

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 127/67

URTEIL

Verkündet am

9. Oktober 1969

H o r n ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans Joachim von G [REDACTED] ,
W [REDACTED] , A [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Klägers, Berufungsbeklagten, Anschluß-
berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Fabrikantin Elisabeth W [REDACTED] , K [REDACTED]-W [REDACTED] . ,
H [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschluß-
berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main - 12. Zivilsenat in Darmstadt - vom 7. Juli 1966 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ im Jahre 1959 nach einer eigenen bis dahin noch nicht praktisch erprobten Konstruktionsidee 11 Getränkeautomaten herstellen. Eine Frankfurter Firma lieferte die Gehäuse und Kühlaggregate und die Firma B in H die Halterungen (Rechen). Die Beklagte erhielt den Auftrag, je eine Innen- und Außenautomatik für die 11 Getränkeautomaten zum Gesamtpreis von 4.400 DM anzufertigen. Dazu stellte ihr der Kläger von ihm bei der Firma A in R beschaffte Münzprüfer und Münztaschen zur Verfügung, die beim Bau der Automaten mit verwendet wurden.

- 3 -

Die Firma B. setzte die einzelnen Teile zu lieferfertigen Getränkeautomaten zusammen. 6 Getränkeautomaten wurden am 7. August 1959 an die Firma A. in M. und weitere 4 Stück im September 1959 an die Marburger Brauerei B. & B. geliefert. Den elften Automaten erhielt der Kläger als Ausstellungsstück.

Alsbad nach der Auslieferung der ersten Automaten erhoben die Abnehmer Beanstandungen, weil es möglich war, Flaschen ohne Bezahlung zu entnehmen. Es kam auch vor, daß Benutzer, die Geld eingeworfen hatten, keine Flasche erhielten. Die Beklagte ersetzte die Innenautomatiken aus Leichtmetall kostenlos durch solche aus Eisen. Auch damit wurden die Störungen jedoch nicht endgültig behoben. Zwei in Marburger Studentenheimen aufgestellte Automaten blieben bis 1961 in Benutzung. Die übrigen wurden schon früher aus dem Verkehr gezogen.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch, da sie keine funktionsfähigen Automatiken geliefert habe.

Er hatte in erster Instanz beantragt:

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 20.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 24. August 1959 zu zahlen;
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm daraus entstanden sei, daß die Beklagte im Jahre 1959 22 mangelhafte Innen- und Außenautomatiken für 11 Flaschenautomaten in Truhenform geliefert habe.



Die Beklagte leugnet ihre Schadensersatzverpflichtung.

Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Klage abgewiesen, soweit mit ihr Schadensersatz aus der Lieferung von 4 Automaten an die M. Brauerei begehrt wird; im übrigen hat es die Klage dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Berufung erstrebte die Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Mit Anschlußberufung beehrte der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 114.264,88 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 24. August 1959. Er macht folgende Ansprüche geltend:

a) Schaden wegen entgangener weiterer Aufträge	= 76.406,-- DM
b) Reparaturkosten an den gelieferten Automaten	= 5.875,73 DM
c) An die Beklagte gezahlter Werklohn	= 2.400,-- DM
d) Zahlung für Münztaschen und Münzprüfer	= 2.022,40 DM
e) Kosten für Weiterentwicklung	= 2.176,50 DM
f) Reisekosten	= 4.159,25 DM
g) Verdienstausschlag	= 20.000,-- DM
h) Aufwendungen für Werbung und Fernspreckgebühren	= 1.225,-- DM

Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil dahin abgeändert, daß die Ansprüche des Klägers in Höhe von 7.403,83 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 24. August 1959 dem Grunde nach gerechtfertigt sind. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Von den Kosten der Berufungsinstanz hat es 14/15 dem Kläger auferlegt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag in vollem Umfang weiter.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die Ansprüche des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit er Kosten der Reparaturen an den von der Beklagten gelieferten Automaten und damit zusammenhängende Reisekosten und Fernsprechgebühren verlangt (BU 5, 8). Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Die Revision rügt, aus dem Urteil ergebe sich nicht klar, welche Ansprüche dem Kläger dem Grunde nach zugesprochen und welche abgewiesen worden seien.

Diese Rüge geht fehl.

Das Berufungsurteil nennt auf Seite 5 die einzelnen Positionen, die es dem Grunde nach für berechtigt hält. Darunter fehlt in der Aufrechnung die Position III 2 e (Schriftsatz des Klägers vom 20. April 1966 S. 6). Dabei handelt es sich um 130 DM, die der Kläger für Reparaturarbeiten an eine Firma K [REDACTED] gezahlt hat. Die Zusammenrechnung der einzelnen Reparaturkosten und der damit zusammenhängenden Reisekosten und Fernsprechgebühren ergibt, daß auch diese 130 DM unter den vom Berufungsge-

richt genannten Betrag von 7.403,83 DM fallen. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Revision.

Es ist richtig, daß unter den Positionen, für die eine Ersatzpflicht im Urteil verneint wird, nicht ausdrücklich genannt worden sind die Positionen III 4 j mit 188,75 DM und III 6 b mit 60,60 DM. Hierbei handelt es sich einmal um eine Forderung für Reisekosten einschließlich Tage- und Übernachtungsgeld für einen Aufenthalt des Klägers auf der Frankfurter Messe und zum anderen um Werbungskosten. Beide Positionen betreffen also eindeutig solche Forderungen, deren Ersatz vom Berufungsgericht abgelehnt worden ist (BU 9).

II.

Das Berufungsgericht führt aus, die dem Grunde nach zuerkannten Beträge könne der Kläger nach § 635 BGB als Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Soweit der Kläger dagegen Ersatz von Aufwendungen begehre, die ihm auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrages entstanden wären, sei die Klage abzuweisen (Pos. III 2 a, 2 b, 2 g, 4 b).

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Der Kläger verlangt die Rückzahlung des Werklohnes, den er bereits in Höhe von 2.400 DM für 6 Innen- und Außenautomaten an die Beklagte gezahlt hat (Pos. III 2 a). Es handelt sich dabei um die Automaten für die an die Firma A■■■■■ gelieferten Getränkeautomaten.

Der Kläger könnte, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, als Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch die Rückzahlung des an die Beklagte gezahlten Werklohnes verlangen, wenn die Automaten wegen ihrer Mangelhaftigkeit unverwendbar waren (BGHZ 27, 215; BGH VII ZR 239/61 vom 7. Februar 1963). Das setzt jedoch voraus, daß ihm dadurch, daß er den Werklohn von 2.400 DM gezahlt hat, ein Schaden entstanden ist. Das ist aber nicht der Fall.

a) Der Kläger hatte zwar in der Klage vorgetragen, er habe die von der Beklagten gelieferten Automaten auf seine Kosten durch neue Automaten, die die Firma B. hergestellt habe, ersetzen lassen. Wenn dies der Fall wäre, dann wäre ihm in der Tat ein Schaden entstanden. Bei den Leistungen der Firma B. handelt es sich aber ausweislich der Rechnungen dieser Firma (Anlagen 18 - 28 zum Schriftsatz des Klägers vom 20. April 1966) um Reparaturarbeiten an den von der Beklagten gelieferten und nicht um die Lieferung neuer Automaten. Der Ersatz der ihm durch Leistungen der Firma B. entstandenen Kosten ist dem Kläger bereits dem Grunde nach rechtskräftig vom Berufungsgericht zugesprochen worden (BU 5, Pos. III 2 f). Er kann daher die an die Beklagte gezahlten 2.400 DM nicht mit der Begründung zurückverlangen, daß er Aufwendungen für eine Beschaffung neuer Automaten von der Firma B. gehabt habe.

b) Er hat die an die Firma A. gelieferten Getränkeautomaten von dieser bezahlt bekommen. Er hat selbst nicht behauptet, daß er den Kaufpreis an die Firma A. zurückgezahlt habe. Nur wenn das der Fall

wäre oder er auf seine Kosten Ersatzautomatiken beschafft hätte (vgl. dazu unter II, 1 a), wäre ihm aber ein Schaden auch in der Höhe der an die Beklagte geleisteten Zahlung von 2.400 DM entstanden, den er, wenn die Automatiken wegen ihrer Mangelhaftigkeit unverwendbar waren, als Rückzahlungsanspruch geltend machen könnte.

2. Der Kläger begehrt die Zahlung von 2.202,40 DM für 22 Münzprüfer und Münztaschen (Pos. III 2 b), die er von der Firma A in R bezogen und dieser bezahlt hat, und die er der Beklagten für die Automatiken zur Verfügung gestellt hatte. Außerdem verlangt er in diesem Zusammenhang den Ersatz von 290 DM Reisekosten (Pos. III 4 b).

Diese Ansprüche sind nicht schlüssig dargetan.

a) Der Kläger hat die Aufwendungen für die Beschaffung von 20 Münzprüfern und Münztaschen bei der Lieferung an die Firma A und die M Brauerei mitbezahlt bekommen. Er kann daher hier nicht Aufwendungen gesondert ersetzt verlangen, die im Kauferlös enthalten sind.

b) Die M Brauerei hat zwar von ihm nach Wandlung des Kaufvertrages u.a. auch die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt (BU 2) und gegen ihn einen Vollstreckungsbefehl des Amtsgerichts in Marburg vom 27. Juni 1960 (2 B 1623/60) über 10.606 DM nebst Zinsen und Kosten erwirkt. In diesem Betrag ist auch der Gegenwert für die Münzprüfer und Münztaschen enthalten. Insoweit macht er aber Ansprüche gegen die Beklagte mit den vorliegenden Anträgen ausdrücklich zur Zeit nicht geltend (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 20. April 1966 S. 10 unter III 5 a).

c) Zwei Münzprüfer und Münztaschen sind in den dem Kläger als Ausstellungsstück verbliebenen Automaten eingebaut. Sie stehen ihm daher zur Verfügung.

3. Der Kläger fordert von der Beklagten den Ersatz von 294,40 DM für eine Rechnung der Firma G. [REDACTED] vom 20. Juli 1959 (Pos. III 2 g). Das Berufungsgericht führt dazu aus, dabei handle es sich um Aufwendungen, die vor der Abnahme der ersten Automaten liegen. Daraus ergebe sich, daß es sich nicht um Reparaturkosten an den von der Beklagten gelieferten Automatiken handeln könne. Aus der Rechnung der Firma G. [REDACTED] (Anlage 26 zum Schriftsatz vom 20. April 1966), die als Werkleistung "1 Teil für Flaschenautomat angefertigt" bezeichnet, ergibt sich nicht, daß diese Werkleistung irgendwie im Zusammenhang mit der Lieferung der Beklagten steht. Auch die Revision vermag dazu nichts zu sagen.

4. Nach alledem sind die Ansprüche des Klägers aus seiner Aufstellung im Schriftsatz vom 20. April 1966 zu III 2 a, III 2 b, III 4 b und III 2 g zu Recht abgewiesen worden.

III.

Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger könne von der Beklagten nicht den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm nach seiner Darstellung dadurch entstanden sei, daß er sich nach dem Versagen der mit den Automatiken der Beklagten ausgestatteten Automaten längere Zeit mit der Weiterentwicklung befaßt und dadurch Verdienstausfall erlitten habe (Pos. III 5 b), ihm Auslagen

für die Weiterentwicklung entstanden seien (Pos. III 3 a, b; III 4 h), er von den Aufwendungen für die Werbung keinen Nutzen gehabt habe (Pos. III 6 a - c), ihm Aufträge entgangen seien (Pos. III 1 a - g) und er im Zusammenhang damit Reisekosten gehabt habe (Pos. III 4 a, c, d, e, f, g, j, k). Er mache insoweit Ansprüche geltend, die sich nicht auf die Automaten bezögen, für die die Beklagte die Automaten geliefert habe.

Wenn hierfür überhaupt das Verschulden der Beklagten mitursächlich gewesen sei, falle es insoweit gegenüber dem eigenen Verschulden des Klägers überhaupt nicht ins Gewicht, so daß die Schäden auch dann allein dem Kläger zur Last fallen müßten, wenn man die Voraussetzungen für eine Abwägung nach § 254 BGB grundsätzlich als erfüllt ansehen wollte.

Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Es kann dahinstehen, ob für diese Klageforderungen als Anspruchsgrundlage § 635 BGB oder positive Vertragsverletzung in Betracht kommt.

Für die Revision ist davon auszugehen, daß die von der Beklagten gelieferten Automaten mangelhaft waren und ein Verschulden der Beklagten für diesen weiter vom Kläger geltend gemachten Schaden mitursächlich war.

2. Aber auch bei Annahme eines mitwirkenden Verschuldens der Beklagten ist die Abweisung der weitergehenden Klage aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsgericht nimmt ein überwiegendes Verschulden des Klägers an, das die Ursächlichkeit eines möglichen Verschuldens der Beklagten ganz zurücktreten läßt.

b) Die Abwägung des Maßes der Ursächlichkeit des beiderseitigen Verschuldens ist Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob dieser alle in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt hat und ob ihm dabei rechtsirrtümliche Erwägungen unterlaufen sind (BGH NJW 1952, 1329; LM Nr. 3 zu § 254 (G) BGB; VII ZR 105/63 vom 17. Dezember 1964; VII ZR 230/63 vom 1. April 1965; VII ZR 23/66 vom 19. Dezember 1968). Das Berufungsgericht hat alle in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt. Rechtsirrtümliche Erwägungen sind ihm dabei nicht unterlaufen.

aa) Der Kläger hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die von ihm behaupteten Aufwendungen getätigt und sich weitere Verdienstmöglichkeiten in der Erwartung entgehen lassen, die ersten Versuchsstücke würden sich in der Praxis sogleich bewähren.

Die Wertung dieses Verhaltens durch das Berufungsgericht als leichtfertig ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, zumal der Kläger in seinen Prospekten der Wahrheit zuwider seine Automaten als solche bezeichnet hat, die nach jahrelangen, praktischen Erfahrungen in der Aufstellung von Getränkeautomaten gründlich durchkonstruiert und unbedingt funktionssicher seien. Tatsächlich lagen praktische Erfahrungen mit den Automaten nicht vor.

Er hatte zudem die Lieferung der Getränkeautomaten an die Firma A. [REDACTED] und die M. [REDACTED] Brauerei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schon zugesagt, bevor er überhaupt Verhandlungen mit der Beklagten aufgenommen hatte.

Soweit er diese Feststellung mit einer Verfahrensrüge angreift, ist diese nicht begründet.

bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ergab sich schon bald nach den ersten Lieferungen, daß die Automaten nicht funktionssicher waren. Auch die Nachbesserungsarbeiten führten nicht zum Erfolg. Der Kläger war durch den Vertrag mit der Beklagten, der nur die Automaten für 11 Automaten betraf, nicht gehindert, gleichzeitig oder spätestens nach den ersten schlechten Erfahrungen mit den gelieferten weitere Automaten bei anderen Unternehmern zu bestellen. Er behauptet selbst nicht, auch nur den Versuch gemacht zu haben, auf diese Weise zu verhindern, daß sich die mangelhafte Arbeit der Beklagten über die Schäden an den unmittelbar betroffenen Automaten hinaus zu seinem Nachteil auswirkte. Er hat sich nicht sogleich um andere Lieferanten bemüht, um so zu vermeiden, daß die weiteren in Aussicht gestellten bzw. nach seinem Vorbringen erteilten Aufträge daran scheiterten, daß keine brauchbaren Automaten zur Verfügung standen. Er will nun allen Schaden, der ihm daraus entstanden ist, der Beklagten aufbürden.

Es ist bei dieser Sachlage aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Ursächlichkeit des Verschuldens des Klägers als überwiegend angesehen hat und das Risiko, daß die von der Beklagten ge-

lieferten Automaten nicht brauchbar, deshalb weitere Getränkeautomaten nicht absetzbar waren und dem Kläger so Gewinn entging, allein zu seinen Lasten gehen läßt.

cc) Es kann dahinstehen, ob der Kläger die Beklagte nicht zudem auf die Gefahr eines so ungewöhnlich hohen Schadens hätte aufmerksam machen müssen, den die Beklagte nicht kannte und auch nicht kennen mußte (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB), zumal sich der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag allein auf je 11 Innen- und Außenautomaten bezog und nicht etwa vereinbart worden war, daß die Beklagte für alle vom Kläger abzusetzenden Getränkeautomaten die Automaten liefern sollte, die Beklagte lediglich einen Werklohn von insgesamt 4.400 DM zu beanspruchen hatte und der Kläger die Automaten für 2.200 - 3.000 DM je Stück verkauft hat.

c) Nach alledem ist es daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der Kläger den von ihm behaupteten Schaden (entgangener Gewinn, Verdienstausschlag, Kosten der Weiterentwicklung, Werbungskosten und die mit diesen Positionen zusammenhängenden Reisekosten) überwiegend selbst verursacht und verschuldet hat und eine Ersatzpflicht der Beklagten nicht gegeben ist, auch wenn deren Verschulden für diesen Schaden mitursächlich war.

IV.

Das angefochtene Urteil läßt auch sonst keine Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers erkennen.

Seine Revision ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Er hat gemäß § 97 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Schmidt