

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 37/63

URTEIL

Verkündet am

13. Januar 1965

Klett,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt H [REDACTED] in S [REDACTED],
H [REDACTED]weg [REDACTED] und A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.h.c. [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED] & W [REDACTED] Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung, Silberwarenfabrik, in P [REDACTED],
T [REDACTED]platz, gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Fritz E [REDACTED] in E [REDACTED], E [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 14. Dezember 1962 wird insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Klagesumme richtet.

Im übrigen wird das vorbezeichnete Urteil auf die Revision des Beklagten aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Widerklage an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte trägt 7/12 der Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens. Im übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin fordert den Kaufpreis für 19 an den Beklagten gelieferte Automaten laut Rechnung vom 8. Februar 1960 in Höhe von 6920 DM nebst Zinsen. Der Beklagte wendet ein, die Klägerin habe sich im Oktober und November 1959 verpflichtet, an ihn 1000 Automaten in einer damals vorgesehenen Neuanfertigung zu liefern. Sie habe diese Verpflichtung nicht erfüllt und schulde daher Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Den Schadensersatzanspruch verrechnet der Beklagte in Höhe von 18 980 DM auf die Klageforderung sowie auf Kaufpreisforderungen für ihm

gelieferte weitere 42 Automaten. Von der darüber hinausgehenden Schadensersatzforderung macht der Beklagte 5000 DM nebst Zinsen im Wege der Widerklage geltend.

Die Klägerin bestreitet, die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung. Sie wendet ein, nach den Verbandsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie, die ihren Lieferungsvereinbarungen mit dem Beklagten zugrundelägen, dürfe der Klageforderung gegenüber weder ein Zurückbehaltungsrecht noch ein Aufrechnungsrecht ausgeübt werden.

Das Landgericht wies die Klage zunächst wegen örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts als unzulässig ab und sah damit die Widerklage als gegenstandslos an. Das Oberlandesgericht hob dieses Urteil auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück. Darauf hat das Landgericht dem Klagebegehren entsprochen und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin auf die Widerklage. Diese beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält die Aufrechnung gegen die an sich unstreitige Klageforderung für unzulässig. Auf die Lieferung der 19 Automaten, die der Klage zugrunde liegt, finden nach Ansicht des Berufungsgerichts die Verbandsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie Anwendung, nach denen an fälligen Zahlungen dem Lieferer gegenüber Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsrechte nicht ausgeübt werden dürfen. Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung unter Bezugnahme auf Ausführungen in dem ersten Berufungsurteil vom 10. November 1961, bei dem es um die Frage der örtlichen Zuständigkeit und in diesem Zusammen-



hang um die Anwendung der vorbezeichneten Allgemeinen Lieferungsbedingungen auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ging. In jenem Urteil würdigte das Berufungsgericht ein Schreiben des Beklagten an die Klägerin vom 1. Dezember 1959, in welchem er bei der Klägerin insgesamt 400 Geräte mit näherer Aufgliederung "zu den vereinbarten Bedingungen und aufgrund von Verbandsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie" zur Lieferung ab sofort in monatlichen Teilsendungen bestellt hat. Die Bestellung sei, so führt das Berufungsgericht aus, in dieser Weise nach Wunsch der Klägerin formuliert worden. Der Beklagte habe von der Bezugnahme auf die ihm bekannten Verbandsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie Kenntnis erlangt und von vornherein sein Einverständnis mit diesen Bedingungen zum Ausdruck gebracht. So habe bereits bei der Bestellung eine rechtswirksame beiderseitige Bezugnahme auf die Verbandsbedingungen vorgelegen. Die Lieferung der 19 Automaten sei dann im Rahmen dieser Bestellung erfolgt. Der Beklagte habe zwar geltend gemacht, die Klägerin habe seine Zustimmung zur Anwendung der Verbandsbedingungen auf unredliche Weise erlangt. Diese Behauptung sei jedoch als widerlegt anzusehen.

1. Die Revision rügt, der Vertrag über die Lieferung der 19 Automaten sei, wie das Landgericht angenommen habe, durch das schriftliche Angebot der Klägerin vom 29. Januar 1960 und den sich anschließenden Brief- und Telegrammwechsel mit dem Beklagten zustande gekommen. Darin fehle ein Hinweis auf die Kauf- und Lieferungsbedingungen. Wenn das Berufungsurteil auf die Bestellung vom 1. Dezember 1959 abhebe, so stehe dem das Schreiben der Klägerin vom 11. Dezember 1959 entgegen. In diesem Schreiben habe nämlich die Klägerin dem Beklagten vorgehalten, warum er es vermeide, den schriftlichen Auftrag über die vorerst zur Debatte stehenden 200 Stück DK 6 und 200 Stück DK 10 mit

dem Zusatz zu erteilen, daß er die Allgemeinen Bedingungen der Automatenindustrie anerkenne. Somit sei die Klägerin damals der Auffassung gewesen, daß der Beklagte diese Bedingungen nicht anerkannt habe. Sie habe zwar vorgetragen, das Schreiben vom 1. Dezember 1959 sei am 11. Dezember 1959 bei ihr noch nicht eingegangen gewesen. Der Beklagte habe jedoch beantragt, der Klägerin die Vorlage des gesamten Schriftwechsels aufzugeben.

Diese Rügen greifen nicht durch.

Der Beklagte hat die Behauptung der Klägerin im Schriftsatz vom 12. September 1962, ihr sei das Schreiben des Beklagten vom 1. Dezember 1959 am 11. dieses Monats noch nicht zugegangen gewesen, vor der letzten mündlichen Verhandlung nicht bestritten. Unstreitig ist dies schriftsätzlich nicht geschehen. Dem Tatbestand des Berufungsurteils ist auch nicht zu entnehmen, daß der Beklagte diese Behauptung in der letzten mündlichen Verhandlung bestritten habe. Danach ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Klägerin vom 11. Dezember 1959 keine Schlüsse zu ihrem Nachteil hinsichtlich der Einbeziehung der Allgemeinen Bedingungen der Automaten-Industrie in das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gezogen hat. Es können auch keine Bedenken daraus hergeleitet werden, daß der Klägerin nicht die Vorlage des gesamten Schriftwechsels aufgegeben worden ist. Auf dieses Beweisangebot hätte das Berufungsgericht nur dann eingehen müssen, wenn ihm ein bestimmter von der Klägerin bestrittener Tatsachenvortrag zugrunde gelegen hätte. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß ein solcher Verstoß vorliege.

Wenn das Berufungsgericht einen Zusammenhang der Bestellung des Beklagten vom 1. Dezember 1959 mit der Lieferung der 19 Automaten im Februar 1960 annimmt, so steht dem nicht entgegen, daß die Klägerin die Bestellung vom

1. Dezember 1959 nicht angenommen, sondern sich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht im Schreiben vom 29. Januar 1960 bereit erklärt hat, dem Beklagten die 19 Automaten unter der Voraussetzung zu liefern, daß ihr Geschäftspartner Sch. sich mit dieser Regelung einverstanden erkläre. Ist der Lieferungsvertrag über diese 19 Automaten erst daraufhin zustande gekommen, wie das Berufungsgericht angenommen hat, so war doch vorher geklärt, wie es ebenfalls bedenkenfrei feststellt, daß die Klägerin sich zur Lieferung nur unter Zugrundelegung der Allgemeinen Bedingungen der Deutschen Automaten-Industrie verpflichten wollte und daß der Beklagte sich diesem Verlangen durch die Bestellung vom 1. Dezember 1959 gefügt hatte. Bei dieser Sachlage sind die Allgemeinen Bedingungen in die Vereinbarung über die Lieferung der 19 Geräte durch schlüssiges Verhalten beider Parteien einbezogen worden, ohne daß es bei der Abrede über diese Lieferung einer ausdrücklichen Bezugnahme auf die Bedingungen bedurfte. Wie das Berufungsgericht in seinem ersten Berufungsurteil, auf das das Berufungsgericht in dem jetzt angefochtenen Urteil verweist, rechtlich bedenkenfrei ausgeführt hat, hätte der Beklagte, wenn er eine Lieferung der 19 Geräte zu den Verbandsbedingungen nicht wünschte, dies der Klägerin ausdrücklich kundtun müssen.

Entgegen der Auffassung der Revision brauchte das Berufungsgericht auch dem Schreiben der Klägerin vom 4. Februar 1960, in welchem sie ihr Angebot vom 29. Januar 1960 aufrecht erhielt, keine Schlüsse zugunsten des Beklagten zu ziehen.

2. Die Revision macht ferner ohne Erfolg geltend, die Klägerin habe das Schreiben des Beklagten vom 1. Dezember 1959 arglistig erschlichen, wofür der Beklagte sich auf Zeugnis der Frau R., des Fabrikanten Sch. und des Ingenieurs P. bezogen habe. Das Berufungsgericht wür-

digt in diesem Zusammenhang die Beweisaufnahme in dem ersten Berufungsverfahren und führt aus, die Behauptung, die Klägerin habe die Zustimmung des Beklagten (im Schreiben vom 1. Dezember 1959) zur Anwendung der Verbandsbedingungen auf unredliche Weise erlangt, sei bereits in dem ersten Berufungsurteil als widerlegt angesehen worden. Mit dieser Bezugnahme verweist das Berufungsgericht ersichtlich auch auf die Würdigung der Aussage des Zeugen P., wonach als erwiesen anzusehen sei, daß der Beklagte sich mit der Anwendung dieser ihm bekannten Verbandsbedingungen schon vorher einverstanden erklärt habe. Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, den Zeugen P. erneut zu vernehmen, weil es sich insoweit ohne Rechtsverstoß auf die Vernehmung des Zeugen im ersten Berufungsverfahren beziehen durfte. Auch der Zeuge Sch. brauchte nicht erneut vernommen zu werden. Er ist im ersten Berufungsverfahren darüber als Zeuge vernommen worden, ob der Beklagte bei den Vorverhandlungen mit der Klägerin die Vereinbarung eines Gerichtsstandes Pforzheim eindeutig abgelehnt habe. Diese Beweisfrage umfaßte auch die Einbeziehung der Einheitsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie in das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien hinsichtlich der Lieferungen, um die es hier geht. Die in der Berufungsbegründung ferner benannte Sekretärin des Beklagten, Frau R., ist allerdings im ersten Berufungsverfahren nicht vernommen worden. Auch insoweit ist aber kein Rechtsverstoß darin zu finden, daß das Berufungsgericht die Vernehmung der Zeugin unterlassen hat. Wie sich aus der Bezugnahme in der Berufungsbegründung auf den Schriftsatz vom 7. Oktober 1960 entnehmen läßt, ist Frau R. (oder R.) dafür als Zeugin benannt worden, P. habe in Kenntnis davon, daß der Beklagte diese Bedingungen ausdrücklich abgelehnt hatte, sich die Bestellung vom 1. Dezember 1959 arglistig verschafft, indem er ihr eine entsprechende Formulierung des

Bestellscheines vom 1. Dezember 1959 fernmündlich aufgegeben habe. P. [REDACTED] habe zudem fernmündlich erklärt, er könne den Vorgang für den Beginn der Lieferungen, auf welche der Beklagte damals drängte, nicht finden, man solle ihm doch nochmals eine Bestellung herreichen, was Frau R. [REDACTED] gutgläubig getan habe. Auf dieses Beweisangebot kommt es deshalb nicht an, weil die Bestellung vom 1. Dezember 1959 nach der von der Klägerin vorgelegten Abschrift dieses Schreibens die Unterschrift des Beklagten trägt. Der Beklagte hat auch nicht in Abrede gestellt, das Schreiben unterzeichnet zu haben. Das Vorbringen des Beklagten über ein unredliches Verhalten des für die Klägerin handelnden Angestellten P. [REDACTED] ist daher nicht schlüssig. Es ist darüber hinaus von dem Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß als widerlegt angesehen worden.

3. Weiter macht die Revision geltend, auf das Aufrechnungsverbot in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfe die Klägerin sich jedenfalls deshalb nicht berufen, weil sie zur Lieferung von 1000 Automaten, mindestens aber zur Lieferung von 400 Automaten verpflichtet gewesen sei und diese Verpflichtung bewußt, also vorsätzlich, nicht erfüllt habe. Die Haftung für Schaden aus vorsätzlichem Handeln könne nach § 276 Abs. 2 BGB weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.

Eine Beschränkung der Haftung aus vorsätzlicher Vertragsverletzung liegt aber entgegen der Auffassung der Revision nicht schon darin, daß die Klägerin die Aufrechnung gegen die Klageforderung nicht zulassen will.

Eine andere Frage ist, ob die Klausel über den Ausschluß von Zurückbehaltung und Aufrechnung dem Beklagten nach Treu und Glauben deshalb nicht entgegen gehalten werden kann, weil die Klägerin eine ihr im Rahmen bestehender Rechtsbeziehungen obliegende Lieferverpflichtung

bewußt verletzt habe. Ein vertragliches Aufrechnungsverbot braucht jedoch nicht gegenüber jedem aus vorsätzlicher Vertragsverletzung hergeleiteten Schadensersatzanspruch zurückzutreten. Diese Frage ist vielmehr nur nach den gesamten Umständen des Einzelfalles zu beurteilen (vgl. BGH Urt. v. 15. März 1960 - VIII ZR 37/59 -). Es ist daher erforderlich, zunächst die Umstände zu erörtern, aus denen der Beklagte seine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung herleitet.

II. Im Herbst 1959 fanden zwischen den Parteien Verhandlungen über die Fertigung von der Klägerin herzustellenden Verkaufsautomaten (für Rauchwaren und Schokolade) und deren Vertrieb statt. Die Klägerin wollte die Automaten unter Verwertung von Schutzrechten des Fabrikanten Karl Sch. (Inhaber der Firma C. Zigarren- und Automaten-GmbH) vornehmen. Der Beklagte wollte den Vertrieb der Automaten für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sowie für das Ausland übernehmen. Ein vom Beklagten vorgelegter Vertragsentwurf vom 21. September 1959, der die Rechtsbeziehungen der Parteien regeln sollte, führte nicht zu einem entsprechenden Verträge. Es war nämlich vorgesehen, den Vertrieb der Automaten durch eine Gesellschaft vorzunehmen, die unter der Firma D. - D. -A. GmbH P. in das Handelsregister eingetragen werden sollte. Dazu ist es nicht gekommen. Sch., der an dieser Vertriebsgesellschaft beteiligt werden sollte, nahm zum Teil auch an Besprechungen über die zu regelnden Vertragsbeziehungen mit dem Beklagten teil. Bei einer Besprechung am 6. Oktober 1959 will der Beklagte auf das erstrebte Alleinvertriebsrecht verzichtet haben, weil der Vorsitzende des Aufsichtsrats der Klägerin, Dr. B., ihm zugesichert habe, ihm aus der Erstproduktion vorweg 1000 Automaten zu liefern,

womit auch Sch[REDACTED] einverstanden gewesen sei. Aufgrund dieser Zusage will sich der Beklagte unter erheblichen Aufwendungen für den Absatz von Automaten aus der Produktion der Klägerin eingesetzt und auch schon Lieferverträge fest abgeschlossen haben. In einer Unterredung bei Dr. B[REDACTED], die am 6. November 1959 in dieser Angelegenheit zwischen den Beteiligten stattgefunden hat, habe der Geschäftsführer der Klägerin, E[REDACTED], die Zusage einer Prae-Lieferung von 1000 Automaten bestätigt und diese Lieferung wiederum verbindlich zugesagt. Hierfür hat sich der Beklagte auf Zeugnis des Karl Sch[REDACTED] und eines Angestellten des Beklagten S[REDACTED] berufen, in deren Anwesenheit die Unterredung stattgefunden habe. Dr. B[REDACTED] habe dabei erklärt, es sei gut möglich, daß der Beklagte die 1000 Automaten schon im März 1960 haben werde (Bl. I,57). Die Klägerin dürfe zwar nach der mit Sch[REDACTED] getroffenen Vereinbarung keine Automaten mehr herstellen und liefern. Sie habe sich aber schon vorher ohne Vorbehalt zur Lieferung von 1000 Automaten verpflichtet. Demnach sei die auf ihre Beziehungen zu Sch[REDACTED] zurückzuführende Unmöglichkeit zur Lieferung von ihr zu vertreten. Demgegenüber hat die Klägerin bestritten, eine feste Lieferverpflichtung auf 1000 Geräte eingegangen zu sein. Eine solche Verpflichtung habe vertraglich noch festgelegt werden sollen, wozu auch das Einverständnis des Fabrikanten Sch[REDACTED] nötig gewesen sei. Die Verhandlungen mit Sch[REDACTED] seien im März 1960 endgültig gescheitert. Deshalb sei die vorgesehene Produktion nicht durchgeführt worden.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dem Beklagten stehe nach seinen eigenen Darlegungen ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin nicht zu. Hinsichtlich der Behauptung, die Klägerin habe sich bereits am 6. Oktober 1959 zur Lieferung von 1000 Automaten verpflichtet, gehe

der Vortrag des Beklagten nur dahin, daß insoweit eine Zusage "Prae" auf Lieferung von Automaten erteilt, also eine bevorzugte Lieferung zugesagt worden sei. Dies bedeute nach Sachlage nicht mehr, als das unverbindliche Versprechen, den Abnahmewünschen des Beklagten im Falle ausreichender oder rechtzeitiger Produktion entgegenzukommen. Eine bindende Verpflichtung habe in der Zusage nicht gelegen. Diese begrenzte Bedeutung der Zusage ergebe sich auch aus der Aktennotiz vom 6. November 1959, die der Beklagte zu Unrecht als für seine Auffassung sprechend heranziehe. In dieser Notiz werde als wesentlicher Inhalt der unter den Parteien geführten Besprechung u.a. der Hinweis der Klägerin angegeben, daß die bisherigen Verhandlungen als Vorbesprechungen zu werten seien und daß eine Bindung so lange nicht bestehe, als nicht beiderseits gegengezeichnete, unter Mitwirkung des Lizenzgebers Sch. zustande gekommene Verträge vorlägen. Dazu sei es nicht gekommen. Aber auch über die Lieferung von 400 Automaten, von denen unter den Parteien später die Rede war, fehle es an einer bindenden vertraglichen Abmachung in dem vorbezeichneten, fest umrissenen Sinn. Die Klägerin habe zwar in ihrem Schreiben vom 16. November 1959, mit dem sie eine Zuschrift des Beklagten vom 10. November bestätigt habe, bezüglich der "bereits fest verkauften 400 Automaten" um eine Aufschlüsselung der Lieferungswünsche des Beklagten gebeten und am 23. November 1959 "überschlagsmäßig eine Lieferungszusage für die Zeit ab Ende Januar, Anfang Februar 1960" erteilt, die sodann am 1. Dezember 1959 nachfolgende förmliche Auftragserteilung des Beklagten, die sich auf die 400 Automaten bezog, habe die Klägerin indessen nicht gemäß Ziffer A 1 der Verbandsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie bestätigt. Sie habe vielmehr den Auftrag durch ihr Gegenangebot vom 29. Januar 1960, 19 Automaten zu liefern, das der Beklagte angenommen ha-

be, modifiziert. Es möge hiernach sein, daß die Klägerin einmal in allgemeiner Form die Verpflichtung eingegangen sei, 400 Automaten zu liefern, und zwar für den Fall, daß ihr die Produktion in dem gedachten Umfang möglich sein werde. Sie sei aber jedenfalls keine zeitliche Bindung eingegangen und habe darüber hinaus, wie der im ersten Berufungsurteil verwerteten Beweisaufnahme eindeutig zu entnehmen sei, erkennen lassen, daß die Durchführung der Produktion und die Lieferung noch von Umständen abhängig gewesen sei, die sich den Einwirkungsmöglichkeiten der Klägerin entzogen hätten. Für den Beklagten sei somit auch ganz offenbar gewesen, daß er nicht sicher mit der Erfüllung der Lieferungszusage rechnen konnte, Wenn er dann dennoch im Vertrauen auf den Eingang der bestellten Automaten Weiterverkäufe getätigt habe, so habe er sich die unerwünschten Folgen dieses Vorgehens angesichts der erkennbar unsicheren Vertragslage selbst zuzuschreiben. Auch habe er nicht verlangen können, so gestellt zu werden, als habe er die Automaten zu einer seinen Vorstellungen entsprechenden Zeit und in ebensolchem Umfang erhalten und sie gewinnbringend weiterverkauft. Denn auch für einen solchen Gewinnentgang habe die Klägerin keine mit einer Vertragsverletzung verbundene Ursache gesetzt, weil sie sich zumindest zeitlich nicht habe binden können und auch nicht gebunden habe. Da der Beklagte selbst die Festlegung unbedingter Lieferungstermine nicht vorgetragen habe, komme seinen Beweisangeboten, mit denen er seine Behauptung vertraglicher Zusagen der Klägerin zu erhärten suche, keine erhebliche Bedeutung zu.

Diese Begründung für die Ablehnung des Schadensersatzanspruches des Beklagten hält den Angriffen der Revision nicht stand.

Die Revision rügt, daß die vom Beklagten für die behaupteten Lieferungszusagen der Klägerin als Zeugen benannten Sch[REDACTED] und S[REDACTED] hätten vernommen werden müssen. Die Rüge ist begründet. Der Beklagte hat nämlich behauptet und in das Wissen dieser Zeugen gestellt, daß die Klägerin die Lieferung von 1000 Automaten aus der damals beabsichtigten und vorgesehenen Fertigung verbindlich zugesagt habe. Wenn dabei die Lieferzeit im einzelnen noch nicht festgelegt war, so schließt das nicht aus, daß sich die Klägerin damals schon zu einer Lieferung aus einer Fertigung verpflichtet hat, mit der die Beteiligten nach den getroffenen Vorkehrungen fest rechneten. Es ist nicht ohne weiteres naheliegend, daß die Klägerin die Lieferungszusage, die unterstellt werden muß, von einer entsprechenden Produktion abhängig gemacht hat, um damit das Risiko der weiteren Entwicklung dem Beklagten aufzubürden. Wenn die Erfüllung der unterstellten Zusage deshalb unterblieben ist, weil die Klägerin mit Sch[REDACTED] uneins wurde oder die mit ihm geführten Verhandlungen zu keinem Ergebnis kamen, so ergibt sich daraus noch nicht ohne weiteres, daß die Klägerin die Einstellung der Produktion und die Unmöglichkeit einer weiteren Durchführung des Produktionsvorhabens nicht zu vertreten habe. Die Klägerin müßte sich vielmehr nach § 282 BGB insoweit entlasten. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen aber nicht aus, diesen Beweis als geführt anzusehen.

Sch[REDACTED] ist im ersten Berufungsverfahren vernommen worden. Bei der damaligen Beweisaufnahme kam es jedoch auf andere Fragen an, insbesondere darauf, ob

die Lieferung der 19 Automaten unter Einbeziehung der Allgemeinen Lieferungsbedingungen der Deutschen Automaten-Industrie vereinbart worden ist. Aus der Aussage des Zeugen Sch. vom 10. Juli 1961 ist indes hervorzuheben, daß nach seiner Bekundung die Klägerin vor Gründung der geplanten Vertriebsgesellschaft das Recht haben sollte, die von ihr produzierten Geräte selbst zu verkaufen. Soweit sie hiernach zur Veräußerung der Produktion berechtigt gewesen sei, habe es einer Zustimmung Sch. nicht bedurft. Wenn nun, wie das Berufungsgericht ausführt, dem Beklagten zugesagt worden ist, er solle 1000 Geräte "prae", d.h. als Vorauslieferung aus der Produktion erhalten, so ist es nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin sich durch eine solche Zusage verbindlich verpflichtet hat. Auch der Ansicht des Berufungsgerichts, die Darlegungen des Beklagten seien nicht ausreichend, einen Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen, kann nicht zugestimmt werden. Der Beklagte hatte sich zwar auch auf die von dem Berufungsgericht behandelte und verwertete Aktennotiz vom 6. November 1959 berufen, jedoch in erster Linie die behauptete Zusage unter Zeugenbeweis gestellt. Das Berufungsgericht durfte daher allein aus der Aktennotiz der Klägerin keine entscheidenden Schlüsse gegen den Beklagten ziehen, ohne den beantragten Beweis zu erheben. Infolgedessen kann das Berufungsurteil schon deshalb nicht bestätigt werden, weil es nicht einwandfrei zu dem Ergebnis gelangt ist, die Klägerin hafte nicht aus einer Zusage, dem Beklagten 1000 Automaten vorweg zu liefern.

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe auch nicht einwandfrei verneint, daß die Klägerin im November 1959 sich zur Lieferung von mindestens 400 Geräten verpflichtet habe, braucht auf die hierzu vorgetragenen Bedenken der Revision nicht eingegangen zu werden. Der Beklagte wird Gelegenheit haben, insoweit seine Einwendungen gegen das Berufungsurteil dem Berufungsgericht zu unterbreiten.

In keinem Falle reichen aber die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil dazu aus, der Klägerin zu versagen, sich hinsichtlich der Klageforderung auf den vereinbarten Ausschluß von Zurückbehaltung und Aufrechnung zu berufen. Wie unstrittig ist, sind weitere Lieferungen an den Beklagten deshalb unterblieben, weil die Klägerin keine entsprechenden Apparate produziert hat und weil eine weitere Produktion mangels einer hierfür erforderlichen Einigung mit Schmid nicht vorgenommen werden konnte. Auch wenn die Klägerin dies zu vertreten hätte, so wäre doch bei diesem Sachverhalt keine Arglist darin zu finden, daß die Klägerin sich auf den Ausschluß der bezeichneten Rechte beruft. Dies gilt auch dann, wenn die Klägerin sich dessen bewußt gewesen sein sollte, daß sie sich zur Lieferung von 1000 Automaten verpflichtet hatte.

III. Demnach muß die Revision insoweit als unbegründet zurückgewiesen werden, als sie sich gegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Klage-

summe richtet. Im übrigen, nämlich hinsichtlich der Kostenentscheidung und der Widerklage, war das Berufungsurteil auf die Revision des Beklagten aufzuheben. Soweit die Klägerin endgültig obgesiegt hat, waren die Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen.

Dr.Haidinger Artl Dr.Mezger Dr.Messner Mormann