

BUNDESGERICHTSHOF 2081 067

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 108 u. 109/66

URTEIL

Verkündet am

17. Oktober 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Herbert S [REDACTED], B [REDACTED],
R [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die S [REDACTED]-Spezial-Apparate- und Maschinenbau GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Adolf K [REDACTED]
und Walter K [REDACTED], B [REDACTED], [REDACTED], A [REDACTED] Allee [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Klägers gegen das Teilurteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 14. Oktober 1965 und gegen die Kostenentscheidung des Schlußurteils desselben Gerichts vom 20. Januar 1966 werden zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revisionen zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1961 stellte die Beklagte auf Veranlassung des Klägers eine Maschine zum Imprägnieren von Glasseidgeweben mit Kunstharzen her. Die Maschine wurde im Frühjahr 1962 fertig. Auf ihren Preis zahlte der Kläger an die Beklagte:

im Januar 1961	112.225 DM
im Juni 1962	60.000 DM
im Juli 1962	<u>32.000 DM</u>
zusammen	204.225 DM.

- 3 -

Über einen von der Beklagten errechneten weiteren Betrag von 22.000,15 DM akzeptierte der Kläger am 3. Januar 1963 einen Wechsel. Dieser wurde mehrfach prolongiert, zuletzt am 3. Oktober 1963 von der Firma S [REDACTED], Muttergesellschaft der Beklagten, bis zum 3. Januar 1964. Auf eine Wechselklage dieser Firma ist der Kläger inzwischen in drei Instanzen zur Zahlung der Wechselsumme verurteilt worden (vgl. BGH II ZR 167/64 vom 8. Juni 1967).

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger zunächst behauptet, er habe die Maschine nicht für sich bestellt und sei daher der Beklagten zu keiner Zeit vertraglich verpflichtet gewesen, sie zu bezahlen. Später hat er behauptet, der Preis der Maschine habe nur 176.500 DM betragen und sei somit von ihm bereits überzahlt. Mit Rücksicht darauf hat er am 2. April 1965 den Rücktritt vom Verträge wegen Lieferverzugs der Beklagten erklärt, wobei er sich auf den Standpunkt stellte, selbst der Besteller der Maschine zu sein.

Er hat zuletzt beantragt, die Beklagte zur Rückzahlung von 204.225 DM nebst Zinsen und zur Freistellung von der Wechselschuld zu verurteilen. Er hat weiter die Feststellung begehrt, daß die Beklagte gegen ihn keine weiteren Ansprüche wegen der Maschine habe.

Die Beklagte hat eingewandt, der Kläger als Besteller sei ihr zur Bezahlung der Maschine in Höhe von 224.450 DM und weiterer 3.000 DM Unkosten vertraglich verpflichtet. Er könne daher auch nicht die Freistellung von der Wechselschuld fordern. Seine Feststellungsklage sei ebenfalls unbegründet; denn sie habe weitere



Forderungen wegen der Maschine gegen ihn, u.a. auf Erstattung von Umsatzsteuer in Höhe von 8.978 DM.

Das Landgericht hat die Klage (damals nur auf 30.507,20 DM gerichtet) abgewiesen. Eine negative Feststellungswiderklage, der es stattgegeben hat, ist inzwischen für erledigt erklärt worden. Das Kammergericht hat durch Teilurteil u.a. den Zahlungs- und Freistellungsanspruch abgewiesen, ferner den Feststellungsantrag des Klägers insoweit, als es sich um die Umsatzsteuererstattung (8.978 DM) handelt. In der Kostenentscheidung des Schlußurteils hat es dem Kläger 41/42 der Kosten der Berufung auferlegt.

Mit seinen Revisionen, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seine im Teilurteil des Kammergerichts abgewiesenen Ansprüche weiter und wendet sich gegen die Kostenentscheidung des Schlußurteils, soweit sie ihn beschwert.

Der Senat hat beide Revisionsverfahren zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Entscheidungsgründe:

A. Zahlungsanspruch:

I. Das Berufungsgericht führt aus: Die am 28. ("18." ist ein Schreibfehler) Dezember 1960 von der Beklagten über die Maschine erteilte Auftragsbestätigung, aus der sich ein Preis von 224.450 DM ("224.500 DM" ist ein Schreibfehler, - vgl. S. 17 BU -) ergibt, sei

zwar an die Fa. P. [REDACTED] in Wien gerichtet. Die Parteien seien aber darüber einig gewesen, daß P. [REDACTED] nur Strohmann des Klägers und daß dieser der wirkliche Besteller sei. Die Strohmanneigenschaft P. [REDACTED] sei der Beklagten bekannt gewesen, wie der Kläger selbst vorgetragen habe. Dieser habe demgemäß selbst im Januar 1961 die erste Anzahlung von 112.225 DM (in Höhe des halben Preises) geleistet. Er habe nach seiner eigenen Behauptung sich am 12. Januar 1961 von P. [REDACTED] eine schriftliche Bestellung geben lassen, in welcher der Preis mit 224.500 DM angegeben gewesen sei. Zugleich habe er sich aber auch eine Verzichtserklärung P. [REDACTED] vom 12. Januar 1961 zu seinen Gunsten geben lassen und diese - zusammen mit der auf den 14. Dezember 1960 zurückdatierten Bestellung Pussichs - sofort der Beklagten übergeben. Das weitere Verhalten des Klägers sei ebenfalls nur dadurch zu erklären, daß er, genau wie die Beklagte, davon ausgegangen sei, selbst aus dem Vertrag gemäß der Auftragsbestätigung vom 28. Dezember 1960, d.h. in Höhe von 224.450 DM, verpflichtet zu sein. Denn er habe bis Juli 1962 weitere Zahlungen auf die Maschine an die Beklagte geleistet, bis zur Höhe von 204.225 DM, und habe außerdem einen Wechsel über eine Summe akzeptiert, in der der restliche Kaufpreis (bis zu 224.450 DM) enthalten gewesen sei.

Die Revision wendet sich nicht mehr gegen die - übrigens rechtsfehlerfreie - Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Kläger der Beklagten den Preis für die Maschine schuldig geworden ist. Sie macht aber geltend, daß die Schuld des Klägers durch seinen Rücktritt hinfällig geworden sei. Zur Begründung dessen macht sie geltend, die Parteien hätten für die Maschine denselben Preis vereinbart wie bei dem früheren Auftrag

H [REDACTED], nämlich 176.500 DM. Der sich aus der Auftragsbestätigung vom 28. Dezember 1960 ergebende höhere Preis von 224.450 DM habe nur gelten sollen mit Rücksicht auf den Vertriebsvertrag der Parteien vom 5. Januar 1961. Nach dessen Wegfall sei auch die Grundlage für den Preis von 224.450 DM entfallen. Der Rücktritt des Klägers sei daher - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - berechtigt, weil der Kläger seine Zahlungspflichten voll erfüllt gehabt und die Beklagte die Herausgabe der Maschine daher grundlos verweigert habe, also in Lieferverzug gewesen sei.

Die tatrichterliche Auslegung und Würdigung der Individualvereinbarungen der Parteien durch das Berufungsgericht läßt jedoch, entgegen der Ansicht der Revision, keinen Rechtsfehler erkennen.

1.) Die Revision bezieht sich auf den Aktenvermerk der Beklagten vom 20. Dezember 1960, worin es heißt, daß für den Auftrag über die streitige Maschine "die gleichen Zahlungsbedingungen" vereinbart seien wie für den vorangegangenen Auftrag Hagenkötter.

Das Berufungsgericht durfte diesen Aktenvermerk als durch die Auftragsbestätigung vom 28. Dezember 1960 und das spätere Verhalten des Klägers überholt ansehen.

2.) Es kann zu Gunsten des Klägers unterstellt werden, daß die Beklagte, bei der Bemessung des Vertragspreises der Maschine in Höhe von 224.450 DM, 10 % als Vergütung dafür einkalkuliert hat, daß sie im Vertriebsvertrag vom 5. Januar 1961 dem Kläger das Vertriebsrecht an solchen Maschinen überließ (vgl. Ziff. 6 des Vertriebsvertrages).

Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Berufungsgericht in solchem Falle aber nicht anzunehmen, der Preis der Maschine sei nach Wegfall des Vertriebsvertrages im Wege ergänzender Vertragsauslegung um die 10 % zu kürzen.

a) Zur Beendigung des Vertriebsvertrages ist es dadurch gekommen, daß die Beklagte dem Kläger am 19. März 1964 fristlos kündigte und daß der Kläger am 27. April 1964 durch seinen Anwalt antworten ließ, er akzeptiere die Kündigungsgründe zwar nicht, sehe aber das Vertragsverhältnis ebenfalls als beendet an, womit alle Voraussetzungen des Vertrages rückwirkend entfallen seien.

b) Im Tatbestand des Berufungsurteils (S. 5) folgt auf die Darstellung dieser Vorgänge der Satz: "Dem schloß sich die Beklagte an." Dieser Satz läßt nicht deutlich erkennen, ob das Berufungsgericht damit nur ausdrücken will, die Beklagte habe sich mit einer vereinbarten Vertragsaufhebung einverstanden erklärt, oder: sie habe auch einer Rückwirkung dieser Vertragsaufhebung zugestimmt.

c) Wegen der Unklarheit des Urteilstatbestands in diesem Punkt kann das Revisionsgericht insoweit auf den Inhalt der Schriftsätze zurückgreifen, auf die die Vorinstanzen verwiesen haben. Aus ihnen ergibt sich nichts dafür, daß die Beklagte mit einer Rückwirkung der Vertragsaufhebung einverstanden gewesen wäre. Insbesondere ihrem Schriftsatz vom 28. April 1964 (S. 11), mit dem sie das oben erwähnte Schreiben des Klägers vom Vortage beantwortete, läßt sich das nicht entnehmen; denn sie betont dort, der Wegfall des Vertriebsvertrags

habe keine Bedeutung für den hier streitigen Werklieferungsvertrag. In ihrem Schriftsatz vom 26. April 1965 (S. 14 - 15) hat die Beklagte dies noch näher dargelegt. Sie hätte auch keinen verständlichen Anlaß gehabt, noch während des Prozesses auf das ungewöhnliche Verlangen des Klägers einzugehen. Im übrigen war dessen Schreiben vom 27. April 1964 so gefaßt, daß die Beklagte den Satz über die Rückwirkung überhaupt nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern als Äußerung einer (falschen) Rechtsansicht verstehen durfte.

d) Nach alledem ist hier davon auszugehen, daß der Vertriebsvertrag vom 5. Januar 1961 bis zu seiner Aufhebung im Frühjahr 1964 rechtswirksam bestanden hat und nicht rückwirkend vernichtet worden ist. Der Kläger hat also das Vertriebsrecht an den Maschinen der Beklagten rund drei Jahre lang innegehabt. Schon deswegen ist und bleibt er, trotz der Vertragsbeendigung im Jahre 1964, verpflichtet, die nach dem Vertriebsvertrag von ihm an die Beklagte zu leistenden 10 % für die 1960 bestellte Maschine zu zahlen.

Es braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob es anders wäre, wenn die Beklagte einer rückwirkenden Vertragsaufhebung zugestimmt hätte.

3.) Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt ein "Wegfall der Geschäftsgrundlage" mit der Folge einer Anpassung des Vertrages durch Herabsetzung des Kaufpreises hier nicht in Betracht.

II. Das Berufungsgericht führt aus: Der Kläger habe zwar durch sein Schreiben vom 24. Februar 1965 die

Beklagte unter Nachfristsetzung zur Lieferung der Maschine an ihn aufgefordert und habe nach Fristablauf mit Schreiben vom 2. April 1965 den Rücktritt erklärt. Der Rücktritt sei aber nicht wirksam, weil die Beklagte nicht in Lieferverzug gewesen sei. Der Kläger habe nämlich einen wesentlichen Teil des Preises der Maschine noch nicht bezahlt gehabt und sei auch zur Zahlung nicht bereit gewesen; denn er habe zunächst die Ansicht vertreten, er schulde überhaupt nichts; später habe er geltend gemacht, er habe schon zuviel bezahlt.

1.) Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht für die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte in Lieferverzug war, nur auf die Lage Ende Februar 1965 abgestellt hat. Sie meint, die Beklagte sei schon 1964 in Verzug gewesen, als sie die Herausgabe der Maschine mit der unrichtigen Begründung abgelehnt habe, P. [REDACTED] habe Anspruch auf die Maschine, der Kläger müsse erst eine Abtretung P. [REDACTED] beibringen.

Die Rüge ist nicht begründet.

Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß für die Feststellung, ob die Beklagte in Leistungsverzug war, nur auf die Lage Ende Februar 1965, z.Zt. der Nachfristsetzung des Klägers, abgestellt werden dürfe. Denn selbst wenn die Beklagte im Jahre 1964 in Verzug gewesen wäre, würde es darauf nicht mehr ankommen, wenn der Verzug inzwischen entfallen gewesen wäre (vgl. RGRK BGB 11. Aufl. § 284 Rz 33).

Im übrigen brauchte die Beklagte die Maschine im Jahre 1964 ebensowenig herauszugeben wie 1965, und zwar aus demselben Grunde, wie unten zu 2 erörtert ist.

2.) Nach der Auftragsbestätigung vom 28. Dezember 1960 wurde die 2. Hälfte des Preises der Maschine "bei Versandmeldung bzw. Abnahme der Maschine in unserem Werk, die sofort nach Versandmeldung zu erfolgen hat", zur Zahlung fällig. Die "Versandanzeige" hat die Beklagte mit zwei Schreiben vom 28. Juni 1962 an P [REDACTED] und an den Kläger übersandt. Damit war, zumal eine "Abnahme sofort nach Versandmeldung" nicht erfolgt ist, die noch offene Restpreisforderung der Beklagten (bis zur Gesamthöhe von 224.450 DM) fällig geworden. Daraus folgt, daß, solange der Kläger die Zahlung des Restpreises - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls objektiv zu Unrecht - verweigerte, die Beklagte auch ihrerseits nicht zu leisten brauchte (§ 320 BGB; RGZ 126, 280, 285; BGH LM Nr. 9 zu § 284 BGB; Urteil des Senats VII ZR 90/57 vom 28. April 1958). Sie war nicht vorleistungspflichtig. Sie kam daher auf die Mahnung des Klägers nicht in Lieferverzug, auch wenn sie sich nicht ausdrücklich auf die Einrede des § 320 BGB berief.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Kläger auf Grund des Armenrechtsbeschlusses des Berufungsgerichts ohne Verschulden (irrtümlich) annehmen durfte, der Preis der Maschine betrage nicht 224.450 DM, sondern nur 176.500 DM, und ob er etwa wegen Entschuldbarkeit dieses Irrtums damals nicht in Zahlungsverzug war.

3.) a) Die Revision macht geltend, die Restschuld des Klägers sei durch die Wechselbegebung gestundet worden.

Das mag sein, liege aber neben der Sache. Denn der letzte Prolongationswechsel der Fa. S [REDACTED] ist am

3. Januar 1964 fällig geworden. Damit war eine etwaige zwischenzeitliche Stundung beendet. Als der Kläger im Jahre 1965 Nachfrist setzte und zurücktrat, bestand daher keine Stundung mehr.

b) Daraus, daß die Fa. S. [REDACTED] anstelle der Beklagten die letzte Prolongation des Akzepts des Klägers als Wechselausstellerin übernommen hat, kann nicht hergeleitet werden, damit habe sie die Restschuld des Klägers auf die Maschine getilgt. Denn die Fa. S. [REDACTED] handelte nicht, um diese Schuld des Klägers gegenüber der Beklagten zu erfüllen, sondern um die Beklagte, ihre Tochtergesellschaft, von dem Risiko weiterer Kreditgewährung an den Kläger zu entlasten und deren Forderung gegen den Kläger selbst zu erwerben.

4.) Die Revision bringt vor, von der Restschuld sei ein Provisionsanspruch des Klägers von 6.735 DM abzusetzen.

Aus der von der Revision angeführten Schriftsatzstelle ergibt sich jedoch dafür nichts. Der Kläger hatte dort behauptet, die Beklagte habe den Kläger als Vermittler ihres Kaufvertrages mit P. [REDACTED] angesehen und ihm deshalb eine Provision von 3 % des Preises der Maschine gezahlt. Danach ist dieser Provisionsanspruch des Klägers bereits erfüllt.

5.) Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat der Kläger der Beklagten am 19. März 1963 507,20 DM Wechselprolongationskosten gezahlt.

Die Revision meint, dieser Betrag gehe von der Restschuld des Klägers ab. Dieser hat jedoch nicht behauptet, daß er die Zahlung der Wechselunkosten ohne Rechtsgrund geleistet hätte. Jedenfalls weist das die Revision nicht nach. An der von ihr angeführten Schriftsatzstelle ist nur unter Beweis gestellt, daß die Beklagte einen Wechsel abredewidrig weiterverkauft habe.

6.) Über Lagerkosten hat das Berufungsgericht nicht im Teilurteil, sondern erst in dem - insoweit nicht angefochtenen - Schlußurteil entschieden. Der Streit über die Lagerkosten ist daher nicht Gegenstand der Revision.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn der Kläger Lagerkosten bereits bezahlt hätte und diese in den zurückgeforderten 204.225 DM oder in der Wechselsumme enthalten wären. Die Revision weist aber keine entsprechende Behauptung des Klägers nach. An der von ihr angegebenen Schriftsatzstelle hat der Kläger - anscheinend im Zusammenhang mit der negativen Feststellungsklage - nur vorgetragen, die Beklagte habe ihm Lagerkosten "angelastet", also in Rechnung gestellt, nicht aber, daß er diese bezahlt hätte.

7.) Die Revision weist auch nicht nach, daß der Kläger höhere offene Provisionsansprüche hätte als die ihm vom Berufungsgericht gutgebrachten 1.224,85 DM (s. dazu unten zu B 2).

8.) Unerheblich ist, ob die Maschine wegen Fehlers der Teflonisierung der Walzen einen Minderwert von etwa 3.500 DM hat. Denn da nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls

ein Restpreis von 20.225 DM unbezahlt war, wäre auch nach Abzug von 3.500 DM noch ein Restbetrag von 16.775 DM offen geblieben, was nach dem oben zu II 2 Gesagten einen Lieferverzug der Beklagten ausschloß.

9.) Es kommt nicht darauf an, ob der Kläger in Annahmeverzug war oder nicht. Entscheidend ist, daß die Beklagte nicht in Lieferverzug war (vgl. oben II 2), so daß der Kläger nicht das Recht hatte, gemäß § 326 BGB zurückzutreten.

III. Die Revision macht geltend, die Beklagte habe die Maschine nicht verkaufen wollen. Sie habe die Vertriebsvereinbarung verletzt, ihr ganzes Streben sei darauf gerichtet gewesen, den Kläger wirtschaftlich zu vernichten und seine Urheberrechte (an der Maschine und dem Verfahren) an sich zu bringen. Sie habe zu diesem Zwecke seinen Mitarbeiter Czirr abgeworben. Sie habe ihm die Verwertung der Maschine durch Aufnötigen eines Werbeverbots und Rückforderung der Verkaufsunterlagen unmöglich gemacht. Sie habe ihn auch denunziert.

All dem brauchte das Berufungsgericht nicht nachzugehen. Denn der Kläger hatte in den Tatsacheninstanzen darauf seinen Rücktritt vom Liefervertrag der Maschine nicht gestützt. In der Revisionsinstanz kann er das nicht nachholen (§ 561 ZPO).

IV. Auf eine etwa zwischenzeitlich eingetretene "Verrottung" der Maschine kann sich die Revision nicht stützen. Denn sie weist nicht nach, daß, falls die Maschine (trotz Verpackung) infolge langen Lagerns auf dem Fabrikhof der Beklagten durch Witterungsein-

flüsse gelitten haben sollte, das von der Beklagten zu vertreten wäre.

V. Das Berufungsgericht gibt mehrere Hilfsbegründungen dafür, daß Lieferverzug der Beklagten nicht eingetreten sei. Darauf und auf die dagegen erhobenen Revisionsrügen braucht nicht eingegangen zu werden, da nach dem oben Gesagten bereits die Hauptbegründung das Urteil trägt.

B. Befreiungsanspruch:

1.) In Höhe von 20.225 DM (unbezahlter Restpreis der Maschine) ergibt sich unmittelbar aus den Ausführungen zu A, daß der Befreiungsanspruch wegen der Wechselschuld insoweit nicht begründet ist.

2.) In Höhe des Restes der Wechselschuld von 1.775,15 DM stützt das Berufungsgericht die Abweisung des Befreiungsanspruchs darauf, daß der Kläger der Beklagten für das Verbringen der Maschine aus ihrer Fabrikhalle ins Freie und für wetterfeste Verpackung 3.000 DM schuldig geworden sei, wovon es eine Provisionsforderung des Klägers von 1.224,85 DM absetzt.

Das Berufungsgericht führt dazu aus: Der Vertrag sei ergänzend dahin auszulegen, daß für diese Kosten dasselbe gelte wie für die Transport- und Verpackungskosten bei einer Versendung der Maschine. Diese Kosten hätte nach der Auftragsbestätigung vom 28. Dezember 1960 der Kläger zu tragen gehabt.

Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision wendet dagegen auch nichts ein.

C. Feststellungsantrag:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe gegen den Kläger Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer für die Maschine in Höhe von 8.978 DM (4 % von 224.450 DM).

Unstreitig hatten die Parteien zunächst einen Verkauf der Maschine an die Fa. P. [REDACTED] in Prag beabsichtigt. Das wäre ein umsatzsteuerfreies Exportgeschäft gewesen (§§ 4 Nr. 3, 4a UStG 1934). Dieses Exportgeschäft ist unstreitig gescheitert. Das Berufungsgericht hat in seinem Armenrechtsbeschluß, auf den es in seinem Teilurteil insoweit Bezug nimmt, ausgeführt, daß der Vertragspreis der Maschine als Exportpreis ohne Umsatzsteuer berechnet gewesen sei. Es legt in seinem Teilurteil den Vertrag der Parteien ergänzend dahin aus, für den Fall, daß die Beklagte doch Umsatzsteuer zahlen müsse, habe (im Innenverhältnis der Parteien) der Kläger diese Steuer zu übernehmen, weil sie regelmäßig auf den Preis aufgeschlagen und vom Besteller getragen werde. Bei dieser Sachlage sei anzunehmen, daß, wenn die Parteien bei Vertragsschluß mit der Möglichkeit einer Umsatzsteuerpflicht für die Maschine gerechnet hätten, die Beklagte den Preis entsprechend erhöht und der Kläger sich dem gefügt haben würde.

1.) Die Revision meint, die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten gegen den Kläger in Höhe der Umsatzsteuer bejaht hat, stehe in unlösbarem Widerspruch zu der Begründung, mit der es einen Anspruch der Beklagten in Höhe der Ausfuhrückvergütung verneint hat. (Dieser letzte Anspruch ist nicht Gegenstand der Revision).

Ein Widerspruch besteht jedoch nicht.

a) Das Berufungsgericht stellt im Zusammenhang mit der Ausfuhrückvergütung fest, die Beklagte habe damit gerechnet, daß der Kläger möglicherweise einen Endabnehmer, der den Anspruch auf Ausfuhrückvergütung rechtfertigte, nicht finden werde. Im Zusammenhang mit der Umsatzsteuer hat es festgestellt, die Beklagte habe nicht damit gerechnet, daß das Geschäft umsatzsteuerpflichtig werden könne.

b) Beides ist miteinander vereinbar. Es ist zu beachten, daß Ausfuhrückvergütung nur bei einem Export der Maschine ins Ausland in Betracht kam (§ 23 Abs. 1 UStG 1934), während Umsatzsteuerfreiheit auch bei einem Verkauf in die Bundesrepublik (außerhalb Berlins) entstanden wäre (vgl. § 4 Nr. 3, 4 a UStG 1934; § 7 des Gesetzes zur Förderung der Wirtschaft von Berlin (West) i.d.F. vom 9. September 1952 - BGBl I 621).

c) Das Berufungsgericht hat ersichtlich die Überzeugung gewonnen, daß die Parteien zwar einen Export ins Ausland nicht für sicher gehalten haben, wohl aber, wenn er nicht zustande käme, einen Verkauf nach Westdeutschland. Zu diesem Schluß durfte das Berufungsgericht um so eher gelangen, als die (von ihm in diesem Zusammenhang erwähnte) Maschine H [REDACTED] tatsächlich nach Westdeutschland abgesetzt worden war.

2.) Zu Unrecht beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang darauf, daß die Beklagte einen Verkauf der Maschine nach Ostberlin vereitelt habe. Denn ein Verkauf nach Ostberlin oder in die DDR wäre nicht umsatzsteuerfrei gewesen.

Aus diesem Grunde kommt es auch nicht auf den Be-
weisantritt Rüstig an, den die Revision mit Hilfe einer
Rüge aus § 139 ZPO nachzuschieben versucht.

D. --- Kostenentscheidung:

1.) Die Revision gegen die Kostenentscheidung des
Schlußurteils des Berufungsgerichts ist zulässig (BGHZ
19, 172; 20, 253). Sie ist aber nicht begründet. Die vom
Berufungsgericht getroffene Kostenentscheidung entspricht
seiner Entscheidung zur Hauptsache. Da die Revision hier-
gegen (gegen das Teilurteil) unbegründet ist, wie sich
aus den obigen Ausführungen ergibt, ist es auch die Re-
vision gegen die Kostenentscheidung des Schlußurteils.

2.) Die Revisionen des Klägers sind daher mit der
Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt