wäre, was er selbst nicht behauptete. Die Revision macht geltend, die Vereinbarung über die Lieferung einer zweiten Tonne gegen Zahlung von 900 DM könne die Bedeutung haben, daß dann, wenn mit Hilfe der ersten Tonne von Ersatzteilen die Maschinen nicht in Ordnung gebracht werden könnten, die Klägerin auf die zweite Tonne zurückgreifen müsse. Das Berufungsgericht hätte Erwägungen in dieser Hinsicht anstellen müssen. Der Beklagte hätte, nach § 139 ZPO befragt, behauptet und unter Beweis gestellt, daß er diese Ersatzteile in Gießen bekommen hätte. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn das Berufungsgericht hat, wie schon erwähnt, darauf abgestellt, der Beklagte habe die Frist bis zum 12. Juli 1955 nicht verstreichen lassen dürfen. Daß er schon vor Ablauf dieser Frist der Klägerin ein konkretes Angebot auf Lieferung der zweiten Tonne übermittelt gehabt habe, wird auch von der Revision nicht geltend gemacht. Damit erledigt sich auch die Rüge aus § 139 ZPO, ohne daß noch zu erörtern ist, ob es an den sonstigen Voraussetzungen für diese Rüge fehlt.

5. Eine weitere Rüge der Revision aus § 139 ZPO knüpft daran an, daß die Klägerin einen Teil der ihr zugefahrenen Ersatzteile zurückbehalten und zugegeben habe, daß es sich dabei um eine kleine Kiste mit Schreibmaschinenwalzen handele. Das Berufungsgericht führt dazu aus, dies sei auf Aufforderung des Beklagten geschehen. Diese Ersatzteile seien aber nach übereinstimmenden Zeugenaussagen nicht verwendet worden, offensichtlich weil sie nicht verwendbar gewesen seien. Die Klägerin habe sie dem Beklagten im Laufe des Rechtsstreits zurückgeschickt. Er habe sie aber zurückgewiesen.

Die Revision macht dazu geltend, der Berufungsrichter habe seine Aufklärungspflicht verletzt. Im Rahmen

des § 139 ZPO befragt, hätte der Beklagte Sachverständigenbeweis dafür angeboten, daß mit den zurückbehaltenen Teilen ein Teil der beanstandeten Maschinen hätte in Ordnung gebracht werden können. Diese Rüge ist unbegründet. Denn der Beklagte hätte, wenn er gegenüber dem Vorbringen der Klägerin, auf eine solche Aufklärung Wert gelegt hätte, von sich aus rechtzeitig einen entsprechenden Antrag stellen können und müssen. Auch ohne Hinweis des Gerichts war ihm erkennbar, daß es unter Umständen hierauf ankommen könnte. Deshalb hat das Berufungsgericht keinen Verstoß gegen § 139 ZPO begangen, wenn es den Beklagten nicht zu einem Beweisangebot angeregt hat.

6. Das Berufungsgericht hat 384 Büromaschinen, die die Beklagte als unverkäuflich im Sinne der Vertragsbestimmung bezeichnet hatte, von einem Sachverständigen besichtigen und durch ihn die erforderlichen Feststellungen treffen lassen. Nach Ansicht des Sachverständigen sind die Maschinen nur als Schrott zu bezeichnen und können nicht mehr wiederhergestellt werden. Das Berufungsgericht hat die Identität der reklamierten Maschinen aufgrund der Beweisaufnahme als gegeben angesehen. Die Revision rügt, es hätte den Beweisantrag des Beklagten in dem Schriftsatz vom 26. März 1958 S.1 nicht übergehen dürfen, vielmehr antragsgemäß den Zeugen Bräunlein nochmals vernehmen müssen. Auch diese Rüge greift nicht durch. Der Beklagte hatte aaO nur darum gebeten, den Zeugen Bräunlein auf seine Aussagen vom 10. Juli und 17. Oktober 1957 zu beeidigen. Dies hat das Berufungsgericht jedoch mit näherer Begründung in dem angefochtenen Urteil abgelehnt. Auch insoweit ist die im Rahmen einer dem Tatrichter zustehenden Beweismwürdigung der Zeugenaussagen getroffene Entscheidung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision verfißt ferner die Behauptung des Beklagten, er habe der Klägerin diejenigen Maschinen, die über das Depot in Dachau gelaufen seien, nicht geliefert, und wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht diese Behauptung als widerlegt angesehen hat. Sie rügt, das Berufungsgericht hätte dem Beklagten nach § 139 ZPO Gelegenheit geben müssen, sich dazu zu äußern. Er hätte nicht nur seine Parteieinvernahme, sondern auch die Vernehmung seiner Ehefrau als Zeugin dafür beantragt, daß er nur aus dem Depot Gießen Maschinen bezogen hatte, und weitere Zeugen (Ma[redacted], Ho[redacted] und Su[redacted]) dafür benannt, daß aus dem Depot Dachau niemals Maschinen in das Depot Gießen gekommen seien.

Diese Rüge muß daran scheitern, daß das Berufungsgericht keine Veranlassung hatte, weitere Beweisangebote im Sinne der Revisionsrüge anzuregen. Dem Beklagten oder jedenfalls seinem Prozeßbevollmächtigten mußte erkennbar sein, daß es hierauf möglicherweise ankommen könnte.

7. Es ist auch kein Verfahrensverstoß darin zu sehen, daß die Zeugin Kroh, die Ehefrau des Inhabers der Klägerin, unbeeidigt geblieben ist. Die Zeugin ist in diesem Verfahren mehrfach vernommen worden. Das Berufungsgericht hat bei ihrer letzten Vernehmung am 2. April 1958 beschlossen, daß sie unbeeidigt bleibe. Dieser Beschluß, so meint die Revision, beziehe sich nur auf die Vernehmung vom 2. April 1958, nicht aber auf die Aussagen der Zeugin vom 28. März 1957 und 13. Februar 1958, die vor dem Einzelrichter stattgefunden haben. Dieser habe am 13. Februar 1958 die Entscheidung über die Beeidigung der Zeugin dem Senat vorbehalten. Darüber sei aber verfahrenswidrig nicht entschieden worden.

Diese Rüge muß schon deshalb erfolglos bleiben, weil der Beklagte Gelegenheit gehabt hat, bei der Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 2. April 1958 eine ausdrückliche Beschlußfassung über die Beeidigung der Zeugin auf ihre früheren Aussagen zu beantragen, wenn er hierauf Wert gelegt hätte. Abgesehen davon kann aber der Revision nicht darin zugestimmt werden, daß der Beschluß des Berufungsgerichts nur auf die letzte Vernehmung der Zeugin zu beziehen sei.

8. Schließlich hat die Revision noch gebeten, die Ausführungen des Berufungsgerichts zu überprüfen, die sich mit dem angeblichen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen nicht zurückgegebener Kisten, in denen die der Klägerin gelieferten Schreibmaschinen zum großen Teil verpackt waren, befassen. Die Revision be ruht sich insoweit auch auf ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte könne rund 140 Verpackungskisten beanspruchen. Nach der unbestrittenen Erklärung der Klägerin habe diese etwa 100 bis 150 solcher Kisten zur Verfügung, die sie dem Beklagten überlassen könne. Da er auf diese Mitteilung der Klägerin keinerlei Erklärung abgegeben habe, lege er auf die Rückgabe der Kisten in Natur offensichtlich keinen Wert. Es sei aber nicht ersichtlich, wodurch sich der Anspruch des Beklagten auf Rückgabe dieser Verpackungskisten in einen Schadensersatzanspruch in Geld verwandelt haben sollte, mit dem er aufrechnen könne.

Die Revision hat nicht angegeben, worin ein Fehler in diesem Gedankengang des Berufungsgerichts hinsichtlich des zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs des Beklagten zu erblicken sei. Verfahrensrechtlich ermangelt der Revisionsangriff der erforderlichen Begründung. Ein materiellrechtlicher Fehler ist in den Erwägungen des Berufungsgerichts nicht zu finden.

Insofern als die Revision geltend macht, das Berufungsgericht hätte den Einwendungen des Beklagten entnehmen müssen, daß er hilfsweise auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend mache, ist diese Rüge ebenfalls nicht begründet. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Beklagte insoweit eine Verurteilung Zug um Zug offenbar nicht begehre. Die Revision hätte daher darlegen müssen, warum diese Annahme verfahrensrechtlich nicht begründet ist. Es hätte also nach § 554 Abs. 5 Nr. 2 b ZPO der Bezeichnung der Tatsachen bedurft, die den verfahrensrechtlichen Mangel ergeben sollen. Auch hier fehlt es an einer solchen Begründung. Die Revision hat insbesondere nicht angegeben, daß der Beklagte in der Berufungsinstanz sich auf ein solches Zurückbehaltungsrecht tatsächlich berufen hat. Deshalb kommt es nicht auch noch darauf an, ob dem rechtlichen Gesichtspunkt des Berufungsgerichts beizutreten wäre, daß insoweit eine Verurteilung Zug um Zug praktisch deshalb undurchführbar sei, weil aus dem Urteil des Landgerichts, das den Beklagten zur Zahlung Zug um Zug gegen Herausgabe von 305 Maschinen verurteilt hat, bereits vollstreckt worden sei.

III. Zusammenfassend ergibt sich, daß die Revisionsangriffe das Urteil des Berufungsgerichts nicht erschüttern können. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr.Großmann Dr.Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Messner