

Verkündet am 14. Juli 1960  
Hoffmeister, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

2229 029

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

In dem Rechtsstreit

des Obergeringieurs Lorenz H [REDACTED] in F [REDACTED]/Bay.,  
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Kunststoff-, Spritz- und Preßwerk Karl V o [REDACTED] -  
[REDACTED], Inhaber Kaufmann Karl V [REDACTED], in E [REDACTED]-B [REDACTED],  
Fu [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 14. Juli 1960 unter Mitwirkung des Se-  
natspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar,  
Artl., Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des  
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg  
vom 16. Dezember 1958 insoweit aufgehoben, als es  
den Beklagten verurteilt hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur ander-  
weiten Verhandlung und Entscheidung an das BBeru-  
fungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entschei-  
dung über die Kosten des Revisionsverfahrens über-  
tragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Nach Verhandlungen über die Möglichkeit, Eislöffelchen aus Kunststoff herzustellen und zu liefern, bestellte der Beklagte am 14. April 1956 bei der Klägerin 10 Millionen Stück in verschiedenen Farben zum Preise von 0,55 Pfg. pro Stück, welche die Klägerin nach einem ihr übersandten Muster mit der Prägung "M" versehen sollte. Das für die Herstellung erforderliche Werkzeug, eine Spritzform, sollte die Klägerin sofort anfertigen lassen. Der Beklagte versprach, die Kosten hierfür in bar zu vergüten. Er wollte die Eislöffelchen an die italienische Firma "M" in Mailand liefern.

Die Klägerin ließ die Spritzform bei dem Werkzeugmacher Fürst in Erlangen anfertigen und von einer anderen Firma kurzfristig nachbessern. In dem vorliegenden Rechtsstreit verlangt sie Ersatz ihrer Aufwendungen für dieses Werkzeug im Betrage von 2800 DM. Außerdem fordert sie einen Betrag für hergestellte Eislöffel. Insoweit handelt es sich um folgenden Sachverhalt:

In dem Auftragsschreiben des Beklagten an die Klägerin vom 14. April 1956 heißt es, die erste Teillieferung von 2 Millionen Stück habe bis zum 26. Mai 1956, die weiteren Lieferungen hätten auf Abruf zu erfolgen und zwar im Laufe der Monate Juni und Juli 1956. Das Schreiben schließt mit der Bitte, die Arbeit, besonders bezüglich der Fertigung des Werkzeuges, unverzüglich zu beginnen, damit die Lieferfristen unbedingt eingehalten werden könnten. Die Klägerin erteilte am 18. April 1956 den Auftrag zur Herstellung der Spritzform. Nach ihrer Darstellung will sie alsbald nach Empfang des Schreibens vom 14. April 1956 gegen die darin festgelegten Lieferfristen Einwendungen erhoben haben. Dies bestreitet der Beklagte mit der Behauptung, er sei Ende April 1956 in einer Besprechung mit der Klägerin durch die Mitteilung überrascht worden, das Werkzeug werde erst in ca. drei Wochen fertig werden;

er habe daraus gefolgert, daß er dann auch den ihm von der Firma M. am 20. April 1956 schriftlich bestätigten Liefervertrag nicht werde einhalten können. Deshalb habe er nach entsprechender Verständigung mit seiner Abnehmerin sich mit einer Verschiebung des ersten Liefertermins für die Klägerin bis zum 15. Juni 1956 einverstanden erklärt. Nach Behauptung der Klägerin hätte bis zu diesem Termin nur eine Million Eislöffelchen geliefert werden sollen.

Anfang Juni 1956 wurde mit der Produktion der Eislöffelchen begonnen. Am 12. Juli 1956 forderte der Beklagte die Klägerin auf, die Produktion einzustellen, weil die Firma M. den ihm erteilten Auftrag storniert habe.

Die Klägerin hat behauptet, Anfang Juni 1956 sei in Gegenwart des Beklagten die höchstmögliche Produktion mit der Spritzform auf 294 000 Stück pro Woche errechnet worden. Der Beklagte sei darauf aufmerksam gemacht worden, daß die von ihm gewünschte Produktionsziffer nur bei Einsatz eines weiteren Werkzeuges erreicht werden könnte. Er habe gleichwohl den Auftrag gegeben, jedenfalls mit der Fertigung zu beginnen. Bis zum 15. Juni 1956 sei eine Million Eislöffelchen hergestellt worden. Bis zur Einstellung der Produktion am 12. Juli 1956 habe sie weit mehr hergestellt gehabt. Sie verlange jedoch von dem Beklagten in diesem Rechtsstreit nur die Bezahlung und Abnahme von 1 Million Eislöffelchen zum Preise von 5500 DM.

Die Klägerin hat demgemäß im ersten Rechtszug beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 2800 DM zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe der Eislöffelspritzform und weitere 5500 DM Zug um Zug gegen Abnahme von 1 Million Eislöffelchen mit dem Zeichen "Motta".

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Er hat bestritten, daß die Klägerin auch nur 1 Million Eislöffelchen hergestellt gehabt habe, und behauptet, Anfang Juli 1956 habe sie ihm gegenüber die damals hergestellte

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



Menge auf 300 000 Stück angegeben. Zur Zahlung der Werkzeugkosten sei er deshalb nicht verpflichtet, weil diese in Verbindung mit dem Gesamtauftrag stünden, den die Klägerin nicht erfüllt habe. Die Firma M. habe gegen ihn wegen Nichtlieferung der 10 Millionen Eislöffeln einen Schadensersatzanspruch vorerst in Höhe von 5 Millionen Lire angemeldet. Mit diesem Anspruch hat der Beklagte gegenüber dem Anspruch auf Zahlung der Werkzeugkosten aufgerechnet, nachdem er ihn zunächst der gesamten Klageforderung aufrechnungsweise entgegen gestellt hatte. Außerdem hat der Beklagte geltend gemacht, ihm sei ein weiterer Schaden an entgangenem Gewinn entstanden; er hat sich insoweit die Erhebung einer Widerklage vorbehalten.

Das Landgericht hat dem Klagebegehren entsprochen.

Im Laufe des zweiten Rechtszuges hat die Klägerin dem Beklagten 300 000 Stück Eislöffeln geliefert; die Klägerin hat ihm dafür 1650 DM in Rechnung gestellt; der Beklagte hat 1089 DM bezahlt. Die Klägerin hat nunmehr beantragt, die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß er anstelle des Betrages von 5500 DM noch 4411 DM Zug um Zug gegen Herausgabe von 700 000 Stück Eislöffeln sowie 10 % Zinsen aus 2800 DM seit dem 18. April 1956 zu zahlen habe.

Das Oberlandesgericht hat diesem Antrag unter teilweiser Abweisung des Zinsanspruchs entsprochen und mit dieser Maßgabe die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die völlige Abweisung der Klage. Die Klägerin macht geltend, daß die Parteien im Laufe des Revisionsverfahrens am 19. Oktober 1959 einen außergerichtlichen Ratenzahlungsvergleich über die Hauptforderung, Zinsen und Kosten geschlossen hätten, und behauptet, der Vergleich habe die Erledigung des Rechtsstreits bezweckt; er verpflichte demnach den Beklagten, die Revision zurückzunehmen. Die Klägerin bittet in erster Reihe,

die Revision als unzulässig zu verwerfen, und beantragt hilfsweise, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist nicht dadurch unzulässig geworden, daß die Parteien nach dem Erlaß des Berufungsurteils einen außergerichtlichen Ratenzahlungsvergleich geschlossen haben.

1. Ob ein außergerichtlicher Vergleich im Revisionsverfahren berücksichtigt werden kann, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 161, 350, 353; HRR 1934 Nr. 969) beendet ein außergerichtlicher Vergleich den Rechtsstreit nicht von selbst, sondern gewährt nur eine dem sachlichen Recht angehörende Einrede gegen die Fortsetzung des Rechtsstreits durch den nicht vertragstreu gebliebenen Vertragsteil. Daraus hat das Reichsgericht gefolgert, daß ein nach Erlaß des Berufungsurteils vertraglich vereinbarter, aber noch nicht erklärter Verzicht im Sinne des § 514 ZPO auf das Recht der Revision vom Revisionsgericht nicht zu beachten sei. Abweichend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist nach Rosenberg (Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Aufl. § 142 II 2 S. 712) ein nach Schluß der Berufungsverhandlung außergerichtlich geschlossener Vergleich dann im Revisionsverfahren zu berücksichtigen, wenn er zur Zurücknahme oder zum Verzicht auf die Revision verpflichtet. Auf diesen Meinungsstreit braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil das Vorliegen eines den prozeßberechnenden Vergleichs trotz des Bestreitens durch den Beklagten von der Klägerin nicht ausreichend unter Beweis gestellt worden ist. Aus den gleichen Gründen braucht auch nicht untersucht zu werden, ob und wann etwa in einem den Prozeß beendenden Vergleich ein Verzicht auf das Rechtsmittel zu erblicken ist.

Der Beklagte bestreitet nämlich, daß der Ratenzahlungsvergleich vom 19. Oktober 1959, der dem Senat abschriftlich mitgeteilt worden ist, den Sinn habe, den Rechtsstreit zu beenden, und die Verpflichtung begründe, die Revision zurückzunehmen; es handle sich vielmehr lediglich um eine Vereinbarung zur Abwendung des Offenbarungseidsverfahrens; das Abkommen sei nur für die Dauer des vorliegenden Prozeßverfahrens geschlossen worden. Dieser Vergleich stellt seinem Wortlaut nach keine unzweideutige Erklärung eines Verzichts auf die Revision dar. Er enthält nämlich einleitend die Erklärung, daß die Parteien das Ratenzahlungsabkommen auf Grund des Urteils des Landgerichts vom 14. März 1958 und des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 9. April 1958 schließen, und bestimmt, daß das Offenbarungseidverfahren ruhen solle, solange die vereinbarten Ratenzahlungen pünktlich eingehen würden. Er hat daher seinem Wortlaut nach den Sinn, daß er nicht zur Beendigung des Rechtsstreits geschlossen worden ist, sondern nur eine vorläufige Regelung im Zwangsvollstreckungsverfahren enthält. Die Klägerin hat auch nicht behauptet, daß bei Abschluß des Vergleichs ausdrücklich besprochen worden ist, der Beklagte müsse nun auf die Durchführung der Revision verzichten oder die Revision zurücknehmen. Sie hat vielmehr nur Beweis dafür angeboten, daß der Vergleich nach der übereinstimmenden Auffassung der Parteien den Sinn gehabt habe, den Rechtsstreit zu beenden, jedoch trotz Befragens ohne Tatsachen anzugeben, aus denen dieser innere Wille zu entnehmen ist; sie hat nur die rechtliche Folgerung gezogen, daß der Beklagte verpflichtet sei, die Revision zurückzunehmen. Zur Angabe solcher Umstände und Tatsachen hätte umsomehr Anlaß bestanden, als sich aus dem von der Klägerin überreichten Schreiben ihres Anwalts vom 30. Oktober 1959 nichts dafür ergibt, daß selbst ihr eigener Anwalt angenommen hätte, der Beklagte sei nach dem Vergleich zur Rücknahme der Revision verpflichtet. Bei dieser Sachlage kann der außergerichtliche Vergleich im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden. Die Revision ist daher zulässig geblieben.

II. Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß im April 1956 ein Lieferungsvertrag mit den in dem Schreiben des Beklagten vom 14. April 1956 festgelegten Lieferfristen zustande gekommen sei. Die Klägerin sei zwar, so führt das Berufungsgericht aus, verpflichtet gewesen, diesem Schreiben zu widersprechen, wenn sie die in ihm festgelegten Lieferfristen nicht habe annehmen wollen. Sie habe indes nach der offenbar zuverlässigen Aussage des Zeugen Sch[REDACTED] ausdrücklich mit dem Hinweis widersprochen, die aufgeführten Lieferfristen könnten nicht eingehalten werden. Es komme noch hinzu, daß zwischen den Parteien während des Monats Mai, als sich herausgestellt habe, daß die Herstellung des am 18. April 1956 von der Klägerin in Auftrag gegebenen Werkzeugs sich ohne ihr Verschulden verzögert habe, Einigkeit darüber erzielt worden sei, zunächst wenigstens das Werkzeug fertigstellen zu lassen, weil dieses schon einmal in Auftrag gegeben sei. In übrigen habe man sich dahin verständigt, daß man abwarten müsse, ob die Firma M[REDACTED] mit einer Verschiebung der Liefertermine einverstanden sei. Mit dieser Einigung seien die Parteien von der ursprünglichen Fassung des Vertrages abgerückt, wenn dieser nach Maßgabe der Auftragsbestätigung vom 14. April 1956 zustande gekommen wäre. Nach Fertigstellung des Werkzeugs hätten sich die Parteien dann Anfang Juni 1956 ferner darüber geeinigt, daß produziert werden solle. Von der Klägerin geltend gemachte Tatsachen sprächen dafür, daß bis zum 15. Juni 1956 zwei Millionen Stück hätten fertiggestellt werden müssen, während der Beklagte lediglich einräume, die Lieferfrist bis zum 15. Juni 1956 sei dahin gesetzt worden, daß nur 1 Million Eislöffelchen fertiggestellt werden sollten. Hierzu stellt das Berufungsgericht fest, nach dem Beweisergebnis sei mit Sicherheit anzunehmen, daß die Klägerin auch die Menge von 1 Million Stück bis zum 15. Juni 1956 nicht fertiggestellt gehabt habe, denn sie habe trotz Fortsetzung der Produktion über diesen Zeitpunkt hinaus bis 12. Juli 1956 nur etwa 1 Million Stück

hergestellt. Es sei aber kein Fixgeschäft vereinbart worden, daß bis zum 15. Juni 1956 auch nur 1 Million oder nach Darstellung des Beklagten sogar 2 Millionen Stück hätten geliefert werden sollen. Nach dem Anfang Juni 1956 bei den Erörterungen über die Produktionsmöglichkeiten angestellten Berechnungen habe man nämlich festgestellt, daß es gar nicht möglich gewesen wäre, bis zum 15. Juni 1956 auch nur 1 Million Stück zu liefern. Nach weiteren Erwägungen kommt das Berufungsgericht schließlich zu dem Ergebnis, das Vertragsverhältnis habe mindestens zum Inhalt gehabt, daß der Beklagte als Besteller verpflichtet sein sollte, wenigstens die Menge abzunehmen, die bis zum Scheitern des Geschäfts auf seine Bestellung noch hergestellt werden würde.

Die Revision greift das Berufungsurteil in mehrfacher Hinsicht an.

1. Sie wendet sich zunächst dagegen, daß das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht auf Grund der Aussage des Zeugen Sch [REDACTED] angenommen hat, die Beklagte habe dem Schreiben vom 14. April 1956 hinsichtlich der darin festgelegten Lieferfristen sofort widersprochen. Diese Rüge ist erheblich. Sind nämlich die in diesem Schreiben festgelegten Lieferfristen Vertragsinhalt geworden, so müßte unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden, ob der Beklagte wirklich durch die späteren Verhandlungen mit der Klägerin den Anspruch auf Lieferung zu den in dem Schreiben festgelegten Lieferfristen aufgegeben hat. Die Rüge, das Berufungsgericht habe § 286 ZPO dadurch verletzt, daß es der Aussage des Zeugen Schwinghammer entnommen hat, die Klägerin habe ausdrücklich sofort widersprochen, ist auch begründet. Der Zeuge hat dies weder ausdrücklich bekundet, noch ist ersichtlich, welche Einzelheiten seiner Aussagen das Berufungsgericht veranlaßt haben, diese Feststellung zu treffen. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß nach der Aussage des Zeugen der

Auftrag deshalb nicht bestätigt worden sei, weil sich die Parteien über die Lieferfristen und Liefermengen nicht einig gewesen seien, und daß der Zeuge auf Vorhalt ausgesagt hat, das sei eine Meinung von ihm, gesagt habe dies ihm niemand. Diese Bekundung gibt einen Grund für ein Unterlassen der nach der Aussage sonst bei wichtigsten Aufträgen üblichen Bestätigung an. Ihr ist aber nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß ein Widerspruch erfolgt sei, auf den es hier allein ankommt, zumal der Zeuge zwar bekundet, der Inhaber der Klägerin habe häufig Ferngespräche mit dem Beklagten geführt, doch wisse er nicht, was telefonisch besprochen worden sei. Wenn das Berufungsgericht zwar grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich mit Einzelheiten einer Zeugenaussage auseinanderzusetzen, so mußte es doch unter den hier vorliegenden Umständen darlegen, welche Erwägungen bei der Beweismwürdigung maßgebend gewesen sind, und es zu der getroffenen Feststellung geführt haben. Denn nur dann wäre überprüfbar, ob das Berufungsgericht sich von richtigen Erwägungen hat leiten lassen.

Deshalb muß für diesen Rechtszug davon ausgegangen werden, daß die Klägerin dem Schreiben nicht sofort widersprochen hat. Das Berufungsgericht hat selbst eine Verpflichtung zum Widerspruch bejaht. Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht erkennbar. Denn das Schreiben vom 14. April 1956 nimmt jedenfalls hinsichtlich des Werkzeugs ausdrücklich auf bereits mündlich getroffene Vereinbarungen Bezug, und es kann auch hinsichtlich der Lieferfristen dahin verstanden werden, daß sie mit der Klägerin vorher besprochen waren, zumal über die Produktionsmöglichkeiten vorher zwischen den Parteien längere Verhandlungen stattgefunden hatten. Da der Beklagte zum Schluß des Schreibens noch besonders betont, daß die Lieferfristen unbedingt eingehalten werden müßten, war auch für die Klägerin erkennbar, daß es sich hierbei für ihn um einen besonders wichtigen Vertragspunkt handelte, so daß die Klägerin nach Treu und

Glauben verpflichtet gewesen wäre, dem Beklagten sofort Einwände mitzuteilen, falls sie die Lieferfristen nicht anerkennen wollte. Es kommt hinzu, daß der Beklagte die Klägerin in diesem Schreiben veranlaßt hat, das Werkzeug sofort anfertigen zu lassen. Diese Maßnahme steht jedenfalls nach dem Inhalt des Schreibens im Zusammenhang mit der Erteilung des Auftrags zur Lieferung von ca. 10 Millionen Eislöffelchen. Daß der Beklagte bei den Lieferfristen seines Schreibens von den vorher geführten Besprechungen wesentlich abgewichen sei, so daß vielleicht unter diesem Gesichtspunkt die Klägerin nicht hätte zu widersprechen brauchen, ist nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls nicht erkennbar.

Wäre aber davon auszugehen, daß die Lieferfristen dieses Schreibens vom 14. April 1956 Vertragsinhalt geworden sind, so könnte den weiteren Verhandlungen der Parteien, die von der Hoffnung des Beklagten getragen waren, die Firma M. zu einer Verlängerung der mit ihr vereinbarten Lieferfristen zu bewegen, nicht ohne weiteres entnommen werden, der Beklagte habe nunmehr das ganze Risiko dieses Versuchs allein tragen wollen und deshalb in eine Abänderung des ursprünglich mit Lieferfristen zustande gekommenen Vertrages gewilligt. In diesem Zusammenhang ist auch in Betracht zu ziehen, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Klägerin dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Ma. vom 11. Juni 1956 nicht widersprochen hat, obwohl aus ihm die Auffassung des Beklagten hervorgeht, daß die Klägerin fest zugesagt habe, bis 15. Juni 1956 die Menge von 2 Millionen Stück zu liefern. Da das Berufungsgericht auf Seite 11 des Urteils feststellt, daß eine solche Vereinbarung zwischen den Parteien "vernünftigerweise" nicht getroffen worden sein kann, so kann diesem Schreiben jedenfalls nicht ohne weiteres entnommen werden, daß die Parteien im Mai 1956 von der ursprünglichen Fassung des Vertrages abgerückt wären, wenn dieser nach Maßgabe des Schreibens vom 14. April 1956 zustande

gekommen ist. Es bedürfte vielmehr der Prüfung, ob der Beklagte in den späteren Verhandlungen etwa nur die ursprünglich vereinbarten, Vertragsinhalt gewordenen Lieferfristen ausgedehnt hat; in einer solchen Verlängerung braucht noch kein Verzicht auf die Berechtigungen zu liegen, die dem Beklagten gegenüber der Klägerin aus der Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferfrist zustanden.

2. Weitere Bedenken gegen das Berufungsurteil bestehen aber auch insoweit, als es einerseits feststellt, die Klägerin habe eingeräumt, es sei eine Lieferfrist bis zum 15. Juni 1956 für die Menge von 1 Million Eislöffelchen festgelegt worden, andererseits aber keine Folgerung daraus zieht, daß die Klägerin, wie es feststellt, auch diese Menge nicht bis zum 15. Juni 1956 fertiggestellt hatte.

Das Berufungsgericht würdigt diesen Umstand unter dem von dem Beklagten geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt, daß er mit der Klägerin ein Fixgeschäft vereinbart habe. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht verneine auf Seite 11 seines Urteils zu Unrecht das Vorliegen eines Fixgeschäftes, greift allerdings nicht durch. Denn ein Fixgeschäft liegt nur vor, wenn die vereinbarte Erfüllungszeit einen so wesentlichen Bestandteil des Geschäftes bilden soll, daß eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden soll (RGZ 51, 347; RG JW 1917, 42). Es muß zwischen den Parteien klar zum Ausdruck gekommen sein, daß der ganze Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der bestimmten Lieferfrist steht oder fällt. Jeder Zweifel nach dieser Richtung spricht gegen das Vorliegen eines Fixgeschäftes (RG Recht 1925 S. 31 Nr. 5). Ein solcher Zweifel ist hier schon darin zu finden, daß nach dem Vertragsinhalt der Beginn der Fertigung von der Herstellung eines hierfür benötigten Werkzeuges abhängig und schon deshalb für beide Vertragsteile von Anfang an ungewiß war. Es kommt hinzu, daß der Beklagte in seinem Schreiben vom 14. April 1956 einen Besuch

für die nächste Woche in Aussicht gestellt hat, um nähere Einzelheiten des Auftrages zu besprechen, Selbst wenn dies sich, wie der Beklagte meint, nur auf die Art und Weise der Auslieferung beziehen sollte, so ist jedoch mit dem Schreiben noch nicht zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, daß der Bestand des Vertrages von der Einhaltung der in ihm genannten Fristen dergestalt abhängig sein sollte, wie dies nach dem Gesagten für die Annahme eines Fixgeschäftes gefordert wird. Auch in dem sonstigen tatsächlichen Vorbringen des Beklagten, der sich im wesentlichen nur darauf beruft, das Geschäft sei mit genau bestimmter Lieferzeit geschlossen worden, sind die Merkmale eines Fixgeschäftes noch nicht zu finden.

Deshalb kommt es auf die Ausführungen des Berufungsgerichts auf Seite 10 des Urteils nicht an, wo es darlegt, der Beklagte hätte, wenn er darauf bestehen wollte, daß ein Fixgeschäft zum 15. Juni 1956 zustande gekommen sei, nach Fristablauf vom Vertrag alsbald zurücktreten müssen. Nur beiläufig sei deshalb bemerkt: Diese Ansicht des Berufungsgerichts ist rechtlich unzutreffend. Denn bei einem Fixgeschäft im Sinne der §§ 376, 381 Abs. 2 HGB ist der Berechtigte nicht verpflichtet, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn die Leistung nicht in der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt. Er kann vielmehr, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die Erfüllung kann er allerdings nur dann beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

Aber auch wenn, wie hier, kein Fixgeschäft vorliegt, so wäre der Beklagte doch gemäß § 326 Abs. 2 BGB berechtigt gewesen, die Annahme der Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sofern die Klägerin sich mit der ihr obliegenden Leistung in Verzug befand und die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs

für den Beklagten kein Interesse hatte. Es hätte nahe gelegen auch vom Ausgangspunkt des Berufungsgerichts aus, wonach die Klägerin dem vom Berufungsgericht als Auftragsbestätigung gewerteten Auftragsschreiben vom 14. April 1956 sofort widersprochen hat, die Versäumnis der bis zum 15. Juni 1956 gesetzten Frist unter dem Gesichtspunkt des § 326 Abs. 2 BGB zu prüfen. Wenn sich die Klägerin damals auch nur mit der Lieferung von 1 Million Eislöffelchen im Verzuge befunden hat, so brauchte doch der Beklagte, um seine Rechte zu wahren, nicht sofort eine Entscheidung über die Annahme der bereits hergestellten Eislöffelchen zu treffen. Er handelte nicht gegen Treu und Glauben, wenn er zunächst den Versuch machte, eine Klärung darüber herbeizuführen, ob die Firma M. sich mit einer weiteren Verzögerung der ihr zugesagten Lieferungen abfinden und diese hinnehmen würde. Deshalb kann aus dem Umstand, daß der Beklagte die Klägerin weiterproduzieren ließ und sie erst am 12. Juli 1956 aufforderte, die Herstellung weiterer Eislöffelchen einzustellen, nicht ohne weiteres gefolgert werden, er habe das Risiko dieser Weiterproduktion übernommen und sei deshalb verpflichtet, mindestens die Menge abzunehmen, die bis zum Scheitern des Geschäfts auf seine Bestellung noch hergestellt worden ist. Die Eingehung einer solchen Verpflichtung hätte zugleich einen Verzicht auf Rechte aus dem ursprünglich abgeschlossenen Vertrag, wie er in diesem Rechtszug unterstellt werden muß, oder jedenfalls aus der Überschreitung der Lieferfrist zum 15. Juni 1956 zum Inhalt gehabt. Ein dahingehender Vertragswille müßte, da Verzichte nicht zu vermuten sind, einen besonders deutlichen und zweifelsfreien Ausdruck gefunden haben. Dafür reicht der Umstand allein, daß der Beklagte die Klägerin auch noch nach dem 15. Juni 1956 weiterproduzieren ließ, nicht aus, zumal auch in diesem Zusammenhang das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Ma. vom 11. Juni 1956 in Betracht gezogen werden muß, in dem der Beklagte die Klägerin wegen der Nichteinhaltung der zum 15. Juni 1956 vereinbarten Lieferfrist "in Verzug setzen" ließ. Das Verhalten des Beklagten läßt sich schon aus dem Bestreben erklären,

den Schaden in beiderseitigem Interesse möglichst gering zu halten. Auch insoweit gelangt das Berufungsgericht zu seiner Feststellung, der ursprüngliche Vertrag sei später dahin abgeändert worden, es solle auf Risiko des Beklagten weiterproduziert werden, ohne erschöpfende Würdigung der Rechts- und Sachlage.

3. Aus diesen Gründen kann dem Berufungsgericht nicht darin zugestimmt werden, daß der Beklagte die hergestellten Eislöffelchen abzunehmen habe. Es bedarf sonach keines Eingehens auf die Ausführungen der Revision, mit denen sie sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wendet, die Klägerin habe bis zum 12. Juli 1956 mindestens 1 Million Eislöffelchen hergestellt gehabt. Dem Beklagten bleibt überlassen, seine Bedenken gegen diese Feststellung dem Berufungsgericht zu unterbreiten.

III. Zum Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Spritzform nimmt das Berufungsgericht zwar an, die Herstellung des Werkzeuges und der Lieferungsvertrag seien nicht so miteinander verkoppelt, daß die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz der Aufwendungen nur für den Fall habe gelten sollen, daß das Gesamtgeschäft über 10 Millionen Stück Eislöffelchen zustandekomme. Es sei nach der Aussage des Zeugen Dr. Ba[REDACTED] sogar ausdrücklich erklärt worden, daß das Werkzeug auf jeden Fall, also unabhängig von der schließlich zu liefernden Menge, fertiggestellt werden solle.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussagen dieses Zeugen unvollständig gewürdigt. Es mag auf sich beruhen, ob diese Rüge durchgreift. Denn das Berufungsurteil muß in diesem Punkte schon deshalb aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht auch insoweit davon ausgeht, der Lieferungsvertrag sei nicht nach Maßgabe des Schreibens vom 14. April 1956 zustande gekommen. Ist dieses

Schreiben aber Vertragsinhalt geworden, so müßte das Verlangen des Beklagten, in der Fertigstellung des Werkzeuges keine Unterbrechung eintreten zu lassen, im Hinblick auf die eingegangenen Verpflichtungen der Klägerin oder Zusicherungen über die von ihr zu erbringenden Lieferungen gewürdigt werden. Eine solche Würdigung könnte zu dem Ergebnis kommen, daß der Beklagte schon die ursprüngliche Verpflichtung zur Bezahlung des Werkzeuges/<sup>nur</sup>übernommen hat, weil er darauf vertraut hat, daß die Lieferfristen eingehalten werden würden. Das Berufungsurteil muß also auch in diesem Punkte deshalb aufgehoben werden, weil es für den Zusammenhang zwischen dem Auftrag zur Bestellung des Werkzeuges und der Lieferung von Eislöffelchen von Bedeutung sein kann, ob der Vertrag zwischen den Parteien nach Maßgabe des Schreibens vom 14. April 1956 zustande gekommen ist.

Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang aber auch zu prüfen haben, ob die Klägerin den Beklagten etwa schuldhaft in den Glauben versetzt hat, sie würde in der Lage sein, die von dem Beklagten benötigten Mengen fristgemäß herzustellen. Da die Parteien hierüber schon länger in Verhandlungen gestanden hatten, und die Auftragsbestätigung vom 14. April 1956 auf diesen Verhandlungen beruhte, so könnte der Beklagte möglicherweise die Bezahlung der Aufwendungen für die Herstellung der Spritzform auch dann verweigern, wenn die Klägerin es schuldhaft unterlassen hätte den Beklagten rechtzeitig auf Bedenken gegen die Durchführbarkeit des Lieferauftrages hinzuweisen.

Dem Beklagten bleibt im übrigen überlassen, in der Tatsacheninstanz klarzustellen, ob er den Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen wegen entgangenen Gewinns dahin verstanden wissen will, daß er diese vorsorglich auch gegenüber einem etwaigen Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen für die Spritzform zur Aufrechnung gestellt hat.

Für diesen Rechtszug kommt es auch nicht darauf an, ob das Berufungsgericht die Aufrechnungseinrede des Beklagten jedenfalls unter dem Gesichtspunkt hätte prüfen müssen, daß er einen Anspruch auf Befreiung von Schadensersatzansprüchen der Firma M. gegen ihn haben könnte.

IV. Die Klägerin hat im Berufungsrechtszug vorgetragen, der Beklagte habe inzwischen 300 000 Stück Eislöffelchen zum Preise von 1650 DM abgenommen, hierauf jedoch nur 1089 DM bezahlt. Die Klägerin hat insoweit den Zahlungsanspruch in Höhe des Differenzbetrages von 561 DM aufrecht erhalten. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob die Klageforderung hinsichtlich dieses Betrages unter dem Gesichtspunkt der Abnahme von 300 000 Stück Eislöffelchen begründet<sup>ist</sup> oder ob und welche Vereinbarungen im Zusammenhang mit dieser Abnahme der 300 000 Löffelchen getroffen worden sind. Deshalb kann das Revisionsgericht auch über diesen Teil des Anspruchs nicht abschließend entscheiden.

V. Insoweit als die Klägerin mit dem Zinsanspruch abgewiesen worden ist, ist das Berufungsgericht nicht angefochten worden. Deshalb behält es bei dieser Entscheidung sein Bewenden. Im übrigen ist das Berufungsurteil auf die Revision des Beklagten aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Dabei wird die Entschei-

dung über die Kosten des Revisionsverfahrens, die von der Endentscheidung des Rechtsstreits abhängt, dem Berufungsgericht übertragen.

|               |             |      |                                                                                                                                                     |            |
|---------------|-------------|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Dr. Pagendarm | Dr. Gelhaar | Artl | Bundesrichter<br>Dr. Dorschel ist<br>beurlaubt und<br>ortsabwesend;<br>er ist an der<br>Leistung der<br>Unterschrift<br>verhindert.<br>Dr. Pagenarm | Dr. Mezger |
|---------------|-------------|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|