

Verkündet am 15. November 1963
[REDACTED], Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2109 024

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

In dem Rechtsstreit

des Dipl.-Kaufmanns Hans K [REDACTED],
C [REDACTED] (Westf), H [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Deutsche S [REDACTED] AG, D [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch ihre Vorstandsmitglieder H. van Dr [REDACTED] und
S [REDACTED], Ha [REDACTED], A [REDACTED], S [REDACTED] haus,

Klägerin und Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. November 1963 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth,
Pehle, Dr. Sprengmann und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm (Westf) vom 26. Februar 1962 aufgehoben. Die
Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung auch über die Kosten der Revision an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war gemäß schriftlichem Vertrag vom 6. Juni 1956 Agent der Klägerin und hatte in ihrem Namen und auf ihre Rechnung ihre Ware abzusetzen. Die Klägerin hatte ihm zur Durchführung seiner Tätigkeit sog. Gebinde (Fässer, Drums, Bojen u. dgl.) sowie Faßpumpen leihweise überlassen, für deren Bestand der Beklagte verantwortlich sein sollte. Im Jahre 1959 strebten die Parteien auseinander. Jede Partei kündigte im April den Vertrag fristlos. Der Beklagte machte weiterhin seine Unwirksamkeit aufgrund Anfechtung wegen arglistiger Täuschung geltend. In der Folgezeit fanden mehrere Verhandlungen zwischen den Parteien bzw. ihren Vertretern über die Abwicklung ihrer Geschäftsbeziehungen statt. Man ging dabei von folgendem aus:

Das Agenturverhältnis sollte mit Wirkung vom 20. April 1959 beendet sein. Die Kundenforderungen der Klägerin sollten in dem betreffenden Bezirk auf den Beklagten übergehen, ebenso die Forderung gegen die Volksbank C [REDACTED] aus dem laufenden Konto. Das Anlagevermögen auf dem im Eigentum der Mutter des Beklagten stehenden Mietgrundstück (Schuppen, Tank, Rohrleitungen etc.) sollte Eigentum des Beklagten, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit der Klägerin auf dem Grundstück im Grundbuch gelöscht werden. Der Beklagte sollte eine Kundenkartei an die Klägerin herausgeben und ihr Einblick in bestimmte Verkaufslisten gewähren. Ferner sollte er Gebinde an die Klägerin herausgeben und zur Abgeltung aller gegenseitigen Forderungen einen gewissen Betrag zahlen. Damit sollten alle gegenseitigen Ansprüche

- 3 -

aus dem Agenturverhältnis erledigt sein. Schwierigkeiten machte bei den Verhandlungen nur, welche Gebinde der Beklagte im einzelnen herausgeben, d.h. für welchen Materialbestand er verantwortlich sein sollte und wie hoch die von ihm zu zahlende Ausgleichssumme zu bemessen war. Bei der letzten maßgeblichen Besprechung in Hamburg am 17. Juli 1959, an welcher der Beklagte und sein Bevollmächtigter, Rechtsanwalt Ho [REDACTED], und für die Klägerin ihr Syndikus Rechtsanwalt G [REDACTED], Referendar Hof [REDACTED], Verkaufsleiter R [REDACTED] und der Angestellte Hu [REDACTED] teilnahmen, wurde vor allem über die Höhe der Abgeltungssumme verhandelt. Es wurde auch erörtert, daß der Beklagte Gebinde herauszugeben habe; Zahlen wurden insoweit aber nicht genannt. Die Klägerin verlangte zu jener Zeit zunächst vom Beklagten noch die Bezahlung eines über 120.000 DM liegenden Betrages, von dem dieser nur eine bei 97.000 DM liegende Summe abzüglich eines namhaften Schadensersatzbetrages anerkennen wollte. Er hatte die von ihm als streitig angesehenen Punkte in einer Liste zusammengefaßt, die von den Parteien durchgegangen wurde. Schließlich kam man nach mehrstündigen Verhandlungen überein, daß der Beklagte 98.000 DM in 12 Monatsraten ab 15. August 1959 zu bezahlen habe. Der Beklagte sah sich daraufhin veranlaßt, für die Anwesenden eine Runde Weinbrand auszugeben. Rechtsanwalt Ho [REDACTED] äußerte den Wunsch, das Verhandlungsergebnis schriftlich festzuhalten. Rechtsanwalt G [REDACTED] stimmte dem zu. Er hatte zudem erklärt, daß die Wirksamkeit des Übereinkommens noch von einer Genehmigung des Vorstandes der Klägerin abhängig sei, wobei streitig ist, zu welchem Zeitpunkt der Verhandlung von dem Erfordernis einer Genehmigung die Rede war. Die schriftliche Fixierung sollte Rechts-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt



anwalt Ho [REDACTED] übernehmen. Die Parteien streiten darüber, ob die Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vergleich sein und ob Rechtsanwalt Ho [REDACTED] der Klägerin zunächst nur ein schriftliches Angebot des Beklagten unterbreiten sollte oder ob die schriftliche Formulierung lediglich Beweiszwecken zu dienen bestimmt war.

Am 20. Juli 1959 richtete Rechtsanwalt Ho [REDACTED] an die Klägerin ein Schreiben, in dem die Punkte verzeichnet waren, in denen eine volle Übereinstimmung erzielt war, und in dem er bezüglich der Herausgabe der Gebinde eine Regelung ins Auge faßte, die jedenfalls hinsichtlich Zahl und Art der herauszugebenden Gebinde noch nicht zwischen den Parteien abgesprochen war. Das Schreiben lautete auszugsweise:

"Am 17.7. d.J. wurde bei der Verhandlung in Hamburg folgende Übereinstimmung erzielt, die noch der Genehmigung Ihres Vorstandes bedarf:

1. - 4. ...

5. Herr K [REDACTED] gibt die der Deutschen Shell AG gehörenden Gebinde 526 200 l-Fässer, 94 400 l-Fässer, 43 620 l-Fässer, 16 800 l-Fässer nebst dazugehörigem KVP-Material an die Deutsche S [REDACTED] AG heraus.

6. Die Kundenkartei Formulare ZNWV 137 gibt Herr K [REDACTED] an die Deutsche S [REDACTED] AG heraus. Die S [REDACTED]-Verkaufslisten ZN VW 135 werden der Deutschen S [REDACTED] AG für zweimal 24 Stunden zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt.

7. - 8. ...

9. Damit sind alle etwaigen gegenseitigen Ansprüche aus dem Agenturverhältnis erledigt."

Nachdem die Rechtsanwälte Ho [REDACTED] und G [REDACTED] telefonisch noch eine Einigung über die Verteilung der Kosten eines einstweiligen Verfügungsverfahrens getroffen hatten, schrieb die Klägerin am 22. Juli 1959 an Rechtsanwalt Ho [REDACTED] u.a.:

"Wir bestätigen den Eingang Ihres Schreibens vom 20.7.59 und den Vorschlag für die Formulierung des Vergleichs mit Herrn K [REDACTED]. Wir haben folgende Änderungswünsche:

1. Unter Ziffer 5 ist die Herausgabe von Fässern, KVP-Material etc. geregelt. Wir meinen, daß mit den von Ihnen angebotenen Gegenständen nicht alles Inventar erfaßt ist, das Herrn K [REDACTED] übergeben worden ist. Wir beziehen uns hierbei auf eine Abstimmung vom 29.4.59, der von unserer Seite die Herren M [REDACTED], St [REDACTED] und Hu [REDACTED] und von Ihrer Seite die Herren Hans und Max K [REDACTED], T [REDACTED] und Sie persönlich beigewohnt haben. Bei dieser Konferenz einigte man sich auf folgende Zahlen:

...

2. - 3. ...

4. Wir legen auch Wert darauf, daß die Kundenkartei (V8-Karten), die seinerzeit von uns an Herrn K [REDACTED] übergeben wurde, zurückgegeben wird. Dies könnte u. E. möglich sein. Andererseits sind wir gern bereit, die Verkaufslisten Z NVw 135 für die Monate Februar, März und April 1959 nur vorübergehend zur Einsicht zu erhalten, um sie dann Herrn K [REDACTED] zurückzugeben, da er sie für seine Buchhaltung benötigt.

5. ...

Wir nehmen an, daß es keine Schwierigkeiten machen wird, unseren Wünschen zu entsprechen. Ihrer Stellungnahme sehen wir entgegen. "

Rechtsanwälte Ho [REDACTED] und G [REDACTED] besprachen die Abänderungswünsche der Klägerin daraufhin am 27. Juli 1959 telefonisch, ohne eine Einigung zu erzielen. Rechtsanwalt Ho [REDACTED] verblieb in einem Schreiben vom 28. Juli 1959 dabei, daß der Beklagte nur die von ihm aufgeführten Gebindemengen herausgeben wolle, und wies darauf hin, daß dieser bei der Verhandlung vom 17. Juli 1959 überschen habe, gewisse streitige Delkrederpositionen zur Sprache zu bringen, darunter eine Forderung gegen den Kunden W [REDACTED] in Höhe von ca. 3.000 DM. Das Schreiben, in dem noch einige andere nicht streitige Nebenpunkte erörtert wurden, begann mit den Worten:

"Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben v. 22. Juli 1959 und die in der Zwischenzeit erfolgten Ferngespräche.

Bei der Besprechung in Hamburg vom 17. Juli 59, die zur Formulierung des Angebotes in meinem Schreiben vom 20. Juli d.J. führten, sind verschiedene Punkte nicht abschließend geklärt worden.

... "

Dieses Schreiben kreuzte sich mit einem Schreiben der Klägerin vom 27. Juli 1959, in dem diese die einzelnen Punkte des Vergleichs bestätigte und u.a. ausführte:

"Unter Bezugnahme auf das soeben zwischen Ihnen und dem Unterzeichner geführte Telefongespräch dürfen wir folgendes bestätigen:

1. Wir werden von dem uns vorbehaltenen Rücktritt von dem Vergleich, den wir am 17.7.59 abgeschlossen haben, keinen Gebrauch machen.
2. a) - d) ...

- e) Herr K [REDACTED] gibt sämtliche Gebinde und sämtliches KVP-Material, das ihm zum Einsatz bei Kunden von Shell überlassen worden ist oder das er von seinem Vorgänger übernommen hat, an S [REDACTED] unverzüglich heraus.
- f) - h) ...
- i) Damit sind alle etwaigen gegenseitigen Ansprüche aus dem Agenturverhältnis erledigt."

Der Beklagte stellte sich in der Folgezeit auf den Standpunkt, ein wirksamer Vergleich sei nicht zustande gekommen, weil bezüglich der herauszugebenden Gebinde eine Einigung nicht erzielt worden sei, da verschiedene streitige Punkte unerörtert geblieben seien und es an der vorgesehenen schriftlichen Formulierung des Vergleichs fehle. Er zahlte im September 1959 zwei Raten von je 8.000 DM in der Erwartung, daß es doch noch zu einer endgültigen Einigung der Parteien kommen würde.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Erfüllung des ihrer Ansicht nach am 17. Juli 1959 wirksam geschlossenen Vergleichs und hat Klage auf Zahlung der restlichen 82.000 DM nebst Zinsen und auf Herausgabe bestimmter Gebinde und Faßpumpen erhoben. Sie hat geltend gemacht:

Die schriftliche Formulierung des am 17. Juli 1959 geschlossenen Vergleichs habe nicht die Voraussetzung für seine Wirksamkeit sein sollen. Ihr Vertreter, Rechtsanwalt G [REDACTED], habe damals keine Zeit mehr gehabt, die schriftliche Fixierung abzuwarten oder vorzunehmen. Die von Rechtsanwalt Ho [REDACTED] aufzusetzende schriftliche Bestätigung habe ihrem Vorstand als Unterlage für die Genehmigung dienen sollen. Für

den Fall der Nichtgenehmigung habe sich Rechtsanwalt G. den Rücktritt vorbehalten. Wenn der Beklagte es übersehen haben sollte, gewisse Streitpunkte in der Verhandlung zu erörtern, so berühre dies die Wirksamkeit des Vergleichs nicht, durch den in pauschaler Betrachtungsweise ein Schlußstrich unter die Beziehungen der Parteien habe gezogen werden sollen. - Wegen der herauszugebenden Gebinde hätten die Parteien in früheren Verhandlungen anhand von Bestandsaufnahmen, die der Beklagte als für sich verbindlich unterzeichnet und erklärt habe, geklärt, für welche Gegenstände er verantwortlich sei, und zwar zuletzt am 29. April 1959. Die an diesem Tage erzielte Abstimmung habe als Grundlage dafür dienen sollen, welche Gebinde und Faßpumpen er habe herausgeben sollen. Seine Herausgabepflicht habe sich auf sämtliches ihm von seinem Vorgänger und der Klägerin überlassenes Material beziehen sollen.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. an die Klägerin 82.000 DM in Raten nebst 5 % anteiligen Zinsen jeweils vom Fälligkeitstage an zu zahlen;
2. an die Klägerin herauszugeben:

487	200 l	Rollreifenfässer
11	200 l	Drums
2		Benzinkannen
476	200 l	Faßpumpen
89	400 l	Fässer
24	620 l	Fässer
5	800 l	Bojen
6	1.000 l	Behälter
2	1.500 l	Behälter mit Maßvorrichtung
5	1.500 l	Behälter ohne "
7	2.000 l	Behälter
137	400 l	Faßpumpen
63	620 l	Faßpumpen

3. der Klägerin Auskunft über den Verbleib folgender weiterer Gebinde zu erteilen und einzuwilligen, daß diese Gegenstände, sofern sie sich im Besitze dritter Personen befinden, an die Klägerin herausgegeben werden:

82	200 l	Rollreifenfässer
48	400 l	Fässer
33	620 l	Fässer
15	800 l	Bojen
12	1.000 l	Behälter
6	1.500 l	Behälter mit Maßvorrichtung
6	1.500 l	Behälter ohne "
20	2.000 l	Behälter;

4. a) die Befüllung der S[REDACTED]-eigenen Gebinde, die sich bei den in der anliegenden Liste aufgeführten Kunden befinden, bei Vermeidung einer vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen,
- b) die Befüllung und sonstige Einwirkung hinsichtlich der aufgrund der Auskunftserteilung (Antrag Ziff. 3) festgestellten Behälter und Drums, bei Vermeidung einer vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe, zu unterlassen.

Der Beklagte, der Widerklage erhoben hat, hat beantragt,

- I. die Klage abzuweisen,
II. die Klägerin zu verurteilen,

1. die Löschung der in Abt. II, Sp. 1 bis 3 zur lfd. Nr. 1 der auf dem Grundbuchblatt des in Stadt Coesfeld belegenen, der Witwe Theodor K[REDACTED] geb. Be[REDACTED] in C[REDACTED] gehörenden, im Grundbuch der Stadt C[REDACTED], Bd. 28 Bl. 358 A, eingetragenen beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu bewilligen;
2. zu widerrufen:
- a) der vom Beklagten verkaufte Dieseldraftstoff sei für Motoren schädlich, und zwar gegenüber
1. der Firma Gerhard T[REDACTED], A[REDACTED],
 2. der Firma Baustoffhandel I[REDACTED], A[REDACTED],
 3. Landwirt Bu[REDACTED], E[REDACTED] am Berge;

- b) die Lieferungen des Beklagten stimmten mengenmäßig nicht gegenüber F [REDACTED], H [REDACTED];
 - c) die hohen Preise des Beklagten während seiner Zugehörigkeit zur Klägerin hätten auf bloßer Profitgier des Beklagten beruht gegenüber Gerhard T [REDACTED], A [REDACTED];
- 3. zu unterlassen, die zu Ziff. 2 a), b) und c) gemachten Äußerungen Dritten gegenüber zu wiederholen;
 - 4. die Verbreitung der Behauptung: Markendieselmotoren seien für Lkw-Maschinen besser als Handelsware, bei Markendieselmotoren, wie z.B. Diesel-S [REDACTED], habe der Verbraucher die Gewißheit einer höheren Kilometerleistung des Lastwagenmotors als bei Handelsware, bei der Verwendung von Handelsware seien Nachteile für den Kunden und seine Motoren zu erwarten, zu unterlassen;
- III. für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe anzudrohen;
- IV. festzustellen, daß zwischen den Parteien eine rechtswirksame Vereinbarung über die Abwicklung des ehemaligen Agenturverhältnisses des Beklagten nicht zustande gekommen ist.

Der Beklagte hat erwidert, daß er im Verlauf der Verhandlung vom 17. Juli 1959 erklärt habe, er wolle mit der Klägerin nur schriftliche Verträge abschließen. Dem einseitigen Genehmigungsvorbehalt der Klägerin habe er sofort widersprochen; ihm sei daran gelegen gewesen, zunächst ebensowenig gebunden zu sein, wie die Klägerin. Sein Anwalt habe mit gutem Grund der Klägerin zunächst nur ein schriftliches Angebot machen wollen. Das Angebot vom 20. Juli 1959 sei indes nicht vorbehaltlos von der Klägerin angenommen worden. Der Delkreder-Posten

W [REDACTED] sei schon vor dem 17. Juli 1959 Gegenstand von Verhandlungen zwischen den Parteien gewesen. Es habe auf der Hand gelegen, daß die Klärung dieser Position für ihn wesentlich gewesen sei. Ähnliches gelte für andere Posten, die er versehentlich nicht in seiner etwa 70 Punkte umfassenden Besprechungsliste aufgeführt habe. Auch mangels Einigung über diese Punkte sei die Vereinbarung der Abstandssumme von 98.000 DM unwirksam.

Der Wirksamkeit des Vergleiches stehe ferner entgegen, daß man sich am 17. Juli 1959 nicht über Zahl und Gegenstand der von ihm herauszugebenden Materialien geeinigt habe. An diesem Tage habe der Schwerpunkt der Verhandlung bei der geldlichen Abrechnung gelegen. Eine Abstimmung über das herauszugebende Gebinde habe erst noch stattfinden sollen. In früheren Besprechungen, insbesondere am 29. April 1959 in Coesfeld und am 8. Mai 1959 in Hamburg sei keine Einigung erzielt worden. Er habe immer nur zugesagt, das tatsächlich noch in seinem Besitz befindliche Material herauszugeben. Die Anerkennung eines rechnerischen Saldos anhand irgendwelcher Gebinde-Kontokarten habe er stets abgelehnt. Auf Anraten seines Anwalts habe er das Gebinde, das er habe herausgeben wollen und können, zahlenmäßig großzügig nach oben aufgerundet. So sei es zu den Zahlenangaben in dem Schreiben vom 20. Juli 1959 zu Ziff. 5 gekommen. Die Klägerin müsse bedenken, daß die Gebinde im wesentlichen bei Kunden untergebracht seien und daß er im Verlaufe des Vertragsverhältnisses laufend S [REDACTED]-Gebinde für sich auf eigene Rechnung zugekauft habe. Die in den Bestandsaufnahmen verzeichneten Mengen seien ihm bis auf wenige Ausnahmen nicht von der Klägerin

übergeben worden. Der aufgeführte Soll-Bestand sei von dem aufgrund körperlicher Aufnahme festzustellenden Ist-Bestand zu unterscheiden, der zu keiner Zeit von ihm in bestimmter Höhe anerkannt worden sei. Im übrigen könne er wegen seiner Gegenansprüche an den zur Zeit in seinem Besitz befindlichen Gebinden ein Zurückbehaltungsrecht ausüben.

Die Klägerin hat um Abweisung der Widerklage gebeten.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Teil- und Zwischenurteil dem Zahlungsanspruch der Klägerin stattgegeben und den Herausgabeanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Durch Beschluß vom 4. Mai 1961 hat es den Streitstoff der Widerklage zu den Punkten II 2 bis 4 und III der Widerklage nach § 145 Abs. 2 ZPO abgetrennt und angeordnet, daß diese Ansprüche in einem getrennten Prozeß zu verhandeln seien (im Tatbestand des Berufungsurteils S. 11 ist unrichtigerweise auch der Widerklageantrag II 1 als abgetrennt bezeichnet).

Der Beklagte hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt und weiter vorgetragen, er habe keine Gebinde der Klägerin mehr in Besitz. Gegenüber dem Herausgabeanspruch mache er zudem ein Zurückbehaltungsrecht geltend. In der Verhandlung vom 17. Juli 1959 sei zwar bezüglich einiger Punkte eine gewisse Übereinstimmung erzielt worden. Als jedoch der Vertreter der Klägerin sich noch einen Genehmigungsvorbehalt habe einräumen lassen wollen - von einem Rücktrittsvorbehalt sei keine Rede gewesen -, habe er ausdrücklich widersprochen, da er keine einseitige Bindung habe eingehen wollen. Ihm sei daran

gelegen gewesen, alsbald klare Verhältnisse zu schaffen. Da die Übereinkunft noch schriftlich habe fixiert werden sollen, worauf ihn sein Anwalt ausdrücklich hingewiesen habe, habe er sich noch für ebenso ungebunden gehalten wie die Klägerin. Es sei für ihn selbstverständlich gewesen, daß der Vortrag schriftlich habe festgelegt werden sollen, wie es bei einer derartig wichtigen und umfangreichen Vereinbarung auch der Üblichkeit entsprochen hätte. Da die Klägerin das im Schreiben seines Anwalts vom 20. Juli 1959 liegende Vertragsangebot in einem auch nach ihrer Auffassung wesentlichen Punkte, nämlich bezüglich der Gebinde, nicht angenommen habe, sei kein wirksamer Vertrag zustande gekommen.

Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag, soweit der Klage stattgegeben worden ist, weiterverfolgt.

Die Klägerin hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie hat in Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ausgeführt, über die einzuholende Genehmigung ihres Vorstandes und das deswegen von Rechtsanwalt G. [REDACTED] ausbedungene Rücktrittsrecht sei nicht erst am Schluß der Verhandlungen gesprochen worden, sondern bereits bevor der Beklagte die Runde Weinbrand ausgegeben gehabt habe. Er habe sich damit zufriedengegeben, daß Rechtsanwalt G. [REDACTED] erklärt habe, er nehme den Abschluß der Vereinbarung auf seine Kappe und behalte sich lediglich ein Rücktrittsrecht vor. Über die Frage der schriftlichen Fixierung sei erst später gesprochen worden. Sie habe lediglich der Bestätigung der getroffenen Vereinbarung dienen sollen. Daß dem so gewesen sei, gehe aus den Umständen, den Vorverhandlungen und dem

Eingangstext des vom Anwalt des Beklagten verfaßten Schreibens vom 20. Juli 1959 hervor. - Für sie, die Klägerin, sei es zwar aus wettbewerblichen Gründen sehr wesentlich gewesen, daß der Beklagte ihr umgehend die von ihm verwalteten Gebinde und Pumpen überantwortete. Die Herausgabepflicht habe aber der Beklagte auch zu keiner Zeit bestritten. Schon mit Schreiben vom 15. Mai 1959 habe der Anwalt des Beklagten, als er zum Ergebnis einer Verhandlung vom 13. Mai 1959 Stellung genommen habe, den Vorschlag gemacht:

"Die Gebinde der Deutschen S [REDACTED] AG werden nach 2 Monaten an die S [REDACTED] zurückgegeben."

Der Soll-Bestand sei zwar mit dem Ist-Bestand noch abzustimmen gewesen. An der insoweit noch bestehenden Meinungsverschiedenheit habe aber die Einigung über die anderen Punkte nicht scheitern sollen. Im übrigen sei sie der Auffassung, daß sich der Beklagte bereit erklärt habe, sämtliche Gebinde herauszugeben, die er vertraglich in seinen Besitz übernommen und verwaltet habe. - Hilfsweise stütze sie die Zahlungsklage für den Fall, daß das Gericht den Vergleich nicht als wirksam betrachte, nunmehr auch auf den abzuwickelnden beendeten Agenturvertrag und die sich aus ihm ergebenden Rechtsbeziehungen.

Das Berufungsgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, soweit er zur Zahlung verurteilt worden ist. Im übrigen hat es das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Entscheidung - auch über die Kosten der Berufung - an das Landgericht zurückverwiesen, weil ein

Grundurteil nach § 304 ZPO nicht zulässig gewesen sei.

Mit der Revision wendet der Beklagte sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung von 82.000 DM nebst Zinsen. Er beantragt,

1. das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom 26.2.62 insoweit aufzuheben, als es die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil der Kammer für Handelssachen bei dem Landgericht in Dortmund vom 24.4.61 wegen Zahlung von 82.000 DM nebst Zinsen zurückgewiesen hat;
2. auf die Berufung des Beklagten das zu 1) bezeichnete Teilurteil des Landgerichts Dortmund abzuändern und
 - a) die Zahlungsklage abzuweisen;
 - b) hilfsweise anstelle des Antrags zu a): den Beklagten zur Zahlung von 82.000 DM nebst Zinsen nur zu verurteilen Zug um Zug gegen
 - aa) Erteilung einer den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechenden Löschungsbewilligung hinsichtlich der im Grundbuch der Stadt C [REDACTED] Bd. 28 Bl. [REDACTED] A, Abt. II, eingetragenen beschränkter persönlichen Dienstbarkeit;
 - bb) Widerruf der geschäftsschädigenden Äußerungen nach näherer Maßgabe des Widerklageantrages, Ziff. II/2.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

- I. Mit dem Hauptantrage der Revision erstrebt der Beklagte unter entsprechender Abänderung der Urteile der Vorinstanzen die Abweisung des auf die Vorurteilung zur Zahlung von 82.000 DM mit Zinsen gerichteten Klageantrags.
1. Das Berufungsgericht sieht aufgrund der Beweisaufnahme als erwiesen an, daß die Parteien in der Verhandlung vom 17. Juli 1959 die Frage, welche Materialien der Beklagte im einzelnen an die Klägerin herauszugeben habe, absichtlich offengelassen und einer späteren Abstimmung vorbehalten hätten. Über die nebensächlichen Punkte, wie den Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses, die Löschung der Grunddienstbarkeit und die Rückgabe von Kundenkarten an die Klägerin, habe keine Meinungsverschiedenheit mehr bestanden. Es sei nur noch auszuhandeln gewesen, welche Abstandssumme der Beklagte auch unter Berücksichtigung dessen zu zahlen haben sollte, daß ihm die Forderungen gegen die Kunden und gegen die Volksbank aus dem laufenden Konto zustehen sollten und daß er das Anlagevermögen auf dem Mietgrundstück übernehmen sollte. Hierüber, wie über die anderen Fragen mit Ausnahme der Materialien, hätten die Parteien sodann eine Übereinstimmung erzielt, der sie auch eine bindende Wirkung beigemessen hätten. Von der getroffenen Vereinbarung hätte nach der Bekundung des Rechtsanwalts Hooitzenbein keine der Parteien "mit Anstand zurücktreten" können. Die Übereinkunft sei dann noch bei einer Runde Weinbrand gefeiert worden. Wenn die

Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Materialien, deren grundsätzliches Bestehen dieser nie in Abrede gestellt habe, noch nicht im einzelnen fest umrissen werden sollte, so hindere das nach § 154 Abs. 1 BGB nicht die wirksame Einigung der Parteien über die übrigen vertraglich zu regelnden Punkte.

2. Die Revision greift diese Ausführungen aus mehreren Gründen an. Sie rügt zunächst die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei zwischen den Parteien eine Einigung des Inhalts erfolgt, daß der Beklagte 98.000 DM an die Klägerin in bestimmten Raten bezahle und daß die Frage der von ihm herauszugebenden Materialien einer späteren Regelung vorbehalten bleiben sollte. Diese Annahme des Berufungsgerichts entfalle schon deshalb, weil beide Parteien gar nicht den Willen gehabt hätten, die Gebindefrage offenzulassen, in der der gegensätzliche Standpunkt der Parteien schon seit Mai 1959 klargestellt gewesen sei. Während nämlich die Klägerin die Herausgabe des Sollbestandes verlangt habe, sei der Beklagte nur zur Herausgabe des bei ihm vorhandenen Ist-Bestandes bereit gewesen. Die Gebindefrage sei daher für die Parteien ein wesentlicher Vertragspunkt gewesen, was auch aus den Bekundungen des Rechtsanwalts G. [REDACTED] und des Verkaufsleiters R. [REDACTED] folge. Rechtsanwalt G. [REDACTED] sei nämlich nach seiner Aussage auch davon ausgegangen, daß die Gebindefrage in der Verhandlung vom 17. Juli 1959 mitgeregelt worden sei.

Überdies habe die Klägerin schon in der Klage ihren Anspruch auf Herausgabe der Materialien - und zwar des Soll-Bestandes - ausdrücklich aus dem "Vergleich"

hergeleitet. Ebenso betreffen ihre Abänderungswünsche im Schreiben vom 22. Juli 1959 die Gebindefrage als Gegenstand des Vergleichs. Auch Rechtsanwalt Ho [REDACTED] mache in seinem Schreiben vom 20. Juli 1959 geltend, daß die Gebindefrage in der Verhandlung geregelt worden sei, indem er die Zahl der herauszugebenden Gebinde im einzelnen angebe. Eine Ausklammerung dieses Streitpunktes sei auch mit der Bestätigung beider Parteien unvereinbar, daß mit dem Vergleich alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Agenturverhältnis erledigt sein sollten.

3. Dieser Angriff der Revision ist begründet.

Nach der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, solange nicht die Parteien sich über alle Punkte des Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Diese Vorschrift beruht auf der dem Gesetz zugrunde liegenden Auffassung, daß die gesamten Vertragserklärungen ein einheitliches Ganzes bilden und ein Vertrag daher nur zustande kommt, wenn die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben. Im Zweifel bewirkt daher die Einigung nur über einzelne Punkte eines Vertrages keine Bindung, und zwar auch dann nicht, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat (§ 154 Abs. 1 Satz 2 BGB). Da die Auslegungsregel des Abs. 1 dieser Vorschrift nur im Zweifel gilt, sind die Parteien jedoch in der Lage, zunächst nur über einzelne Punkte eine Vereinbarung zu treffen und andere Fragen einer späteren Regelung vorzubehalten (BGH LM Nr. 1 zu § 154 BGB).

Für die Frage, was Gegenstand der Vereinbarung sein soll, kommt es nicht so sehr darauf an, ob ein Punkt bei objektiver Betrachtung von wesentlicher Bedeutung ist oder nicht. Vielmehr ist entscheidend, ob die Parteien einer Einigung über diesen Punkt für ihre Verhandlungen wesentliches Gewicht beigemessen haben (BGH LM Nr. 2 zu § 154 BGB). Nur muß der entsprechende Wille der einzelnen Partei ausreichend erkennbar sein.

Da die Klägerin sich auf den Vertragsabschluß beruft, obliegt es ihr demnach, zu beweisen, entweder, daß beide Parteien sich in der Verhandlung vom 17. Juli 1959 dahin geeinigt haben, der Beklagte solle an die Klägerin 98.000 DM in festgelegten Raten zahlen und die Frage der Materialherausgabe solle einer späteren Regelung vorbehalten bleiben, oder daß die Einigung sich sowohl auf die Zahlungs- als auch auf die Herausgabeverpflichtung erstreckte.

- a) Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht bei Beurteilung der Frage, ob die Parteien vereinbart haben, daß der Beklagte den streitigen Betrag zu zahlen habe und daß die Materialherausgabe unabhängig hiervon später geregelt werden sollte, nicht den gesamten Inhalt des Beweisergebnisses gewürdigt und auch wesentlichen Tatsachenvortrag unberücksichtigt gelassen hat. Ferner hat das Berufungsgericht übersehen, daß es für das Zustandekommen eines auch die Gebindefrage regelnden Vertrags ausgereicht hätte, wenn eine Einigung in dieser Frage in der Weise erfolgt wäre, daß die Parteien sich zwar nicht über die Zahl der herauszugebenden Materialien, wohl aber über das hierbei an-

zuwendende Abrechnungsprinzip verständigt hätten und danach die Zahlen im einzelnen bestimmbar wären.

Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Parteien die Frage, welche Materialien der Beklagte an die Klägerin herauszugeben habe, absichtlich offengelassen und einer späteren Vereinbarung vorbehalten hätten, sprechen einmal die Aussagen der Zeugen, sodann die übereinstimmende Auffassung der Parteien selbst, wie sie aus deren eigenem Verhalten nach der Verhandlung vom 17. Juli 1959 hervorgeht, und schließlich die den Vergleich abschließende Erledigungsklausel, die sich auf *a l l e* etwaigen gegenseitigen Ansprüche aus dem Agenturverhältnis bezieht.

So haben G [REDACTED] und R [REDACTED] (GA 292 R) bekundet, daß die Frage, welches Material der Beklagte herauszugeben habe, für die Klägerin von wesentlicher Bedeutung gewesen sei. Denn von der Herausgabe der Gebinde durch den Beklagten habe es abgehangen, ob die Klägerin das Geschäft mit den Kunden, welche die Gebinde in Besitz hatten, fortsetzen könne. Weiter haben R [REDACTED] (GA 84) und H [REDACTED] (GA 83 R) bekundet, daß in der Verhandlung keiner der streitigen Punkte ausgeklammert und einer späteren Vereinbarung überlassen worden sei. Hiermit stimmen auch die Aussagen G [REDACTED] (GA 120 R, 121, 291 R, 292), R [REDACTED] (GA 84) und H [REDACTED] (GA 83 R) überein, daß auch wegen der herauszugebenden Gebinde eine Einigung erfolgt sei. Dafür, daß auch beide Parteien von der Annahme ausgegangen sind, die Frage der Materialherausgabe sei Gegenstand des Vergleiches vom 17. Juli 1959 gewesen, sprechen mehrere Um-

stände. So teilte Rechtsanwalt G. dem Vorstand der Klägerin in Ziff. 6 seines Berichts vom 21. Juli 1959 (GA 295) über die Verhandlung vom 17. Juli 1959 mit, daß "sämtliche Fässer, KVP-Material etc." an die Klägerin herausgegeben worden sollten. In dem die Materialherausgabe betreffenden Teil ihres Schreibens vom 27. Juli 1959 zu Ziff. 2e geht die Klägerin offensichtlich davon aus, daß der Vergleich auch diesen Streitpunkt der Parteien umfasse. Schließlich hat die Klägerin den Herausgabeanspruch in der Klageschrift ausdrücklich auf den Vergleich gestützt und zur Begründung hierfür vorgetragen, daß durch diesen Vergleich die Herausgabe der Leihgebinde und Leihfässer festgelegt worden sei. Auf der anderen Seite hat auch Rechtsanwalt H. in seinem Schreiben an die Klägerin vom 20. Juli 1959 dieser mitgeteilt, es sei Übereinstimmung darüber erzielt worden, daß der Beklagte die in Ziff. 5 seines Schreibens aufgeführten Gebinde herausgebe.

Sowohl das Ergebnis der Beweisaufnahme als auch das der Verhandlung vom 17. Juli 1959 nachfolgende Verhalten beider Parteien läßt somit den Schluß zu, daß die Frage der Materialherausgabe nicht einer späteren Regelung vorbehalten bleiben sollte, sondern daß die Parteien meinten, sich in dieser Verhandlung auch über diesen Punkt im Grundsätzlichen geeinigt zu haben, und daß sie lediglich die genaue Zahl der herauszugebenden Gebinde einer späteren Abstimmung vorbehalten wollten. Hierfür spricht auch die Schlußklausel des Vergleiches, nach der a l l e gegenseitigen Ansprüche der Parteien erledigt sein sollten. Hiernach läßt sich die Feststellung des Berufungsgerichts nicht aufrechterhalten, daß die Parteien die Frage, welche

Materialien der Beklagte an die Klägerin herauszugeben habe, offengelassen und einer späteren Regelung vorbehalten haben. Damit erweist sich aber die Annahme des Berufungsgerichts als unzutreffend, die Tatsache, daß in der Verhandlung keine Einigung in der Herausgabefrage erfolgt sei, hindere nach § 154 Abs. 1 BGB nicht, daß jedenfalls eine wirksame Vereinbarung des Inhalts getroffen worden sei, daß der Beklagte 98.000 DM an die Klägerin in Raten zu zahlen habe.

- b) Hieraus folgt allerdings noch nicht, daß der auf Zahlung von 82.000 DM gerichtete Klageantrag unbegründet sein muß. Erweist sich nämlich die von der Klägerin bereits in der Klagschrift vertretene Behauptung als zutreffend, daß in der Verhandlung vom 17. Juli 1959 eine sämtliche streitigen Punkte regelnde Vereinbarung zustande gekommen sei, derzufolge u.a. der Beklagte diesen Betrag zu zahlen und die verlangten Materialien herauszugeben habe, so wäre dem Zahlungsverlangen stattzugeben, wenn die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung nicht etwa aus anderen Gründen in Frage gestellt wäre (vgl. hierzu die Ausführungen Ziff. II - IV).

Die Entscheidung darüber, ob dem Beweisergebnis und den sonstigen Umständen, wie z.B. dem Schriftwechsel der Parteien, zu entnehmen ist, daß eine so weitgehende Einigung erfolgt ist und insbesondere, welchen Inhalt diese Einigung im einzelnen bezüglich des Umfangs der vom Beklagten herauszugebenden Materialien hat, obliegt jedoch dem Tatrichter und kann nicht vom Revisionsgericht getroffen werden. Hierbei ist zu beachten, daß eine unvollständige Vereinbarung im Sinne des § 154 BGB nicht etwa schon dann vorliegt, wenn die Zahl der

herauszugebenden Materialien nicht festgelegt wurde, diese Zahl aber nach dem von den Parteien verabredeten Maßstab bestimmbar ist (RG Gruchot 53, 830; RGRK 11. Aufl. Anm. 3 zu § 154 BGB). In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob etwa ein versteckter Einigungsmangel deshalb vorliegt, weil - wie die Klägerin vorträgt - vereinbart worden sein soll, daß der Beklagte alles Material herauszugeben habe, das in ihrem Eigentum stehe, und zwar unabhängig davon, ob es sich im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Beklagten befinde (vgl. u.a. GA Bl. 289 f), während der Beklagte behauptet, die Einigung lediglich auf die im Zeitpunkt der Verhandlung vom 17. Juli 1959 noch in seinem unmittelbaren Besitz befindlichen Gebinde bezogen zu haben (vgl. u.a. GA Bl. 19/20, 38, 276, 307).

- II. 1. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, daß der Vortrag auch nicht deshalb unwirksam sei, weil der Vertreter der Klägerin sich noch die Einholung der Genehmigung des Vorstandes vorbehalten und der Beklagte dem nicht zugestimmt, sondern erklärt habe, unter diesen Umständen wolle auch er ungebunden bleiben. Aus den gesamten Umständen, insbesondere aus der besetzten Aussage des Vertreters der Klägerin, Rechtsanwalts G■■■■, ergebe sich, daß dieser Vorbehalt nicht erst zum Schluß der Verhandlung, sondern vorher gemacht worden sei, und zwar zu einem Zeitpunkt, der vor der Einigung über den Betrag von 98.000 DM gelegen habe oder zumindest mit ihm zusammengefallen sei. Möglicherweise habe Rechtsanwalt Ho■■■■, der eine Zeitlang in Abwesenheit des Beklagten verhandelt habe, auch versäumt, diesen auf den von Rechts-

anwalt G. [REDACTED] gewünschten Rücktritts- oder Genehmigungsvorbehalt hinzuweisen, so daß der Beklagte erst später hiervon erfahren habe. Das ändere aber nichts an der Tatsache, daß die Einigung schon wirksam vollzogen gewesen sei. Denn der Beklagte und sein Anwalt hätten bereits dadurch, daß sie die Einigung über den zu zahlenden Ausgleichsbetrag bekräftigten, auch den vom Vertreter der Klägerin gewünschten und dem Beklagten oder doch auf jeden Fall dem Anwalt des Beklagten bekanntgemachten Vorbehalt gebilligt. Wäre es anders gewesen, so würden der Beklagte und sein Anwalt bereits zuvor ihren fehlenden Bindungswillen zum Ausdruck gebracht haben, anstatt die Übereinkunft bei einer Runde Weinbrand zu feiern. Ob ein Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichtgenehmigung oder ein Genehmigungsvorbehalt ausbedungen worden sei, sei gleichgültig, da in der praktischen Auswirkung das eine dem anderen gleichkomme.

2. Die Revision greift diese Feststellungen des Berufungsgerichts an, weil sie nicht erkennen ließen, aus welchen Erklärungen des Beklagten zu entnehmen sei, daß er eine sofort bindende Vereinbarung habe treffen wollen. Da Rechtsanwalt Ho. [REDACTED] den Beklagten nicht als Abschlußbevollmächtigter vertreten habe, hätte das Berufungsgericht eine positive Erklärung des Beklagten persönlich feststellen müssen und sich nicht mit der negativen Beurteilung begnügen dürfen, es lasse sich kein Ausdruck des Willens des Beklagten feststellen, sich noch nicht fest binden zu wollen. Wenn der Beklagte aber in dem Zeitpunkt, für den das Berufungsgericht eine bindende Einigung als durch

eine Runde Weinbrand bekräftigt ansehe, den Vorbehalt nicht gekannt habe, liege ein versteckter Einigungsmangel vor.

3. Der Revision ist zuzugeben, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts zu dieser Frage nicht eindeutig sind. Dessen Ausführungen lassen nämlich die Möglichkeit zu, daß der bei den Verhandlungen zeitweilig nicht anwesende Beklagte erst *n a c h* der Bekräftigung der Einigung in Form einer Weinbrandrunde davon erfahren hat, daß Rechtsanwalt G. sich die Einholung der Genehmigung des Vorstandes der Klägerin vorbehalten hatte. In diesem Falle müßte der Beklagte sich die Kenntnis seines Anwalts von diesem Vorbehalt aber nur dann zurechnen lassen, wenn der Anwalt auch Vollmacht zum Abschluß des Vertrags hatte (vgl. § 166 Absatz 1 BGB). Das Berufungsgericht wird daher bei der erforderlichen nochmaligen Behandlung der Sache auch zu prüfen haben, ob das der Fall gewesen ist. Bedenken gegen eine solche Annahme könnten deshalb bestehen, weil die Verhandlungen bis auf die vorübergehende Abwesenheit des Beklagten in dessen Gegenwart stattfanden, und es aus diesem Grunde nicht zweifelsfrei erscheint, ob eine vom Beklagten seinem Anwalt etwa zunächst erteilte Abschlußvollmacht so weit ging, daß jener befugt sein sollte, den Beklagten auch hinsichtlich des während seiner vorübergehenden Abwesenheit Verhandelten zu binden.

- III. 1. Den weiteren Einwand des Beklagten, der beabsichtigte Vertrag sei gemäß § 154 Abs. 2 BGB auch deshalb als nicht geschlossen anzusehen, weil seine Beurkundung verabredet worden sei, diese aber nicht stattgefunden

habe, hat das Berufungsgericht aus folgenden Erwägungen als unbegründet erachtet. Die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB gelte nur für solche Fälle, in denen die Beurkundung vor der Einigung über den Vertrag vereinbart worden sei. Die Beweisaufnahme habe jedoch ergeben, daß eine derartige Beurkundungsabrede vor der Vertragseinigung weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen worden sei. Zwar habe der Beklagte mit Recht darauf hingewiesen, daß es in Geschäftskreisen üblich sei, solche Verträge schriftlich aufzusetzen, die eine Reihe streitiger Punkte regelten und von einigem Gewicht seien. Diese Gepflogenheit gelte aber weniger für Verträge, durch die - wie hier - eine Geschäftsbeziehung beendet werde, als für solche, durch die eine langdauernde Beziehung erst geschaffen werden solle. Vorliegend wäre eine schriftliche Formulierung aber nur für die Frage unabweislich gewesen, welche Materialien der Beklagte im einzelnen herausgeben sollte, denn die einzelnen Gegenstände hätten dann nach Zahl und Art aufgeführt werden müssen. Diesen Komplex habe man aber bewußt herausgelassen.

Da der Vertrag bereits geschlossen gewesen sei, als verabredet worden sei, Rechtsanwalt Ho[REDACTED] möge das Vertragsergebnis schriftlich festhalten und der Klägerin übermitteln, hätte der Beklagte beweisen müssen, daß der Vertrag nur in der schriftlichen Fassung gültig sein sollte. Diesen Beweis habe der Beklagte jedoch nicht führen können. Die Umstände - so der Bericht des Rechtsanwalts G[REDACTED] an die Klägerin und das Schreiben des Rechtsanwalts Ho[REDACTED] an die Klägerin vom 20. Juli 1959 - sprächen vielmehr

dafür, daß Rechtsanwalt Ho [REDACTED] die getroffene Vereinbarung lediglich zu Beweis Zwecken habe schriftlich festhalten sollen.

2. Die Revision greift diese Ausführungen aus verschiedenen Gründen an.

- a) Zunächst rügt sie, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Vereinbarung der vorzeitigen Aufhebung des zwischen den Parteien geschlossenen Agenturvertrages in dem Vergleich der Schriftform bedurft habe, weil nach § 15 dieses Vertrages die Schriftform für jede Änderung oder Ergänzung vereinbart worden sei.

Dieser Angriff der Revision verdient Beachtung. In der Vereinbarung einer vorzeitigen Beendigung eines Agenturverhältnisses liegt nämlich eine Änderung des Agenturvertrages. Jedoch ist die Aufhebung der in einem Vertrag vereinbarten Schriftform durch die Vertragspartner rechtlich zulässig (vgl. RGZ 95, 175). Falls die Schriftformvereinbarung in dem Agenturvertrag sich auch auf Abreden über eine vorzeitige Abwicklung des Vertragsverhältnisses bezogen haben sollte, was das Berufungsgericht nicht erörtert hat, läßt sich seine Feststellung, vor der Vertragseinigung vom 17. Juli 1959 sei keine Beurkundungsabrede getroffen worden, nicht aufrechterhalten. Sollte aber die Schriftformvereinbarung in dem Agenturvertrag grundsätzlich auch für einen Vergleich maßgebend sein, der die Rechtsverhältnisse bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung regeln sollte, so hätte das Berufungsgericht weiterhin prüfen müssen, ob die Parteien insoweit eine Aufhebung

der in dem Agenturvertrag vorgesehenen Schriftform vereinbart haben, was auch durch schlüss^{ig}es Verhalten hätte geschehen können. Diese Prüfung wird das Berufungsgericht daher nachzuholen haben.

- b) Nicht gefolgt werden kann der Revision darin, daß allein wegen der großen Bedeutung der getroffenen Abrede nach Verkehrs- und Handelssitte die Schriftform üblich und erforderlich sei. Denn es ist rechtlich zulässig, daß die Parteien eines Vertrages, auch wenn der Vertrag für sie von so großer wirtschaftlicher Bedeutung ist, daß die Beurkundung naheliegen und - bei gewissen Vertragsarten - üblich und deshalb in der Regel als stillschweigend vereinbart anzusehen sein mag, sich dahin einigen, daß trotz dieser Umstände bereits die mündlich getroffene Vereinbarung bindend sein solle.

Vorliegend ist nun das Berufungsgericht - unter der Voraussetzung, daß die Gebindefrage in der Verhandlung noch nicht geregelt werden sollte - aufgrund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, daß eine Beurkundungsabrede vor der Vertragseinigung von den Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen worden ist. Es hat sich in diesem Zusammenhang eingehend mit dem Vortrag des Beklagten auseinandergesetzt, er habe geäußert, mit der Klägerin auf jeden Fall ein schriftliches Abkommen treffen zu wollen. Für eine solche Willensrichtung des Beklagten in der Verhandlung habe, so fährt das Berufungsgericht fort, die Beweisaufnahme jedoch keine Anzeichen ergeben. Vielmehr sei den insoweit übereinstimmenden Bekundungen Ho[REDACTED] und G[REDACTED] zu entnehmen, daß

erst nach Abschluß der Verhandlung, nachdem also die Einigung erfolgt sei, und kurz vor dem Auseinandergehen der Parteien die schriftliche Festlegung des Verhandlungsergebnisses erörtert worden sei. Diese auf tatsächlicher Würdigung des Beweisergebnisses beruhende Feststellung des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden, falls die Schriftformvereinbarung in dem Agenturvertrag nicht auch für einen Vergleich des fraglichen Inhaltes gelten sollte oder insoweit nicht als aufgehoben anzusehen ist.

Ist aber eine schriftliche Niederlegung erst nach erfolgter Einigung der Parteien verabredet worden, so kann die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB, derzufolge im Zweifel ein Vertrag nicht geschlossen ist, solange eine beabsichtigte Beurkundung nicht erfolgt ist, nicht Platz greifen. Wenn daher das Berufungsgericht aufgrund des Verhaltens der an der Verhandlung Beteiligten zu dem Ergebnis gekommen ist, die schriftliche Niederlegung habe lediglich die bereits getroffene Vereinbarung, nämlich das Verhandlungsergebnis, nach dem Willen der Vertragsschließenden zu Beweiszwecken festlegen sollen, so ist dies - vorbehaltlich der unter III 2 a erörterten Bedenken - rechtlich unangreifbar. Das gilt um so mehr, als das Berufungsgericht dem Schreiben des Rechtsanwalts Ho [REDACTED] an die Klägerin vom 20. Juli 1959 entnimmt, daß auch er von einem bereits erfolgten Vertragsschluß ausgegangen sei, da er nämlich darin davon spreche, man habe eine "Übereinstimmung" erzielt, die noch der Genehmigung des Vorstandes der Klägerin bedürfe. Zutreffend folgert das Berufungsgericht hieraus,

daß das Schreiben durch diese Formulierung den Charakter einer Bestätigung, und nicht den eines Angebots erhalten habe.

- c) Die Revision greift weiter die Feststellung des Berufungsgerichts an, daß eine schriftliche Formulierung allenfalls dann unabweislich gewesen wäre, wenn auch die Frage, welche Materialien der Beklagte im einzelnen herausgeben sollte, Gegenstand der Über-cinkunft gewesen wäre, weil dann die einzelnen Gegenstände nach Zahl und Art hätten aufgeführt werden müssen. Mit der Begründung, daß das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen habe, der Komplex der Materialherausgabe sei von den Parteien bewußt offengelassen worden, folgert die Revision hieraus die Notwendigkeit der Beurkundung des Vertrages für dessen Wirksamkeit.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkte besagen nicht, daß dann, wenn der Komplex der Materialherausgabe von den Parteien mitgeregelt worden wäre, in jedem Fall eine Beurkundung erforderlich gewesen wäre. Vielmehr meint das Berufungsgericht ersichtlich, daß allenfalls unter dieser Voraussetzung überhaupt zu prüfen gewesen wäre, ob eine Beurkundung unabweislich dann hätte stattfinden müssen, falls die Herausgabepflicht im einzelnen nach Zahl und Art der Gegenstände hätte festgelegt werden sollen. Weiter ist zu berücksichtigen, daß beiden Parteien ihre verschiedene Auffassung in dieser Frage aufgrund der vorangegangenen Besprechungen genau bekannt gewesen ist, nämlich, daß die Klägerin eine Herausgabe dessen verlangte, was nach dem sog. Sollbestand hätte vorhanden sein müssen, wäh-

rend der Beklagte nur zu einer Herausgabe dessen bereit war, was sich noch in seinem Besitz befand. Unter diesen Umständen konnte daher, wenn eine Einigung in dem einen oder anderen Sinn erfolgte, die nachfolgende schriftliche Niederlegung durchaus den Charakter einer bloßen Bestätigung haben.

- IV. Die Revision bemängelt schließlich, das Berufungsgericht habe, weil es das Wesen einer Genehmigung verkannt habe, zu Unrecht angenommen, daß die Klägerin den Vergleich genehmigt habe. Weil nämlich die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 22. Juli 1959 Abänderungswünsche, insbesondere wegen der herauszugebenden Gebinde, zu dem Schreiben des Rechtsanwalts Ho [REDACTED] vom 20. Juli 1959 geäußert habe, sei die Genehmigung versagt und das Schreiben der Klägerin in entsprechender Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot anzusehen. Die Versagung der Genehmigung sei aber endgültig, weil die Parteien keine neue Vereinbarung getroffen hätten.

Eines Eingehens auf diesen Revisionsangriff bedarf es bei dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits nicht. Wie bereits dargelegt worden ist (vorstehend zu Ziff. I), ist der Revision darin zuzustimmen, daß die Frage der Materialherausgabe Gegenstand der Verhandlung vom 17. Juli 1959 gewesen ist. Das Berufungsgericht wird deshalb nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits zu prüfen haben, ob die Parteien in diesem Punkte zu einer Einigung gelangt sind und wenn das zu bejahen ist, welchen Inhalt die Einigung hat, oder ob möglicherweise ein versteckter Einigungsmangel vorliegt. Erst wenn

über diese Fragen Klarheit gewonnen ist, läßt sich beurteilen, welche Bedeutung den Änderungswünschen in rechtlicher Hinsicht zukommt.

Ausführungen über die Zulässigkeit des Hilfsantrages der Revision zu 2 b. erübrigen sich infolge der notwendigen Zurückverweisung ebenfalls.

Das Berufungsgericht wird nach erneuter Verhandlung des Streitfalles in seiner Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Krüger-Nicland Jungbluth Pehle Sprengmann Mösl