

2

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 24/68

URTEIL

Verkündet am

2. Februar 1971
Schwingen,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma C [REDACTED] Elektro- und Haushaltsgeräte Robert H. St [REDACTED] KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma E [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Beklagten zu 2, B [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],
2. des Kaufmanns Robert H. S t [REDACTED], daselbst,

- Prozeßbevollmächtigte:

Beklagten und Revisionskläger,
Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Eisen- und Stahlbau GmbH, M [REDACTED], Postfach [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Gustav K [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter:

Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Spreng und der Bundesrichter Trüstedt, Claßen, Dr. Bruchhausen und Ochmann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. März 1968 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Revisionsverfahrens als Gesamtschuldner.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 2 war Inhaber des eingetragenen Gebrauchsmusters ■■■■■, das ein elektrisches Strahlheizgerät betrifft. Er erteilte der Klägerin am 30. Juni 1964 die ausschließliche Lizenz zur Herstellung und zum Vertrieb der Heizgeräte gegen eine Stücklizenz von anfangs 8, später 5 DM. Am selben Tage kaufte die Klägerin vom Beklagten zu 2 40 000 Stück Elektroheizstäbe, die in die Geräte einzubauen waren und die der Beklagte zu 2 von der Firma S■■■ in L■■■■ bezog. Die Klägerin ließ die Heizgeräte bei der Firma L■■■ in Kö■■■■ herstellen.

- 3 -

Nach Aufnahme der Produktion ergab sich eine wachsende Zahl von Beanstandungen der Endabnehmer der Klägerin. Die Klägerin führte diese Beanstandungen darauf zurück, daß die eingebauten Heizstäbe nicht den Betriebsanforderungen gewachsen waren. Der Beklagte zu 2 wies die Klägerin mit Schreiben vom 16. November 1964 an, die gelieferten Heizstäbe nicht mehr zu verwenden. Die Klägerin machte Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2 geltend. Nach einer Absprache am 5. Januar 1965 haben die Klägerin und die Beklagte zu 1, deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 2 war, am 15. März 1965 zur Bereinigung der Angelegenheit eine Vereinbarung folgenden Inhalts getroffen:

1. Die Beklagte zu 1 erteilte der Klägerin einen Festauftrag über 3 000 Heizgeräte, die ausschließlich mit dem Typenschild "C[REDACTED]" versehen werden sollten.
2. Bis zum 15. Mai 1965 konnte die Beklagte zu 1 weitere 2 000 Geräte in Auftrag geben. Für diesen Fall sollte die Klägerin ganz aus dem Verkauf ihrer Heizgeräte "therm-O-therm" herausgehen.
3. Der Preis betrug ab M[REDACTED] oder Kö[REDACTED] 92,80 DM komplett und verpackt.

.....

8. Alle bisherigen Forderungen sollten in folgender Weise gegeneinander aufgehoben sein:
 - a) Verkauft die Klägerin anderweitig als an die Beklagte zu 1, so kann sie von der ab 1. März 1965 an den Beklagten zu 2 zu zahlenden Lizenz von 5 DM pro Stück zunächst 25 000 verrechnen, ehe weitere Lizenzen zu zahlen sind.



- b) Verkauft die Beklagte zu 1 allein, so hat sie am Ende des Jahres 1965 an die Klägerin 25 000 DM zu zahlen. Außer für den Fall, daß die Klägerin weitere lizenzpflichtige Geräte verkauft, sind gegeneinander keine weiteren Forderungen mehr vorhanden.

Die Beklagte zu 1 nahm nur 170 Heizgeräte von der Klägerin ab. Mit Schreiben vom 11. Oktober 1965 annullierte sie den Kaufvertrag über 3 000 Geräte. Die Klägerin widersprach dem und setzte der Beklagten zu 1 mit Schreiben vom 31. Dezember 1965 eine Nachfrist für die Abnahme der Geräte bis zum 8. Januar 1966 mit dem Bemerken, daß sie - die Klägerin - nach diesem Zeitpunkt die Abnahme der Geräte ablehne. Mit der Klage macht die Klägerin einen Teilbetrag ihres Schadens und zwar in erster Linie den ihr aus der Nichtabnahme von 2 830 Stück Heizgeräten entgangenen Gewinn von 8,05 DM pro Stück geltend, vorsorglich weitere 4,95 DM pro Stück für Verwaltungskosten. Der Beklagte zu 2 haften als früherer persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1 als Gesamtschuldner.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 18 395,-- DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit dem 1. Januar 1966 zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie haben behauptet, die Parteien seien sich am 15. März 1965 einig gewesen, daß die Klägerin nur im Ausland, nicht aber im Inland verkaufen und die Beklagte zu 1 nicht im Preis unterbieten dürfe. Durch einen Verstoß gegen diese

Verpflichtungen und einen Verkauf der Geräte an Versand- bzw. Kaufhäuser habe die Klägerin die Verkaufstätigkeit der Beklagten zu 1 erheblich gestört. Die gelieferten Geräte seien nicht mit dem vereinbarten Firmenschild, sondern mit dem der Klägerin versehen gewesen. Zahlreiche der gelieferten Geräte hätten erhebliche Mängel aufgewiesen. Statt mit einem zweipoligen Schalter seien sie mit einem einpoligen Schalter ausgestattet gewesen. Im Oktober 1965 seien von 20 Geräten 9 unbrauchbar gewesen. Trotz wiederholter Aufforderungen habe die Klägerin diesem Mißstand nicht abgeholfen. Wegen dieser Vertragsverletzungen der Klägerin sei die Beklagte zu 1 zur vollständigen Erfüllung des Vertrages vom 15. März 1965 nicht verpflichtet gewesen. Die Klägerin sei auch nicht in der Lage gewesen, die erforderliche Zahl der Geräte zu liefern.

Die Klägerin hat unter anderem vorgebracht, die Beklagte zu 1 habe ihre Firmenschilder trotz häufiger Aufforderung nicht übersandt. Bei den Sachmängeln habe es sich ausschließlich um Transportschäden gehandelt, die sie nicht zu vertreten habe. Der einpolige Schalter entspreche allen Anforderungen.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von zwei Zeugen der Klage stattgegeben.

Die Beklagten haben Berufung eingelegt, mit der sie den Klageabweisungsantrag weiterverfolgten.

Sie haben sich weiter darauf berufen, der Vertrag vom 15. März 1965 sei unwirksam, weil die Parteien bei Abschluß dieses Vergleichs übereinstimmend davon ausgegangen seien, daß die von der Firma S. bezogenen Heizstäbe mangelhaft gewesen seien, was sich nachträglich als unrichtig herausgestellt habe. Das Landesgericht und das Oberlandesgericht I hätten in einem Prozeß des Beklagten zu 2 mit der Firma S. festgestellt, daß die Heizstäbe brauchbar seien. Die wirkliche Ursache dafür, daß die Heizstäbe durchgebrannt seien, habe in den von der Klägerin verwendeten einpoligen Schaltern gelegen, mit denen die Klägerin entgegen der Anweisung des Beklagten zu 2 die Heizgeräte ausgestattet habe.

Die Klägerin habe auch die Transportschäden zu vertreten, weil sie keine geeignete Verpackung verwendet habe.

Die Klägerin hat die Zurückweisung der Berufung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, die von der Firma Steka bezogenen Heizstäbe seien für die Belastung in Reflektorheizgeräten unbrauchbar. Die Beklagte zu 1 habe die etwaigen Mängel der an sie gelieferten Heizgeräte nicht rechtzeitig "gerügt". Die Beklagte zu 1 habe die Klägerin nicht angewiesen, nur zweipolige Schalter zu verwenden.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

1. Nr.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist erfolglos.

I. 1. Das Berufungsgericht beurteilt den geltend gemachten Anspruch als Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB, weil die Beklagte zu 1 mit der Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Abnahme weiterer 2 830 Heizgeräte, die ihr nach Ziffer 1 des Vertrages vom 15. März 1965 oblag, in Verzug geraten sei. Da unstreitig ist, daß die Beklagte zu 1 statt der vereinbarten 3 000 Geräte nur 170 Stück abgenommen hat, und die formellen Voraussetzungen des § 326 BGB mit dem Schreiben der Klägerin vom 31. Dezember 1965 gegeben sind, begegnet dieses Beurteilung des Vorderrichters keinen rechtlichen Bedenken. Solche werden insoweit auch von der Revision nicht erhoben.

2. a) Das Berufungsgericht hält die Vereinbarung vom 15. März 1965 für wirksam. Es wertet sie als Vergleich, der zum Ausgleich der von der Klägerin gegen den Beklagten zu 2 erhobenen Schadensersatzansprüche geschlossen wurde, die die Klägerin mit der Begründung geltend gemacht hatte, an ihren Heizgeräten seien zahlreiche Mängel aufgetreten, die auf eine Ungeeignetheit der vom Beklagten zu 2 gelieferten Heizstäbe zurückzuführen seien. Der Ausgleich sei in der Weise erfolgt, daß die Beklagte zu 1 eine bestimmte Anzahl der Heiz-

6

geräte von der Klägerin abnahm und die durch die aus dieser Abnahme entstehenden Lizenzgebühren auf den auf 25 000 DM bezifferten Schadensersatzanspruch der Klägerin verrechnet werden sollten. Die Voraussetzung von § 779 BGB, daß der nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspreche, liege nicht vor. Die Frage, ob die Heizröhren (Heizstäbe) mangelhaft waren oder nicht, sei Streitgegenstand gewesen. Die darüber bestehende Ungewißheit sei durch die Vereinbarung vom 15. März 1965 beseitigt worden. Die Parteien seien sich nicht darüber einig gewesen, daß die Heizstäbe mangelhaft gewesen seien und daß der Klägerin wegen dieses Mangels ein Schadensersatzanspruch zustehe. Das entnimmt das Berufungsgericht dem eigenen Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 12. Januar 1967. Darin hätten die Beklagten ausgeführt, daß sie keineswegs der von der Klägerin geäußerten Meinung gewesen seien, daß die Heizstäbe mangelhaft seien; sie hätten die "Mängelrügen" der Klägerin zu keinem Zeitpunkt anerkannt. Das Berufungsgericht führt weiter aus, zwar seien die Beklagten später von diesem Standpunkt abgerückt. Das Berufungsgericht sei jedoch davon überzeugt, daß die in dem Schriftsatz vom 12. Januar 1967 geäußerte Meinung ihre wirkliche Ansicht über die Frage wiedergebe, ob zur Zeit des Vergleichsabschlusses unter den Parteien Streit über die Mängelursache bestanden habe oder nicht. Darüber hinaus steht nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht fest, daß der seinerzeit angeblich zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entsprochen habe. Der im Prozeß in I [REDACTED] gehörte Sachverständige Dipl.-Ing. A [REDACTED] halte, wie sein Gutachten deutlich ergebe, die Heizstäbe für Heizöfen mit Reflektoren, wie sie bei den Parteien Verwendung fanden, für ungeeignet. Es könne auch

nicht angenommen werden, daß der Streit der Parteien nicht entstanden wäre, wenn sie die aus dem Gutachten A [REDACTED] ergebenden Tatsachen schon beim Vergleichsabschluß gekannt hätten. Das Gutachten lasse durchaus verschiedene persönliche Meinungen darüber zu, ob die gelieferten Heizstäbe für die Heizöfen mit Reflektoren geeignet waren oder nicht. In einem anderen Zusammenhang führt das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 779 BGB aus, daß die Parteien über die Frage nach der Ursächlichkeit der aufgetretenen Mängel nicht einig waren und trotzdem den Vertrag vom 15. März 1965 geschlossen hätten.

b) Die Revision richtet ihren Hauptangriff dagegen, daß das Berufungsgericht wegen rechtsirriger Auslegung des § 779 BGB sowie infolge unrichtiger und verfahrenswidrig unvollständiger Würdigung des Parteivorbringens verkannt habe, welches der von den Parteien als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt sei und welches der Sachverhalt sei, hinsichtlich dessen der Streit oder die Unge-
wißheit bestanden habe. Sie ist der Ansicht, beide Parteien seien übereinstimmend beim Vergleichsabschluß davon ausgegangen, daß die Beschaffenheit der von der Firma S [REDACTED] bezogenen Heizstäbe die alleinige Ursache der bei den Heizgeräten aufgetretenen Mängel und für den dadurch der Klägerin erwachsenen Schaden bilden konnte. Sie hätten beiderseits als feststehend angenommen, der Schaden der Klägerin könne in jedem Falle einzig und allein durch die Beschaffenheit der Heizstäbe verursacht

worden sein. Eine andere Verursachungsmöglichkeit sei von keiner Seite in Erwägung gezogen worden. Namentlich sei nicht in Rechnung gestellt worden, daß die Klägerin bei der Herstellung der Heizgeräte vorschriftswidrig verfahren sei und dadurch das Durchbrennen der Heizstäbe verursacht haben könnte. Beim Vergleichsabschluß sei davon ausgegangen worden, daß die Herstellung der Geräte durch die Klägerin ordnungsgemäß erfolgt sei. Es habe sich nach der in der Berufungsinstanz gegebenen Darstellung der Beklagten nach dem Vergleichsabschluß herausgestellt, daß die Fehlerquelle gar nicht in der Beschaffenheit der Heizstäbe sondern in dem anweisungswidrigen Einbau der einpoligen Schalter gelegen habe. Die in einem anderen Zusammenhang, nämlich in bezug auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage angestellten Erörterungen des Berufungsgerichts könnten nicht auf die im Rahmen der Anwendbarkeit von § 779 BGB vorzunehmende Prüfung übertragen werden.

c) Der Angriff der Revision bleibt erfolglos.

aa) Die Revision übersieht die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Parteien beim Vertragsabschluß am 15. März 1965 nicht einig waren über die Frage der Ursächlichkeit der aufgetretenen Mängel. Das Berufungsgericht leitet diese Feststellung ersichtlich daraus her, daß die Beklagten die Gewährleistungsansprüche der Klägerin nicht anerkannt sondern den Mängelrügen der Klägerin entgegengetreten sind, wie sie im Schriftsatz vom 12. Januar 1965 selbst vorgetragen haben, der nach der Überzeugung des Berufungsgerichts ihre wirkliche Ansicht zu diesem Punkte wiedergibt. Aus dem Bestreiten der Mängel der Heizstäbe folgt, daß die Beklagten die Ursache

der auftretenden Mängel an den Heizgeräten auf andere Umstände zurückführten, die im Bereich der Herstellung liegen mußten. Die Beklagten haben in dem genannten Schriftsatz selbst vorgetragen, "die Mängelrügen der Klägerin müßten bestritten werden", da die Vermutung naheliege, daß die Schwierigkeiten nicht auf Fehlern an den Heizstäben sondern auf Fehler bei ihrem Einbau in die Heizgeräte oder darauf zurückzuführen seien, daß die Geräte nicht in der für die Heizstäbe vorgesehenen Form und Ausführung gefertigt worden seien (vgl. S. 4/5 des Schriftsatzes vom 12. Januar 1965). Es bestand nach diesem eigenen Vortrag der Beklagten keine Veranlassung zur Vernehmung des Zeugen Kl., was die Revision als übergangen rügt. Dieser Zeuge war nicht zum Beweise dafür benannt, daß die Parteien beim Vergleichsabschluß davon ausgegangen seien, daß die Herstellung der Geräte durch die Klägerin ordnungsgemäß erfolgt sei und das Durchbrennen der Heizstäbe allein an deren Beschaffenheit liegen könne, wie die Revision meint. Der Beweisantritt auf Seite 5 des Schriftsatzes der Beklagten vom 20. Oktober 1967 bezog sich lediglich darauf, daß die Parteien übereinstimmend irrtümlich von der Mangelhaftigkeit der Heizstäbe ausgegangen seien. Diese Behauptung schloß nicht ein, daß die Beklagten ihrerseits nicht in Erwägung gezogen hatten, daß die Ursache für das Durchbrennen der Heizstäbe auch auf einen Fehler bei der Herstellung der Geräte zurückzuführen war. Sie hatten insoweit in dem bereits erwähnten Schriftsatz vom 12. Januar 1965 selbst das Gegenteil behauptet. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht seine Feststellung getroffen hätte, ohne das gesamte Vorbringen der Beklagten zu

diesem Punkte in Betracht zu ziehen, wie die Revision meint. Von einer fehlenden Begründung des angefochtenen Urteils in diesem Punkte (§ 551 Nr. 7 ZPO) kann entgegen der Ansicht der Revision keine Rede sein. Die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Parteien über die Ursache der Mängel uneins gewesen seien, ist deshalb verfahrensmäßig nicht zu beanstanden und daher für das Revisionsgericht bindend.

Der Umstand, daß diese Feststellung des Berufungsgerichts bei der Beurteilung der Geschäftsgrundlage der Vereinbarung vom 15. März 1965 getroffen worden ist, schließt es nicht aus, diese Feststellung der Beurteilung nach § 779 BGB zugrunde zu legen, auf welche Vorschrift das Berufungsgericht selbst ausdrücklich verwiesen hat. Ein Sachverhalt, über den die Parteien des Vergleichs bei der Bereinigung eines Streites uneins sind, kann nicht als dem Vergleich als feststehend zugrundegelegter Sachverhalt gewertet werden. Demnach kann der Vergleich vom 15. März 1965 entgegen der Ansicht der Revision allein wegen der Frage der Ursächlichkeit der Mängel an den Heizgeräten nicht als unwirksam angesehen werden. Diese Frage gehörte vielmehr nach der unangreifbaren Feststellung des Berufungsgerichts zu den durch den Vergleich bereinigten Streitpunkten. Die Tatsache, daß ein streitiger Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht, führt nicht die Unwirksamkeit des Vergleiches herbei. Deshalb ist es ohne Bedeutung, daß sich nach der Darstellung der Revision nach dem Vergleichsabschluß herausgestellt haben soll, daß nicht die Beschaffenheit der Heizstäbe sondern allein der Einbau eines einpoligen Schalters die Mängel der Geräte verursacht haben soll.

bb) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß die Parteien beim Abschluß der Vereinbarung vom 15. März 1965 weder darüber, ob die Heizstäbe mangelhaft gewesen sind, noch darüber, ob der Klägerin wegen dieses Mangels ein Schadensersatzanspruch zustehe, einig gewesen sind. Gegen diese Feststellung hat die Revision gesonderte Rügen nicht erhoben. Es läßt auch keinen entscheidungserheblichen Rechtsfehler erkennen, daß diese Umstände vom Berufungsgericht nicht als ein feststehender Sachverhalt gewertet worden sind, den die Parteien dem Vergleich zugrunde gelegt haben. Daß das Berufungsgericht den Unterschied zwischen dem als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt und dem beigelegten Rechtsverhältnis verkannt hätte, wie die Revision meint, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat somit die Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 15. März 1965 nach § 779 BGB frei von Rechtsfehlern verneint.

Gegen die zusätzlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die auf Seite 8 unten und Seite 9 oben des vorliegenden Urteils wiedergegeben sind, führt die Revision ins Feld, die Feststellungen seien fehlsam, weil es allein darauf ankomme, daß die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen seien, daß die an den Geräten aufgetretenen Schäden allein durch die Beschaffenheit der Heizstäbe verursacht waren. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Erwägungen der Revision setzen voraus, daß dieser Sachverhalt als feststehend dem Vergleich zugrundegelegt worden ist, was nach der in der Revisionsinstanz hinzunehmenden Feststellung des Berufungsgerichts nicht der Fall ist (siehe oben bei I 2 c).

Auf die genannten zusätzlichen Feststellungen des Berufungsgerichts kommt es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Vereinbarung vom 15. März 1965 schon deshalb nicht mehr an, weil das Berufungsgericht, ohne daß dabei ein Rechtsverstoß zu Tage träte, verneint hat, daß es sich bei der Frage der Mängel der Heizstäbe und bei der Frage der Ursache der Schäden an den Heizgeräten sowie bei der Frage der daraus hergeleiteten Ansprüche der Klägerin nicht um einen dem Vergleich als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt gehandelt hat, womit die Anwendbarkeit des § 779 BGB ausscheidet. Insbesondere kommt es demnach nicht mehr auf die Frage an, ob der einpolige Schalter in der Tat die alleinige Ursache für die Schäden an den vor dem 15. März 1965 unter Verwendung der Heizstäbe der Firma S. hergestellt Heizgeräten gewesen ist. Da diese Frage nach der ohne Rechtsverstoß getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts dem Vergleich nicht als feststehender Sachverhalt zugrundegelegt worden ist und auch nicht als Geschäftsgrundlage der Vereinbarung angesehen werden kann, wie das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum ausgeführt hat, bedurfte es hierzu nicht der Einholung des von den Beklagten beantragten Sachverständigengutachtens, was die Revision vergeblich beanstandet.

3. a) Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Geschäftsgrundlage für den Vertrag vom 15. März 1965 nicht entfallen ist. Es prüft unter diesem Gesichtspunkt den Fall, daß die Beklagten sich erkennbar für die Klägerin darüber geirrt haben, daß sie den Mangel an den Heizstäben für nicht aufklärbar gehalten hätten, während jetzt nach Ansicht der Beklagten feststehe, daß allein der verwendete Schalter den Mangel der Heizgeräte verur-

sacht habe. Es verneint aber die Möglichkeit einer Anpassung der Verpflichtungen an die geänderten Verhältnisse, weil die Beklagte zu 1 ihre Abnahmeverpflichtung nicht nur deshalb übernommen habe, weil sie sich für verpflichtet gehalten habe, die Klägerin auf Grund der früheren Mängel zu entschädigen, sondern weil sie erwartet hätte im Jahre 1965 mindestens 5.000 bis 6.000 Stück Heizöfen verkaufen zu können.

b) Wenn die Revision hierzu rügt, das Berufungsgericht habe die Geschäftsgrundlage im Rahmen einer umfassenden Abmachung über den Vertrieb der Geräte würdigen müssen, so wird darauf später einzugehen sein. Der Revision ist zuzugeben, daß die Frage, ob der Beklagten zu 1 ein Festhalten an ihrer Abnahmeverpflichtung zuzumuten war, nur im Rahmen einer umfassenden Beurteilung des gesamten Sach- und Streitverhältnisses beantwortet werden kann. Daran hat es das Berufungsgericht, wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben, nicht fehlen lassen.

4. Das Berufungsgericht hat der Beklagten zu 1 nicht das Recht zugebilligt, sich wegen der von den Beklagten behaupteten Vertragsverletzungen von der Abnahmeverpflichtung zu lösen. Es läßt offen, ob das ohne Abmahnung und ohne eine Fristsetzung überhaupt möglich war; es sieht die von den Beklagten behaupteten Vertragsverletzungen der Klägerin nicht für bewiesen an.

a) Das Berufungsgericht hält unter Heranziehung des Ergebnisses der vom Landgericht erhobenen Beweise und der von den Parteien vorgelegten Urkunden in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Nachweis nicht für

geführt, daß die Parteien im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 15. März 1965 eine Gebiets- und Preisabrede getroffen und eine Vertriebsbeschränkung vereinbart haben.

b) Die Angriffe, die die Revision hiergegen richtet, greifen nicht durch. Es ist entgegen der Auffassung der Revision nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht die Vereinbarung vom 15. März 1965 isoliert von den Umständen ihres Zustandekommens als einfachen Kaufvertrag betrachtet hätte. Es hat diese Vereinbarung vielmehr auf der Grundlage des von den Parteien erstrebten Vertragszweckes gewürdigt, nach dem die Klägerin entschädigt werden sollte und die Beklagten erwarteten, im Jahre 1965 5.000 bis 6.000 Geräte absetzen zu können, wodurch die Klägerin in den Stand versetzt werden sollte, einen Betrag von 25.000 DM an Lizenzen einzusparen (S. 19/20 und S. 15 BU). Daß der Verkauf durch die Beklagte zu 1 ungestört durch eine Konkurrenz der Klägerin erfolgen sollte, wie die Revision aus dem Zweck der Regelung und den Abreden vom 5. Januar 1965 herleiten zu können glaubt, widerspricht der tatsächlichen Würdigung des Berufungsgerichts. Dieses hält einen Nachweis entsprechender Abreden nicht für geführt. Der Revision kann nicht beigetreten werden, daß das Berufungsgericht nur die Vereinbarung vom 15. März 1965 selbst hierfür herangezogen hätte. Es hat vielmehr auch die Vorbesprechungen daraufhin überprüft, ob ein Konkurrenzausschluß vereinbart worden ist. Es hat aus den Aktennotizen über die Unterredung der Parteien am 5. Januar 1965 unter Würdigung im Zusammenhang mit der Aussage des Zeugen Kl. [REDACTED] nichts Wesentliches herleiten können. So sind seine Ausführungen am Ende des ersten Absatzes auf Seite 21 der Urteilsausfertigung zu verstehen. Die Revision begibt sich auf das Gebiet der ihr ver-

schlossenen Beweiswürdigung, wenn sie einen Konkurrenz-
ausschluß aus dem Zweck der Vereinbarung vom 15. März
1965 und darüber hinaus aus den Notizen über die voran-
gegangene Besprechung vom 5. Januar 1965 herleitet.
Ein solcher ergab sich auch nicht schon ohne eine
entsprechende Abrede aus § 242 BGB, wie die Revision
meint. Dem steht die Regelung in Ziffer 2 des Vertra-
ges vom 15. März 1965 entgegen, wonach das nicht ein-
geschränkte Verkaufsrecht der Klägerin erst erlosch,
wenn die Beklagte zu 1 weitere 2.000 Heizgeräte von
der Klägerin abnahm. Die gegen die zusätzliche Erwägung
des Berufungsgerichts erhobenen Rügen der Revision,
das Vorbringen der Beklagten zum unzulässigen Vertrieb
der Klägerin an Kaufhäuser sei verspätet, stoßen ins
Leere, weil die angefochtene Entscheidung insoweit schon
von der Hauptbegründung getragen wird. Die weitere Rüge
der Revision, die Zeugen seien vom Landgericht ohne
Mitteilung des Beweisthemas geladen worden (§ 377 Abs. 2
Ziffer 2 ZPO) greift schon deshalb nicht durch, weil
die Beklagten das im Berufungsrechtszuge nicht gerügt
haben. Mit der Frage, ob die vorstehend genannten Ab-
sprachen nach § 15 GWB zulässig sind, hat das Berufungs-
gericht sich nicht näher beschäftigt. Es brauchte auf
diese Frage auch nicht einzugehen, weil es den Beweis
für eine solche Absprache als nicht geführt angesehen
hat.

c) Das Berufungsgericht hat es ferner nicht für
bewiesen angesehen, daß die Klägerin zur Lieferung der
Heizgeräte an die Beklagte zu 1 nicht in der Lage gewe-
sen sei. Äußerungen der Firma Luft, sie habe keine Geräte
mehr auf Lager, sagten nichts über die Lieferfähigkeit
der Klägerin aus. Die Klägerin habe die Beklagten wieder-

holt zur Aufgabe ihrer Bestellung (Abruf) aufgefordert und wiederholt auf die Übersendung der Firmenschilder gedrängt, damit die Geräte fertiggestellt werden könnten. Dies hätte die Klägerin nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht getan, wenn sie sich nicht zur Erfüllung auch für fähig gehalten habe. Es wäre überdies unverständlich, daß sie - die Klägerin - die Beklagten auf die Überschreitung ihrer Lagerkapazität hingewiesen hätte, um einen Abruf der Öfen herbeizuführen. Ob die Klägerin die Produktion der Öfen jetzt eingestellt habe, sei ohne Bedeutung. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen den Beweisantritt auf Seite 4 ff des Schriftsatzes vom 30. November 1967 übergangen hätte, wie die Revision rügt. Es hat die dortigen Behauptungen der Beklagten vielmehr zu ihren Gunsten als richtig unterstellt und ist trotzdem nicht zu der Überzeugung gelangt, daß die Klägerin im streitigen Zeitraum nicht lieferfähig gewesen sei.

d) Auch wegen der Mängel und der Schäden der von der Klägerin an die Beklagte zu 1 gelieferten Heizgeräte, auf die sich die Beklagten zur Rechtfertigung ihrer Weigerung, weitere Heizgeräte von der Klägerin abzunehmen, berufen haben, hält das Berufungsgericht ein "Rücktrittsrecht" der Beklagten zu 1 nicht für gegeben. Es sei nicht schlüssig vorgetragen, daß die Verwendung einpoliger Schalter einen Mangel der neuen Geräte darstelle. Die Beklagten seien mit der Lieferung der eigenen Typenschilder in Verzug gewesen. Es sei nicht widerlegt, daß die Klägerin von der Firma L. gelieferte mangelhafte Geräte zurückgewiesen habe. Es sei auch nicht erwiesen, daß mit Ausnahme von 9 beschädigten Geräten eine sofortige Rüge von Sachmängeln erfolgt sei. Die Beklagten selbst

hätten keine Prüfung vorgenommen; sie hätten die Öfen vielmehr alsbald an die Vertreter versandt, die die ihnen übersandten Geräte auch nicht auf ihre Ordnungsmäßigkeit überprüft hätten. Es stehe daher nicht fest, ob die nicht im einzelnen geltend gemachten Schäden schon vor dem Verlassen des Werks der Klägerin vorhanden waren oder ob sie auf dem Weg zum Vertreter oder auf dem Weg vom Vertreter zum Kunden entstanden seien. Es sei nicht auszuschließen, daß es sich bei diesen Schäden um Transportschäden handele, die die Klägerin nicht zu tragen habe. Da die Beklagten die bei ihr oder ihren Vertretern eingegangenen Sendungen nicht untersucht, die vorhandenen Mängel nicht festgestellt und deren Ursachen nicht erforscht habe, könne sie sich auf die ohnehin nicht im einzelnen vorgetragenen Schäden nicht berufen. Die von der Klägerin verwendete Verpackung sei bahnamtlich zugelassen. Die Klägerin habe einmal eine bessere aber auch teure Verpackung vorgeschlagen. Darauf hätten sich die Beklagten jedoch nicht eingelassen. Soweit Schäden an 9 Geräten erwiesen seien, rechtfertige dies möglicherweise deren Rückgabe, nicht aber den "Rücktritt" vom Verträge.

e) Auch die gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch. Der Revision ist zuzugeben, daß das Vorbringen der Beklagten zu den Mängeln und Schäden der Heizgeräte unter dem Gesichtspunkt zu würdigen war, ob der Beklagten zu 1 eine weitere Abnahme der Heizgeräte mit Rücksicht auf inzwischen zu Tage getretene Mängel der gelieferten Heizgeräte nach Treu und Glauben zuzumuten war. Das Berufungsgericht hat dies zwar nicht besonders hervorgehoben, seine Ausführungen lassen je-

doch in ihrem Zusammenhalt erkennen, daß es den Streitfall unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt geprüft und entschieden hat. Das ergibt sich besonders daraus, daß es wegen der erwiesenen Mängel an 9 Geräten einen Rückgabeanspruch in Erwägung gezogen hat, jedoch ein Recht der Beklagten zu 1, sich deswegen vom Vertrage zu lösen, verneint. Soweit die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht die schlechte Belieferung der Beklagten zu 1 nicht im Zusammenhang mit dem eigenen Absatz der Klägerin auf dem den Beklagten "vorbehaltenen" Inlandsmarkt gewürdigt habe, kann sie keinen Erfolg haben, denn diese Rüge geht von der unzutreffenden Erwägung aus, daß den Beklagten der Inlandsmarkt vorbehalten gewesen sei (siehe oben I 4 b). Es ist entgegen der Ansicht der Revision auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht in der Verwendung der einpoligen Schalter keinen Grund für die Abnahmeverweigerung der Beklagten zu 1 gesehen hat. Die Revision hat auf Seite 14 der Revisionsbegründung selbst eingeräumt, daß bei den später verwendeten Heizstäben kein Durchbrennen mehr aufgetreten sei. Da die Verwendung des einpoligen Schalters bei den an die Beklagte zu 1 gelieferten Heizgeräten mit den neuen Heizstäben bislang nicht zu Schwierigkeiten geführt hat, kann darin weder für sich allein noch im Zusammenhang mit anderen Mängeln oder Schäden ein Grund für die Verweigerung der Abnahme gesehen werden.

Hinsichtlich der Transportschäden und der Pflicht zur sofortigen Anzeige der Mängel (§ 377 HGB) macht die Revision geltend, daß das Berufungsgericht den gemeinsamen Vertragszweck, der auf die Ermöglichung eines alsbaldigen Absatzes der von der Beklagten zu 1 abzunehmenden Geräte gerichtet gewesen sei, außer Betracht gelassen habe. Die

Klägerin habe alles tun müssen, was zur Vermeidung von Transportschäden erforderlich erschienen sei; sie habe auch Rücksicht darauf nehmen müssen, daß die Vertreter der Beklagten zu 1 zwecks Erzielung eines schnellen Absatzes nicht jedes Gerät auf seine Ordnungsmäßigkeit genau prüfen konnten. Dem kann nicht beigetreten werden. Die von der Revision angezogenen Umstände rechtfertigen es nicht, die Verantwortung für die Transportschäden der Klägerin aufzubürden. Der Ort, an dem die Klägerin ihre Leistung zu erbringen hatte, war nach § 269 BGB der Sitz ihres Gewerbebetriebes. Eine abweichende Regelung haben die Parteien weder bestimmt, noch ergibt sich eine solche aus den Umständen des Falles. Demnach hat der Vorderrichter zu Recht die Gefahrtragsregelung des § 447 BGB angewendet. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin eine bahnamtlich zugelassene Verpackung verwendet hat. Sie habe sich darüber hinaus erboten, eine bessere aber teurere Verpackung zu wählen, worauf sich die Beklagten jedoch nicht eingelassen hätten. Diese Beurteilung, wonach eine Verantwortlichkeit der Klägerin für die Transportschäden verneint wird, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Es wäre demnach Sache der Beklagten gewesen, im einzelnen darzulegen, welche Mängel - abgesehen von den selbst zu tragenden Transportschäden - die von der Klägerin gelieferten Geräte aufgewiesen haben. Solche Mängel werden weder von der Revision näher bezeichnet, noch ergeben sie sich aus den von der Revision bezeichneten Schriftsatzstellen. Sowohl im Schriftsatz vom 20. Oktober 1967 als auch im Schriftsatz vom 30. November 1967 haben die Beklagten lediglich vorgetragen, daß

an den gelieferten Heizgeräten ganze Teile gefehlt hätten (S. 7 Schriftsatz vom 20.10.1967) und daß die Geräte teilweise unfertig gewesen seien (S. 3 Schriftsatz vom 30.11.1967), ohne jedoch anzugeben, welche Teile gefehlt haben und um wieviele Geräte es sich gehandelt hat, was dem Berufungsgericht allein eine Beurteilung der Frage, ob der Beklagten zu 1 eine weitere Abnahme von der Klägerin zuzumuten war, ermöglicht hätte. Nachdem die Beklagten bereits vom Landgericht auf die mangelnde Substantiierung ihres Vorbringens in diesem Punkt hingewiesen worden waren (S. 15/16 LG-Urteil), kann dem Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß es diesen Punkt nicht nach § 139 ZPO näher aufgeklärt hat.

Die tatrichterliche Beurteilung, daß die erwiesenen Schäden an den 9 Geräten die Weigerung der Beklagten, weitere Geräte zu beziehen, nicht rechtfertigt, beruht, wie oben bereits näher ausgeführt worden ist, auf der Rechtsgrundlage von § 242 BGB und speziell auf der Fragestellung, ob der Beklagten zu 1 bei dieser Sachlage ein Weiterbezug der Heizgeräte von der Klägerin zumutbar war. Hierzu sind außer dem bereits Behandelten Verfahrensrügen nicht erhoben. Die Beurteilung des Berufungsgerichts ist demnach unangreifbar.

5. Das Berufungsgericht lehnt eine Vorteilsausgleichung ab, weil ohne weiteres davon auszugehen sei, daß die Klägerin diese Geschäfte - damit sind ihre Gesamtumsätze gemeint - auch dann hätte machen können, wenn die Beklagten ihre Verpflichtungen erfüllt hätten, womit ersichtlich gemeint ist, wenn die Beklagte zu 1 vereinbarungsgemäß ihre 3.000 Heizgeräte abgenommen und auch

verkauft hätte. Der hiergegen gerichtete Angriff der Revision geht zu Unrecht davon aus, daß der Beklagten zu 1 das deutsche Absatzgebiet vorbehalten war (siehe oben I 4 b). Die Auffassung des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Da sich auch die von der Revision nicht beanstandete Berechnung der Schadenshöhe im Rahmen des von der Klägerin in erster Linie geltend gemachten Schadens hält (vgl. S. 8 unten der Klageschrift) und keinen Anlaß zu rechtlichen Beanstandungen gibt, hat das Berufungsgericht der Klägerin zu Recht die volle Klagesumme zuerkannt.

II. Die Revision der Beklagten ist daher unbegründet und deshalb mit der Kostenfolge aus §§ 97 und 100 Abs. 4 ZPO zurückzuweisen.

Spreng

Trüstedt

Claßen

Bruchhausen

Ochmann