

63
Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 315

Die Vertragspartei, welche die Leistung bestimmt hat, muß beweisen, daß ihre Bestimmung "der Billigkeit entspricht" (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB).

BGH, Urt. v. 30. Juni 1969 - VII ZR 170/67 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 170/67

URTEIL

Verkündet am

30. Juni 1969
Horn,
Justizhauptschreiber
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dori K [REDACTED], P [REDACTED],
Rue L [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma U [REDACTED] Industrieofenbau-Gesellschaft mbH,
D [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre
Geschäftsführer Herbert T [REDACTED] und Johann F [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1969 unter
Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs
Glanzmann und der Bundesrichter Hubert Meyer, Dr. Vogt,
Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Düsseldorf vom 22. Mai 1967
aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an den 16. Zivilsenat des Beru-
fungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1963 führte die Klägerin, die damals die
Herstellung neu zu entwickelnder Stahlflaschen-Signier-
anlagen plante, Verhandlungen mit dem Beklagten über



den Vertrieb solcher Anlagen. Im Oktober 1963 schlossen die Parteien darüber einen Vertrag, in dem es u.a. heißt:

1.

(Klägerin) bedient sich ab 1. Juli 1963 der freien Mitarbeit des (Beklagten) zur Erlangung von Aufträgen auf Stahlflaschen-Signieranlagen. Er ist nicht weisungsgebunden und wegen seiner andersartigen Stellung zur (Klägerin) nicht deren Handelsvertreter im Sinne des HGB.

2.

(Beklagter) erhält das Alleinverkaufsrecht für Stahlflaschen-Signieranlagen für die ganze Welt, ausgenommen Deutschland.

.....

4.

Für die Einräumung des Alleinverkaufsrechts verpflichtet sich (Beklagter), mindestens eine Stahlflaschen-Signieranlage pro Jahr entweder an einen Dritten zum Verkauf zu bringen oder selbst abzunehmen und zu bezahlen.

Es steht (Beklagtem) frei, die vertraglich abzunehmenden Anlagen später abzurufen; die abzunehmenden Anlagen sind jedoch jeweils bis spätestens 30.6. des laufenden Vertragsjahres - sofern ein Verkauf an Dritte nicht erfolgt ist - von (Beklagtem) fest zu bestellen, und gleichzeitig ist die Bezahlung durch ein unwiderrufliches, teilbares Akkreditiv bei einer in Deutschland gelegenen Bank sicherzustellen.

Im übrigen sind die jeweiligen Auftragsbedingungen für den Umfang der Lieferung, Preis und Zahlung maßgebend.

.....

15.

Die vorstehenden Vereinbarungen werden für die Dauer von zwei Jahren geschlossen. Der Vertrag ist drei Monate vor Ablauf kündbar. Für den Fall, daß er nicht gekündigt wird, verlängert er sich stillschweigend jeweils um ein weiteres Jahr.

.....

Erstmals im März 1964 übersandte die Klägerin dem Beklagten Angebote solcher Anlagen, die für zwei Kunden bestimmt waren. Nach weiterem Schriftwechsel der Parteien schrieb der Beklagte am 4. Juli 1964 an die Klägerin:

"Nachdem ich von allen Seiten, wo ich Ihren Beschäftigungsautomaten angeboten habe, als Antwort erhielt:

- a) Produktion von 30 Flaschen per Stunde ist nicht ausreichend,
- b) Maschine kostet 200 % mehr als die von MNM (=M [REDACTED]) (DM 170.000)

ist das Geschäft praktisch undurchführbar.

Aus diesem Grunde sehe ich keine Möglichkeit, die erste Anlage zu bestellen, und kann daher den Paragraph 4 unseres Abkommens nicht erfüllen.

Ich wünsche nicht, daß Sie in Ihrer Vorarbeit gestört sein sollen, und obwohl ich beinahe ein Jahr für die Einführung Ihrer Maschine gearbeitet habe und auch Spesen investierte, sehe ich keine andere Möglichkeit, als mich von diesem Abkommen zurückzuziehen.

Ich entbinde Sie daher auch aller anderen Klauseln des Vertrages, damit Sie nach freiem Gutdünken über die Vertretung anderweitig verfügen, ohne das Ende des Vertrages abzuwarten oder zu kündigen.

Beide Teile sind also frei."

Der Beklagte hat bei der Klägerin keine Stahl-Klaschen-Signieranlagen bestellt.

Mit der Klage hat die Klägerin vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 30.000 DM nebst Zinsen gefordert, weil der Beklagte schuldhaft gegen seine sich aus Ziffer 4 des Vertrages ergebende Bestellpflicht verstoßen habe. Sie hat die Klage in erster Linie auf die im ersten Vertragsjahr, hilfsweise auf die im zweiten Vertragsjahr begangene Vertragsverletzung gestützt.

Der Beklagte hat u.a. eingewandt, er habe mit Recht gekündigt. Die Klägerin sei gar nicht in der Lage, eine technisch brauchbare, urheberrechtlich erlaubte und preislich konkurrenzfähige Maschine zu liefern. Bei dieser Sachlage treffe ihn keine Abnahmepflicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr (mit Ausnahme einer abgewiesenen Zinsmehrforderung) auf Grund der hilfsweisen Klagebegründung stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht wendet deutsches Recht an (S. 23 BU). Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen, wird auch von keiner Partei angegriffen.

II.

Das Berufungsgericht verneint eine Vertragspflicht des Beklagten zur Bestellung einer Signieranlage für das erste Vertragsjahr (wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage), weil die Klägerin die konstruktive Entwicklung der Anlage nicht rechtzeitig vollendet habe (S. 44-45 BU). Dagegen hat die Klägerin keine Revision eingelegt.

Das Berufungsgericht bejaht aber die Verpflichtung des Beklagten zur Bestellung einer Signieranlage für das zweite Vertragsjahr (S. 23, 45-46 BU). Das greift die Revision des Beklagten mit Erfolg an.

1.) Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts, der Vorschlag des Beklagten in seinem Schreiben vom 20. September 1963 (s. S. 8 BU) sei nicht Vertragsinhalt geworden (S. 25-26 BU). Somit war die Bestellpflicht des Beklagten nicht davon abhängig, daß die Anlage von seinen Kunden "zweckentsprechend erachtet wird, von jedem Gesichtspunkte aus".

2.) Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts (S. 42 BU), die Parteien hätten durch das Schreiben der Klägerin vom 9. März 1964 (S. 15 BU) und durch das Antwortschreiben des Beklagten vom 12. März 1964 (S. 16 BU) eine Vereinbarung dahin getroffen, daß die Klägerin dem Beklagten eine kleinere Anlage, so wie sie in der Offerte beschrieben war, liefern solle, daß der Beklagte also eine solche Anlage bei der Klägerin bestellt hätte.

Hier übersieht das Berufungsgericht, daß die Angebote der Klägerin von März 1964 nicht für den Beklagten, sondern für die Firmen L [REDACTED] -E [REDACTED] und C [REDACTED] bestimmt waren. Demgemäß hat der Beklagte in seinem Brief vom 12. März 1964 auch lediglich zugesagt, die Angebote der Klägerin an diese Firmen weiterzuleiten. Die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung der beiden Briefe, daß die Parteien dadurch den Vertragsgegenstand der Abnahmepflicht des Beklagten durch Vereinbarung konkretisiert hätten, ist unmöglich.

3.) Das Berufungsgericht (S. 23-28 BU) legt den Vertrag der Parteien von Oktober 1963 rechtsfehlerfrei dahin aus, daß die Klägerin den Inhalt von Leistung und Gegenleistung der sich aus Ziffer 4 des Vertrages ergebenden Bestell- und Abnahmepflicht des Beklagten bestimmen sollte, insbesondere die technische Einzelausgestaltung der Maschine, ihren Preis, die Lieferfrist und alle weiteren zur Konkretisierung der Bestellpflicht des Beklagten erforderlichen Einzelheiten.

Das Berufungsgericht durfte auch für die Preisbestimmung den § 316 BGB anwenden. Diese Bestimmung kommt zwar nur zum Zuge, wenn ein "üblicher" Preis im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB nicht besteht (BGH LM Nr. 1 zu § 316 BGB). Da es sich aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier um die Neukonstruktion einer sehr großen und teuren Anlage handelt (Verkaufspreis der Klägerin für die kleinere Anlage: 397.800 DM), welche eine nichtvertretbare Sache darstellt (S. 29 BU), so durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß ein "üblicher" Preis im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB für diese Anlage nicht besteht.

4.) Der Beklagte hat sich damit verteidigt, er brauche keine Anlage der Klägerin zu bestellen, weil diese Anlage 1.) eine Fehlkonstruktion sei, 2.) wegen ihres viel zu hohen Preises schlechthin unverkäuflich sei und 3.) Urheberrechte der Firma M. verletzten.

Das Berufungsgericht (S. 28 BU) ist demgegenüber der Auffassung, die Klägerin habe den Inhalt des vom Beklagten (nach der Ziffer 4 des Vertrages von Oktober 1963) mit der Klägerin abzuschließenden Werklieferungsvertrages in allen Punkten für den Beklagten verbindlich bestimmt; die Bestimmung habe überall der Billigkeit entsprochen (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB).

Die Darlegungen, die das Berufungsgericht zur Begründung dieser seiner Auffassung macht, sind nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision mit Recht rügt. Das ist unten zu III und IV ausgeführt.

III.

Technische Brauchbarkeit der Anlage (S. 29-30 BU):

1.) Das Berufungsgericht bejaht sie in erster Linie mit folgender Begründung (S. 29 BU): Soweit die Klägerin überhaupt die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit ihrer Bestimmungstrage, beschränke sich diese darauf, daß ihre Beschreibung der Anlage der Billigkeit entspreche. Die Klägerin brauche nicht darzutun, daß die Anlage, wie sie zum Zeitpunkt der Bestellung konstruiert gewesen sei, auch funktionsfähig sei. Der Beklagte hätte die Anlage, eine nichtvertretbare Sache, bestellen müssen. Die Klägerin hätte dann die Verpflichtung gehabt, eine brauchbare Anlage herzustellen und zu liefern. Hätte die von ihr dem Beklagten als Erfüllung angebotene Anlage in ihren Leistungen nicht der Bestellung entsprochen, so hätte der Beklagte die Abnahme verweigern können.

In diesen Ausführungen zeigt sich, daß das Berufungsgericht die Beweislast verkannt hat. Eine Vertragspartei, welche gemäß den §§ 315, 316 BGB ihre Leistung oder die Gegenleistung oder beides zu bestimmen hat und bestimmt, muß, wenn sie aus dieser ihrer Bestimmung Rechte gegen die andere Vertragspartei herleitet, dartun und beweisen, daß ihre Bestimmung "der Billigkeit entspricht"; denn nur dann ist diese Bestimmung "für den anderen Teil verbindlich". (Ebenso: Staudinger BGB 11. Aufl. § 315, Rz 16; § 316, Rz 11; RGRK BGB 11. Aufl. § 315, 5; Erman BGB 4. Aufl. § 315, 10; Soergel-Siebert BGB 10. Aufl. § 315, Rz. 14;

§ 319, Rz. 7; zweifelnd: Palandt BGB 28. Aufl.

§ 315, 4). Das entspricht der allgemeinen Beweislastregel, daß jeder die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen muß, aus denen er eine für ihn günstige Rechtsfolge herleitet. Die "Billigkeit" der von der Klägerin getroffenen Bestimmung über die technische Ausführung der zu liefernden Anlage und ihren Preis gehört zu den Tatsachen, aus denen die Klägerin ihren Klageanspruch herleitet. Sie trifft daher, angesichts des Bestreitens des Beklagten, dafür in vollem Umfange die Darlegungs- und Beweislast.

2.) In einer Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht weiter aus (S. 30 BU): Selbst wenn die Klägerin die Funktionsfähigkeit der zum Zeitpunkt der Bestimmung vorliegenden Konstruktion dartun müßte, so würde sich dies auf den Beweis der "theoretischen Funktionsfähigkeit" beschränken. Die "theoretische Funktionsfähigkeit" der Konstruktion sei dadurch für bewiesen zu erachten, daß die Klägerin ihre Pläne und Beschreibungen vorgelegt und der Beklagte, ein mit Anlagen zur Herstellung von Stahlflaschen vertrauter Ingenieur, keinen Punkt aufgezeigt habe, in welchem diese Unterlagen zu beanstanden wären. Ein Musterstück habe die Klägerin nicht herzustellen brauchen.

Diese letzte Feststellung des Berufungsgerichts ist allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Im übrigen wirkt sich aber auch bei den vorgenannten Ausführungen des Berufungsgerichts dessen Verkenntung der Beweislast aus. (Vgl. darüber oben zu III 1).

a) Verfehlt ist es, daß das Berufungsgericht mit dem Begriff einer "theoretischen Funktionsfähigkeit" der Anlage arbeitet. Falls eine Unterscheidung von theoretischer und praktischer Funktionsfähigkeit überhaupt denkbar sein sollte, so ist sie doch für den Wirtschaftsverkehr nicht zu verwerten. Mit einer Anlage, die zwar praktisch unbrauchbar ist, aber doch "theoretisch funktionsfähig" wäre, ist dem Erwerber nicht gedient. Entweder funktioniert eine Anlage oder sie funktioniert nicht. Im letzteren Falle erhebt sich die Frage, ob sie nachbesserungsfähig ist oder eine nicht nachbesserungsfähige Fehlkonstruktion darstellt, wie der Beklagte hier behauptet hat.

b) Deutlich zeigt sich die Verkennung der Beweislast durch das Berufungsgericht auch darin, daß es darauf abstellt, der Beklagte habe keinen Punkt aufgezeigt, in welchem die Unterlagen der Klägerin zu beanstanden wären. Dessen bedurfte es nicht. Der Beklagte hat die Brauchbarkeit der Anlage bestritten. Es war nun Sache der Klägerin, unter Beweis zu stellen, daß die von ihr entwickelte Konstruktion brauchbar sei. Das konnte auch ohne Fertigung einer Probeanlage geschehen, z.B. dadurch, daß sie beantragt hätte, ihre Konstruktionsunterlagen durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen.

c) Fehlsam ist die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang geäußerte Erwägung, der Beklagte sei "ein mit Anlagen zur Herstellung von Stahlflaschen vertrauter Ingenieur". Auch wenn das der Fall ist, so folgt daraus nicht, daß der Beklagte Fachmann für die Herstellung von Stahlflaschen-Signioranlagen wäre.

3.) Das Berufungsgericht meint, auch wenn die Brauchbarkeit oder Unbrauchbarkeit der Konstruktion der Klägerin ungeklärt gewesen sei, so wäre der Beklagte doch verpflichtet gewesen, eine Anlage zu bestellen. Die Klägerin hätte dann die Anlage herstellen müssen und es würde sich dann ja herausgestellt haben, ob sie in der Lage war, eine brauchbare Anlage zu fertigen und zu liefern.

a) Hierbei verkennt das Berufungsgericht, daß eine solche Handhabung ganz unwirtschaftlich gewesen wäre. Denn wenn die Konstruktion wirklich unbrauchbar war, so hätte die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag mehrere hunderttausend Mark nutzlos aufgewendet. Daher ist nur eine solche Auslegung der Ziffer 4 des Vertrags von Oktober 1963 sinnvoll, welche gewährleistet, daß die Frage der technischen Brauchbarkeit der Konstruktion geklärt wird, bevor die Pflicht des Beklagten zur Bestellung einer Anlage einsetzt.

b) Das Berufungsgericht verweist (in anderem Zusammenhang) darauf, daß der Beklagte mit dem Vertrage von Oktober 1963 ein "kalkuliertes Risiko" übernommen habe.

Das ist richtig; jedoch kann das vom Beklagten übernommene Risiko nicht so weit gehen, daß er etwa verpflichtet wäre, eine Anlage zu bestellen, deren technische Brauchbarkeit noch völlig unklar war. Vielmehr war die Konkretisierung der vom Beklagten aufzugebenden Bestellung, welche die Klägerin nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB getroffen hat, für den Beklagten nur

verbindlich, wenn sie der Billigkeit entsprach. Sie entsprach aber nur der Billigkeit, wenn die Anlage in der von der Klägerin im einzelnen beschriebenen technischen Ausgestaltung funktionsfähig und brauchbar war. Daß sie das war, muß die Klägerin beweisen (s. oben zu III 1).

4.) Daß im vorliegenden Fall die Klägerin die Brauchbarkeit ihrer Konstruktion und nicht, wie das Berufungsgericht meint, der Beklagte deren Unbrauchbarkeit zu beweisen hat, wird auch durch folgende Überlegung bestätigt: Hätte der Beklagte gemäß § 4 des Vertrages von Oktober 1963 die Anlage bei der Klägerin bestellt und hätte die Klägerin darauf diese Anlage hergestellt, so hätte bei Streit über deren Brauchbarkeit oder Unbrauchbarkeit bis zur Abnahme der Anlage durch den Beklagten die Klägerin deren Brauchbarkeit und nicht etwa der Beklagte deren Unbrauchbarkeit zu beweisen gehabt (§§ 651, 640, 363 BGB). Erst im Zeitpunkt der Abnahme würde sich die Beweislast umgekehrt haben. Der allgemeine Rechtsgedanke, daß bis zur Abnahme der Hersteller die Brauchbarkeit des Werks beweisen muß, gilt auch im vorliegenden Fall und hier erst recht. Denn hier geht es um den noch vor der Bestellung liegenden Zeitabschnitt. Die Beweislast kann verständigerweise für diesen früheren Zeitraum nicht anders sein als für den späteren Zeitraum zwischen Bestellung und Abnahme.

IV.

Preis der Anlage (S. 34 - 38 BU):

Das Berufungsgericht meint, die Preisbestimmung der Klägerin (397.800 DM) entspreche der Billigkeit. Auch das ist nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision zutreffend rügt.

1. Das Berufungsgericht ermittelt den "billigen" Preis auf Grund der von der Klägerin vorgelegten Kalkulation (S. 34-35 BU).

Das geht nicht an. Der "billige" Preis einer Ware hängt nämlich nicht bloß von ihren Gestehungskosten ab. Diese bilden nur einen unter mehreren Faktoren. Der Preis einer Ware kann nach den Gestehungskosten nicht überhöht erscheinen, und trotzdem kann die Ware wegen überhöhten Preises schlechthin unverkäuflich sein, weil sie auf dem Markt nicht konkurrenzfähig ist. Das tritt z.B. dann ein, wenn der Hersteller unwirtschaftlich produziert. Ein Preis, der, wie der Beklagte behauptet hat, so überhöht wäre, daß die Anlage der Klägerin auf dem Absatzmarkt gegenüber Konkurrenzprodukten keinerlei Chance hätte, würde nicht der Billigkeit entsprechen. Der Beklagte brauchte eine Anlage mit solchem Preis nicht zu bestellen und abzunehmen.

Die Beweislast für die Billigkeit des Preises trifft die Klägerin (vgl. oben zu III 1).

2.) Das Berufungsgericht führt weiter aus (S. 36-38 BU):
"Bei voller Ausnutzung der Leistungsfähigkeit der Anlage" der Klägerin seien die Kosten der Beschriftung je Stahlflasche geringer als beim Beschriften von Hand oder mit der Anlage der Konkurrenzfirma Mannesmann.

Auch mit dieser Erwägung ist nicht dargetan, daß die Preisbestimmung der Klägerin "billig" im Sinne des § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB wäre.

a) Nicht jeder Abnehmer kann ohne weiteres mit einem "optimalen" Einsatz der Anlage, d.h. im Dreischichtenbetrieb, kalkulieren.

b) Außerdem fällt hier der sehr hohe Preis der Anlage ins Gewicht. Der Beklagte soll nach der Bestimmung der Klägerin für die kleinere Anlage 397.800 DM zahlen; der Weiterverkaufspreis durch den Beklagten würde noch wesentlich höher liegen, das Berufungsgericht rechnet mit bis zu 550.000 DM (S. 37-38 BU). Bei einem so hohen Preis gibt der Gesichtspunkt der wirtschaftlichsten Produktion nicht notwendigerweise den Ausschlag für den Entschluß des Abnehmers, sich für eine bestimmte Anlage zu entscheiden. Wer mit flüssigem Kapital nicht reichlich ausgestattet ist, wird nicht selten einer Anlage, die im Anschaffungspreis wesentlich billiger ist, den Vorzug geben, auch wenn sie in der Produktion nicht ganz so wirtschaftlich ist, wie die Anlage der Konkurrenz.

3.) Letzlich wirkt sich auch bei den Ausführungen des Berufungsgerichts über den Preis der Anlage die (oben zu III 1 geschilderte) Verkennung der Beweislast durch das Berufungsgericht aus.

a) So erklärt es sich z.B., daß das Berufungsgericht (S. 34 BU) darauf abstellt, der Beklagte habe gegen die Kalkulation der Beklagten "nur" die im Tatbestand ausdrücklich hervorgehobenen Beanstandungen erhoben.

b) Mit der Verkenennung der Beweislast hängt es ersichtlich auch zusammen, daß das Berufungsgericht zur Preisfrage (wie auch zur Frage der technischen Brauchbarkeit) nicht von Amts wegen einen Sachverständigen gehört hat. Das Berufungsgericht hielt das anscheinend für entbehrlich, weil der - von ihm irrig für beweispflichtig gehaltene - Beklagte keinen Sachverständigenbeweis angetreten hatte. Jedenfalls ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht in seiner Entschließung, keinen Sachverständigen von Amts wegen zu hören, durch die rechtsirrtümliche Beurteilung der Beweislast beeinflußt worden ist. Ist das aber der Fall, so hat das Berufungsgericht die Grenzen seines ihm in § 144 ZPO eingeräumten Ermessens verkannt. Daher hat die Rüge des nicht beweispflichtigen Beklagten, das Berufungsgericht hätte von Amts wegen einen Sachverständigen hören müssen, hier ausnahmsweise Erfolg, obwohl eine derartige Revisionsrüge, wenn sie von der beweispflichtigen Partei erhoben wird, im allgemeinen nicht durchgreift (vgl. Stein-Jonas ZPO, 19. Aufl. § 144 II; vor § 128 VII 2 c; Baumbach ZPO 29. Aufl. § 144, 1; Wieczorek § 144 A I).

V.

Wegen der vorgenannten Rechtsfehler kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf weiterer Aufklärung und erneuter tatrichterlicher Würdigung. Sie ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht.

In der neuen Berufungsverhandlung hat das Berufungsgericht Gelegenheit, seine Auffassung auch zu folgenden Punkten zu überprüfen:

1.) ob der Beklagte - was das Berufungsgericht bisher verneint hat (S. 43 - 44 BU) - am 4. Juli 1964 (S. 17 BU) den Vertrag von Oktober 1963 wirksam gekündigt hat, wofür sprechen könnte, daß das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, der Vertrag sei im ersten Vertragsjahr nicht durchführbar gewesen (S. 44-45 BU);

2.) ob die Anlage der Klägerin gegen Urheberrechte der Firma M [REDACTED] verstößt. Das Berufungsgericht hat das bisher verneint (S. 30 - 33 BU) mit der Begründung, der Beklagte habe den gegenteiligen Vortrag der Klägerin nicht rechtzeitig bestritten. Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe seinen Vortrag zu Unrecht als verspätet

zurückgewiesen. Da das Berufungsurteil ohnehin - aus anderen Gründen - aufzuheben ist, braucht hierauf nicht näher eingegangen zu werden. Der Beklagte hat Gelegenheit, in der neuen Berufungsverhandlung hierzu das Erforderliche vorzutragen.

Glanzmann

Meyer

Vogt

Finke

Bundesrichter Schmidt
hat seinen Urlaub an-
treten und kann deshalb
nicht unterschreiben.

Glanzmann