

BUNDESGERICHTSHOF

19

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 85/88

URTEIL

Verkündet am:
18. April 1989
Kriegl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Helmut S [REDACTED], Gl [REDACTED]straße, Nürnberg 30,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] Spielwarenfabrik, Dipl.-Ing. Ernst A. Be [REDACTED],
A [REDACTED]-N [REDACTED]-Straße [REDACTED] - [REDACTED], F [REDACTED]/Ba [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, Dipl.-Ing. Frhr. von Maltzahn, Dr. Jestaedt und Dr. Broß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 4. Februar 1988 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d:

Die Beklagte bestellte mit Schreiben vom 20. Mai 1986 bei der Klägerin, einem Spezialunternehmen für Kunststofftechnik und Formenbau, eine Spritzgußform für einen Tennisschläger zum Preis von 38.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer zum "Termin: Fix 20.6.1986". Die Klägerin bestätigte den Auftrag am 3. Juni 1986. Um den 18. Juni 1986 informierte sie die Beklagte, daß sie den Liefertermin 20. Juni 1986 nicht werde einhalten können. Die Beklagte trat daraufhin mit Anwaltsschreiben vom 20. Juni 1986 vom Vertrag zurück. Am 27. Juni 1986 einigten sich die Parteien, daß die Klägerin die Spritzgußform liefern solle. Am gleichen Tag schrieb die Beklagte der Klägerin:

"Wir sind bereit, die besprochenen Zugeständnisse zu gewähren, ...

Weil wir jedoch die 1-fach Form Tennis-Schläger sehr dringend benötigen, möchten wir Sie schon jetzt darauf hinweisen, daß wir jede weitere Verzögerung bei der Fertigstellung des Werkzeuges nicht hinnehmen werden.

Sollte die Form nicht spätestens am

8. Juli 1986

bei uns einsatz- und funktionsfähig eintreffen, sehen wir uns gezwungen, die Annahme zu verweigern."

Die Klägerin antwortete am 3. Juli 1986 unter Bezug auf das Gespräch vom 27. Juni 1986:

"Anläßlich dieses Besuches wurde mit Ihnen ... folgendes vereinbart:



1. Unsere Rechnung Nr. G. 2062 vom 3.6.1986 über 18.604,80 DM wird von Ihnen unverzüglich zur Zahlung freigegeben.
2. Die Spritzgußform "Tennisschläger" wird in der KW 28 zur Auslieferung kommen.
Von unserer Seite wurden zwei Wochen angegeben.
Ihren Wunschtermin - 8.7.1986 - hätten wir eingehalten. Nachdem jedoch die Funkenerosionsmaschine "Deckel d 250" während der Erbringung der Kontur für die Dauer von zwei vollen Arbeitstagen ausgefallen war, sehen wir die Auslieferung der Form dennoch in der KW 28."

Die Klägerin lieferte das Werkzeug am 14. Juli 1986 an; die Beklagte nahm es nicht mehr ab.

Am 6. August 1986 fand erneut ein Gespräch zwischen den Parteien statt, dessen Gegenstand im einzelnen streitig ist. Die Beklagte zahlte auf die Rechnung der Klägerin vom 3. Juni 1986 ("Baggerschaufel") 13.680,-- DM. Die Klägerin gewährte dabei einen Nachlaß von 4.924,80 DM zum Ausgleich von Einnahmeausfällen wegen der verspäteten Lieferung der Spritzgußform "Tennisschläger". Am 12. August 1986 schrieb die Klägerin der Beklagten:

".. auf Grund der Besprechung am 6.8.1986 ... bestätigen wir den Ausgleich obiger Rechnung wie folgt:

DM 13.680,-- (DM 12.000,-- + 14 % MwSt = DM 13.680,--
per Scheck dankend erhalten)

DM 4.924,80 (Ihre Belastung wegen Nichteinhaltung des
Liefertermins gem. Bestellung vom
20.5.1986 - Spritzgußform "Tennis-
schläger")

DM 18.604,80"

Am 21. August 1986 teilte die Klägerin der Beklagten mit:

"Nachdem im Sinne des § 376 HGB am 6.8.1986 eine Einigung zustandegekommen ist, erlauben wir uns ihre Bestellung vom 20.5.1986, wie folgt, in Rechnung zu stellen:

Spritzgußform "Tennisschläger"	38.000,-- DM
14 % MwSt	5.320,-- DM

Das Werkzeug steht Ihnen zur jederzeitigen Abholung zur Verfügung. Wir sind auch gern bereit, die Form anzuliefern und erwarten Ihre Nachricht.

Zahlbar sofort nach Erhalt, netto 43.320,-- DM"

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung dieses Werklohns von 43.320,-- DM nebst 8,25 % Zinsen hieraus seit 16. Oktober 1986 in Anspruch.

Sie hat behauptet, bei dem Gespräch am 6. August 1986 sei vereinbart worden, daß die Beklagte die Spritzgußform zum vereinbarten Preis abnehmen solle und mit dem Nachlaß von 4.924,80 DM sämtliche Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen verspäteter Lieferung der Form ausgeglichen sein sollten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat erwidert, ein Werklohnanspruch stehe der Klägerin nicht zu. Mit dem am 6. August 1986 gewährten Nachlaß seien nicht nur ihre Ansprüche auf Ersatz des Verzögerungsschadens, sondern zugleich auch der Werklohnanspruch der Klägerin endgültig abgegolten worden.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen die Klage abgewiesen, weil die Beklagte wirksam nach § 326 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurückgetreten sei und die Klägerin nicht bewiesen habe, daß der Werkvertrag anlässlich des Gesprächs vom 6. August 1986 erneuert worden sei. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Werklohnanspruch weiter. Sie rügt Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat einen Werklohnanspruch der Klägerin aus Werklieferungsvertrag (§§ 651, 631 BGB) verneint, weil die Beklagte wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei. Der Erfüllungsanspruch der Klägerin sei nach § 376 Abs. 1 HGB erloschen. Die Parteien hätten am 27. Juni 1986 ein Fixgeschäft mit dem Fixtermin 8. Juni 1986 vereinbart, was aus der Aussage des Zeugen Sch., dem Schreiben der Beklagten vom 27. Juni 1986 sowie der Vorgeschichte des Vertrages zu folgern sei. Da die Klägerin erst am 14. Juli 1986, also verspätet, ihre Leistung angeboten habe, sei die Beklagte zu deren Zurückweisung und zum Rücktritt berechtigt

gewesen. Im übrigen habe die Klägerin anlässlich des Gesprächs am 6. August 1986 ihren Werklohnanspruch im Wege des Vergleichs erlassen.

II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer Überprüfung im Ergebnis nicht stand.

1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, daß die Parteien am 20. Mai/3. Juni 1986 einen Werklieferungsvertrag geschlossen haben, nach dem die Klägerin zur Herstellung und zur Lieferung der Spritzgußform zunächst zum Fixtermin 20. Juni 1986 verpflichtet war, und daß die Parteien in Abänderung dieses Vertrages am 27. Juni 1986 einen neuen Liefertermin vereinbart haben.

2. Die Revision rügt jedoch mit Recht, die Ausführungen des Berufungsgerichts trügen die Annahme nicht, die Vereinbarung der Parteien vom 27. Juni 1986 sei als ein Fixgeschäft im Sinne des § 376 Abs. 1 HGB anzusehen.

a) Ein Fixgeschäft erfordert nicht nur die Festlegung einer genauen Lieferzeit oder -frist, sondern darüber hinaus Einigkeit der Parteien darüber, daß der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferzeit stehen oder fallen solle. Ist dies im Vertrag nicht ausdrücklich ausgesprochen, muß durch Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden, ob die Parteien der vereinbarten Lieferfrist eine so weitgehende Bedeutung beimessen wollten. Dabei wirkt sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts aus (BGH WM 1982, 1384 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur; WM 1984, 639, 641).

b) Die hiernach erforderliche, ins einzelne gehende Auslegung des Vertragswillens der Parteien hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Es hat die Annahme eines Fixgeschäfts zunächst darauf gestützt, der vom Landgericht vernommene Zeuge Sch[REDACTED] habe bekundet, bei dem Gespräch am 27. Juni 1986 sei eine Verlängerung der Lieferfrist bis zum 8. Juli 1986 vereinbart worden. Dieser Zeitpunkt sei von der Beklagten als letzter Termin für die Lieferung "gedacht gewesen". Das habe der Zeuge auch im Schreiben vom 27. Juni 1986 zum Ausdruck gebracht. Die Klägerin habe zwar in ihrem Antwortschreiben vom 3. Juli 1986 den 8. Juli 1986 als "Wunschtermin" bezeichnet und hinzugefügt, von ihrer Seite seien zwei Wochen als Lieferfrist angegeben worden, was einer Frist bis zum 11. Juli 1986 entsprochen habe. Angesichts des Umstandes, daß die Klägerin selbst als neuen Lieferzeitpunkt den 8. Juli 1986 eingeräumt habe, wenn auch nicht als Fixtermin, lasse sich das Antwortschreiben nur aus Lieferschwierigkeiten der Klägerin erklären, wofür auch dessen Wortlaut spreche. Das Berufungsgericht hat weiter seine Annahme dadurch bestätigt gesehen, daß auch der ursprüngliche Vertrag unstreitig ein Fixgeschäft gewesen sei. Es hat dabei aber nicht berücksichtigt, daß sich seine Feststellungen ausschließlich damit befassen, was die Beklagte "gewollt" und nachträglich mit Schreiben vom 27. Juni 1986 erklärt hat, hingegen nicht damit, ob auch die Klägerin bei dem fraglichen Gespräch dem Lieferzeitpunkt 8. Juli 1986 entscheidende Bedeutung beigemessen hat und ob die Parteien über diesen Punkt Einigkeit erzielt haben. Hätte nämlich das gesamte Geschäft über das gewöhnliche Interesse an der Frist hinaus von der strikten Einhaltung des Lieferzeitpunktes

8. Juli 1986 abhängen sollen, so hätte dies in den Schreiben beider Parteien, gegebenenfalls unter Berücksichtigung weiterer Umstände, eindeutig zum Ausdruck kommen und vom Berufungsgericht festgestellt werden müssen. Das ist nicht geschehen. Auch aus der Annahme, die Klägerin habe aus dem Vertrag vom 20. Mai 1986 und den Umständen erkennen können und, wie sich aus ihrem Schreiben vom 21. August 1986 ergebe, auch erkannt, daß eine prompte und schnelle Erledigung des Auftrages für die Beklagte von entscheidender Bedeutung gewesen sei, läßt sich nichts Entscheidendes herleiten. Für ein Fixgeschäft ist nicht entscheidend, welche subjektiven Vorstellungen und Erwartungen für die Vertragspartner zur Zeit des Geschäftsabschlusses maßgebend waren. Maßgebend ist vielmehr, ob sich ihre Einigung darauf erstreckte, daß der Vertrag bei Nichteinhaltung der Lieferfrist von der Beklagten ohne weiteres beendet werden konnte.

3. Rechtfertigen die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht die Annahme eines Fixgeschäftes nach § 376 Abs. 1 HGB, kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben, ohne daß es in diesem Zusammenhang noch auf die weiteren Rügen der Revision ankäme, die Feststellungen des Berufungsgerichts seien verfahrensfehlerhaft unter Verstoß gegen § 286 ZPO zustande gekommen. Es läßt sich auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten (§ 563 ZPO). War nämlich der 8. Juli 1986 - wenn überhaupt - als neuer Lieferzeitpunkt vereinbart, so könnte die Klägerin zwar infolge ihrer Leistungsverzögerung nach § 284 Abs. 1 BGB am 8. Juli 1986 in Verzug geraten sein, wobei es einer

Mahnung wegen der Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender nicht bedurfte (§ 284 Abs. 2 S. 1 BGB). Ein Rücktrittsrecht konnte der Beklagten aber nach § 326 Abs. 1 BGB erst nach Fristsetzung und erfolgloser Leistungsaufforderung mit Ablehnungsandrohung oder nach § 326 Abs. 2 BGB bei Wegfall des Interesses an der Lieferung der Spritzgußform infolge des Verzuges zustehen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hat das Berufungsgericht unentschieden gelassen und hierzu auch keine Feststellungen getroffen.

4. Das angefochtene Urteil kann auch nicht mit der Hilfsbegründung des Berufungsgerichts aufrechterhalten werden, die Klägerin habe der Beklagten nachträglich am 6. August 1986 im Vergleichswege ihren Erfüllungsanspruch erlassen, so daß jedenfalls hierdurch ihr Werklohnanspruch erloschen sei. Die Revision greift dies mit Recht an.

a) Ein Erlaßvertrag nach §§ 779, 397 Abs. 1 BGB und damit ein Verzicht auf Rechte ist im allgemeinen nicht zu vermuten. Vielmehr muß sich aus dem erklärten Vertragswillen der Parteien eindeutig ergeben, daß die Parteien Einigkeit über das Erlöschen von Ansprüchen erzielt haben.

b) Die hierfür erforderlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat seine Annahme, die Parteien hätten anlässlich ihres Gesprächs am 6. August 1986 im Wege des Vergleichs sämtliche gegenseitigen Ansprüche gegen Zahlung von 13.680,-- DM durch die Beklagte ausge-

glichen, auf die Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen T[REDACTED] und Sch[REDACTED] gestützt. Bei seinen Erwägungen ist es dabei ersichtlich von dem protokollierten Inhalt der Zeugenaussagen abgewichen, ohne die Zeugen erneut zu hören. Die Zeugin T[REDACTED] hat, wie aus der Niederschrift des Landgerichts folgt, nämlich ausgesagt, sie habe den Scheck über 13.680,-- DM ausgestellt. Bei dessen Übergabe sei gesagt worden, mit dieser Zahlung seien die Ansprüche "aufgehoben". Da sie aber nicht dem vollständigen Gespräch beigewohnt habe, wisse sie nicht, was vor der Scheckausstellung besprochen worden sei oder welche Ansprüche abgegolten werden sollten. Der Zeuge Sch[REDACTED] hat bekundet, die Parteien hätten am 6. August 1986 über die noch offene Rechnung von etwa 18.000,-- DM für die Erosionsarbeiten an einer Laderschaufel und über Ansprüche der Beklagten wegen der Verspätung der Tennisschlägerform verhandelt. Einigkeit sei dahin erzielt worden, daß die Rechnung der Klägerin um rund "3.000,-- DM" gekürzt werden sollte. Sodann sei der Scheck ausgestellt worden. Während des Gesprächs sei mit keinem Wort erwähnt worden, daß die Beklagte nunmehr die Spritzgußform abnehmen und bezahlen müsse. Wenn aber am 6. August 1986 über die Ansprüche der Klägerin aus dem streitigen Werklieferungsvertrag nicht gesprochen worden ist, so waren diese Ansprüche auch nicht Gegenstand der Verhandlung. Über sie kann daher, auch nicht konkludent, wie das Berufungsgericht meint, eine Einigung der Parteien erzielt worden sein.

III.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,

auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird auf Grund der vorstehenden Ausführungen, gegebenenfalls unter erneuter Vernehmung des Zeugen Sch[REDACTED], zunächst festzustellen haben, ob das Vertragsverhältnis der Parteien als Fixgeschäft (§ 376 Abs. 1 HGB) anzusehen ist und ob der Werklohnanspruch der Klägerin durch wirksamen Rücktritt der Beklagten vom Vertrag erloschen ist. Läßt sich ein Fixgeschäft nicht feststellen, so wird das Berufungsgericht weiter zu prüfen haben, ob die Beklagte nach § 326 BGB vom Vertrag zurückgetreten ist. Sollte ein Rücktrittsrecht der Beklagten nicht gegeben sein, wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob sich die Parteien nachträglich über das Erlöschen des Werklohnanspruchs geeinigt haben. Dabei wird das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, daß der Umstand, daß der Klägerin am 6. August 1986 gegen die Beklagte Ansprüche in Höhe von 18.604,80,-- DM (Baggerschaufel) sowie von 43.320,-- DM (Tennisschläger)

zustanden, während die Beklagte ihren Verzögerungsschaden auf 4.924,80 DM bezifferte, und daß die Spritzgußform hergestellt und der Beklagten am 14. Juli 1986 angeboten worden war, gegen die Annahme spricht, mit der einmaligen Zahlung von 13.680,-- DM seien alle gegenseitigen Ansprüche einschließlich des Werklohnanspruchs ausgeglichen worden.

Bruchhausen

Brodeßer

Maltzahn

Jestaedt

Broß