

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 7/96

Verkündet am:
10. März 1998
Schanz
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

I. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Dezember 1995 wird zurückgewiesen, soweit die Klägerin auf die Widerklage über den bereits durch Nichtannahme der Revision (Beschluß vom 12. November 1996) rechtskräftig gewordenen Betrag von 161.595,-- DM hinaus zur Zahlung eines weiteren Teilbetrages von 1.417,50 DM (mithin insgesamt 163.012,50 DM) Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung von 350 Fax-Modems "9700 Samsung Inbuilt Modem für Note PC ZZF Nr. A104134C" mit Modem-Kabel, Bedienungsanleitung und Zulassungsurkunde sowie entsprechenden Handbüchern verurteilt worden ist.

II. Soweit die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 22.800,-- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, wird das angefochtene Urteil auf die Anschlußrevision der Beklagten aufgehoben und die Berufung der Klägerin gegen die Klageabweisung im Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 16. September 1994 zurückgewiesen.

- 3 -

III. Soweit die Klägerin Schadenersatz in Höhe von 94.610,25 DM (44.022,-- DM entgangener Gewinn zuzüglich 74.298,60 DM weiterer Schaden, abzüglich 23.710,35 DM Aufrechnungsforderung) nebst Zinsen verlangt, wird das angefochtene Urteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben.

Auf die Revisionen beider Parteien wird das angefochtene Urteil außerdem im Kostenpunkt aufgehoben.

Im Umfang der insoweit ausgesprochenen Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin beauftragte die Beklagte mit Vertrag vom 22. April 1992, das Einbau-Fax-Modem "9700 Samsung Inbuilt Modem für Note PC ZZF Nr. A104134C" für das Notebook Notemaster NM 386S/25E zu entwickeln und herzustellen. Als Entwicklungskosten zahlte die Klägerin 25.000,-- DM nebst MWSt, die in Höhe von 20.000,-- DM nebst MWSt nach Abnahme von 500 Modems und in Höhe von 5.000,-- DM nebst MWSt nach Abnahme von 1.000 Stück von der Beklagten zurückgezahlt werden sollten. Die Klägerin verpflichtete sich, 500 Fax-Modems "in einer Lieferung" zu einem Einzelpreis von 435,-- DM nebst MWSt "zu bestellen". "Zusätzlich" zu dieser "Festbestellung" vereinbarte sie Optionen für weitere Bestellungen in bestimmten Losgrößen zum Preis von 409,50 DM nebst MWSt. Die Lieferungen der Beklagten sollten "unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 30 Tagen nach Abruf erfolgen"; diese Lieferfrist wurde als "Fixtermin" vereinbart. Der "Kaufpreis" sollte 30 Tage nach Zugang einer Lieferung fällig sein. Änderungen des Vertrages sollten nur in schriftlicher Form wirksam sein. Später vereinbarten die Parteien einen Netto-Stückpreis von 405,-- DM.

Im September 1992 bestellte die Klägerin 50 Modems, die von der Beklagten am 1. und 16. Oktober 1992 geliefert wurden. Mit Telefax vom 7. Januar 1993 bestellte sie weitere 100 Stück. Da keine Lieferung erfolgte, setzte die Klägerin der Beklagten mit Telefax vom 16. Februar 1993 eine Nachfrist bis zum Ablauf der 8. Kalenderwoche mit dem Hin-

weis: "... otherwise any damage by your delay will be charged to your company ...".

Am 1. März 1993 lieferte die Beklagte 21 Modems. 20 Stück wurden von der Klägerin kurze Zeit später zurückgesandt. Mit Telefax vom 18. März 1993 kündigte die Klägerin den Vertrag wegen Lieferverzugs. Am 27. April 1993 bot die Beklagte 250 Modems an und am 5. Mai 1993 weitere 194. Die Klägerin verweigerte die Abnahme.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Rückzahlung der Entwicklungskosten von 28.500,-- DM und Schadensersatz aufgrund der Bestellung vom 7. Januar 1993. Sie beansprucht insoweit entgangenen Gewinn in Höhe von 44.022,-- DM und wegen eines gescheiterten Kundengeschäfts 74.298,60 DM (nebst 5 % Zinsen seit dem 17. November 1995) im Hinblick auf einen am 24. August 1995 geschlossenen Vergleich zur Abwendung einer Schadensersatzforderung. Diese hatte die Fa. M. erhoben, nachdem sie die Abnahme von 62 mit Fax-Modems ausgerüsteten Notemaster infolge des Lieferverzugs der Klägerin abgelehnt hatte.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Parteien hätten bei Abruf und Lieferung von 50 Fax-Modems den Vertrag konkludent dahin geändert, daß die Klägerin berechtigt gewesen sei, Bestellungen von weniger als 500 Fax-Modems abzurufen. Da die Beklagte auf ihre Bestellung vom 7. Januar 1993 nicht geliefert habe, könne sie Schadensersatz verlangen. Zudem sei sie berechtigt gewesen, den Vertrag zu kündigen.

Die Beklagte hat widerklagend Zahlung von 37.109,58 DM, und zwar Bezahlung für auf die Bestellungen von September 1992 (50 Stück) und von Januar 1993 insgesamt gelieferte 71 Fax-Modems (einschließlich der aus der späteren Bestellung von der Klägerin wieder zurückgegebenen 20 Modems) sowie 4.055,48 DM für die Zulassung der S. PC-Karte "SIMO" und Zahlung weiterer 200.638,-- DM Zug um Zug gegen Lieferung von 429 Modems verlangt. Sie hat die Ansicht vertreten, berechtigt gewesen zu sein, auf eine Bestellung der Klägerin über 500 Fax-Modems zu warten. Soweit eine konkludente Vertragsänderung vorliege, seien davon auch die Lieferfristen erfaßt, da die Lieferung von kleineren Stückzahlen als die vereinbarten 500 Stück und zum vereinbarten Preis aufgrund produktionsbedingter Umstände lediglich im Zusammenhang mit Bestellungen anderer Auftraggeber möglich sei.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme der Entwicklungskosten stattgegeben und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, für erhaltene 51 Modems 23.711,73 DM nebst Zinsen zu zahlen sowie weitere 175.087,50 DM Zug um Zug gegen Lieferung von 350 Stück. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen. Auf die Berufungen beider Parteien hat das Oberlandesgericht das Urteil abgeändert. Es hat unter Klageabweisung im übrigen die Beklagte zur Zahlung von 22.800,-- DM Entwicklungskosten nebst Zinsen verurteilt und der Widerklage in vollem Umfang stattgegeben.

Beide Parteien haben das Urteil mit der Revision angefochten. Die Klägerin hat dabei die Vergütungsforderung der Beklagten für gelieferte 51 Modems, gegen die sie in der

Vorinstanz hilfsweise die Aufrechnung erklärt hatte, in Höhe von 23.710,35 DM als an sich berechtigt anerkannt und bei der noch geltend gemachten Forderung wegen entgangenen Gewinns berücksichtigt. Der Senat hat mit Beschlüssen vom 12. November 1996 und 30. September 1997 die Revision der Klägerin teilweise und die unselbständige Anschlußrevision der Beklagten voll angenommen.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

unter Aufhebung des Berufungsurteils die Beklagte über den vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrag von 22.800,-- DM nebst 5 % Zinsen hinaus zur Zahlung weiterer 94.610,25 DM nebst Zinsen zu verurteilen und die Widerklage abzuweisen, soweit die Klägerin zur Zahlung von mehr als 161.595,-- DM Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung von 350 Fax-Modems verurteilt worden ist.

Die Beklagte beantragt,

unter Teilaufhebung des Berufungsurteils die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen, soweit die Klägerin mit ihr den Zahlungsanspruch in Höhe von 22.800,-- DM nebst Zinsen weiterverfolgt.

Beide Parteien bitten um Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Soweit der Rechtsstreit noch nicht rechtskräftig entschieden ist, haben die zulässigen Revisionen der Parteien überwiegend Erfolg.

Anhängig ist die Klage noch in Höhe von insgesamt 123.110,25 DM, und zwar 74.298,60 DM Schadensersatz wegen des gescheiterten Drittgeschäfts, 44.022,-- DM Gewinnausfall wegen Nichtlieferung von 100 Modems und 28.500,-- DM Entwicklungskosten, letztere beiden Beträge abzüglich 23.710,35 DM Gegenforderung der Beklagten für gelieferte 51 Modems, gegen die die Klägerin aufgerechnet hat. Von der Widerklage sind noch insgesamt 52.442,23 DM im Streit, und zwar 9.343,75 DM für 20 Modems, 4.055,48 DM Zulassungskosten für S. -PC-Karte "SIMO" (Widerklageantrag zu 1) sowie 37.625,50 DM für 79 Modems und 1.417,50 DM Ergänzung zu der bereits mit Nichtannahme der Revision rechtskräftig zugesprochenen Vergütung für 350 Modems (Widerklageantrag zu 2). Wegen eines weiteren Teilbetrages von 23.710,35 DM für gelieferte 51 Modems ist nur noch streitig, ob die Widerklageforderung durch Aufrechnung mit einem Teil der Klageforderung erloschen ist. In Höhe des Teilbetrages von 1.417,50 DM ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Im übrigen führt sie zur Aufhebung und Zurückverweisung des noch anhängigen Teils des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Auf die unselbständige Anschlußrevision der Beklagten ist die Berufung der Klägerin hinsichtlich der Entwicklungskosten von 22.800,-- DM nebst Zinsen zurückzuweisen.

I. Das Berufungsgericht hat der Beklagten auf ihre Widerklage (Antrag zu 1) aus Werklieferungsvertrag (§§ 651, 631 BGB) die vertragsgemäße Vergütung für die im September 1992 bestellten und im Oktober 1992 gelieferten und abgenommenen 50 Modems sowie für ein weiteres Modem aus der Lieferung vom 1. März 1993 zugesprochen. Wegen der daraus sich ergebenden Teilforderung von 23.710,75 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 2. Februar 1994 hängt die Entscheidung allein von der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung wegen entgangenen Gewinns ab (vgl. dazu nachstehend bei II. 3 und II. 4).

II. 1. Auch hinsichtlich der zweiten Teilbestellung der Klägerin vom 7. Februar 1993 über 100 Modems, von denen noch 99 in Streit stehen, hat das Berufungsgericht einen wirksamen Vertrag angenommen. Es ist im Anschluß an das Landgericht davon ausgegangen, daß die Parteien den am 22. April 1992 geschlossenen Entwicklungs- und Herstellungsvertrag einverständlich unter Beibehaltung der übrigen Vertragsabsprachen, insbesondere der Fixklausel, geändert haben, und zwar dahin, daß die Klägerin statt der vereinbarten ersten Abnahmemenge von 500 Stück berechtigt sein sollte, auch kleinere Stückzahlen abzurufen. Das ist im wesentlichen eine Frage der tatrichterlichen Beurteilung, die im Revisionsverfahren abgesehen von hier nicht erkennbaren Verstößen gegen das materielle Recht nur im Hinblick auf konkret gerügte Verfahrensfehler überprüft werden kann. Die Beklagte hat die Beurteilung des Berufungsgerichts zwar in Zweifel gezogen und geltend gemacht, von einer stillschweigenden Änderung des Vertrages könne keine Rede sein. Die Beklagte hat hierzu im Revisionsverfahren aber keine kon-

kreten Rügen ausgeführt, so daß von der einvernehmlichen Vertragsänderung auszugehen ist.

2. Hiervon ausgehend hat das Berufungsgericht angenommen, die Klägerin sei zur Zahlung der Vergütung (9.343,75 DM) für die am 1. März 1993 gelieferten, aber zurückgenommenen 20 Geräte und für weitere 79 Modems, diese Zug um Zug gegen Abnahme, verpflichtet. Hingegen hat es Schadensersatzansprüche der Klägerin wegen Lieferverzugs von 99 Modems der zweiten Bestellung verneint.

Hierzu hat das Berufungsgericht im wesentlichen ausgeführt: Der Vertrag der Parteien sei als Fixhandelsgeschäft anzusehen. Die Klägerin sei deshalb berechtigt gewesen, nach Ablauf der vereinbarten maximalen Lieferfrist von 30 Tagen gemäß § 376 Abs. 1 Satz 1 HGB die Abnahme der am 7. Januar 1993 bestellten Modems zu verweigern und insoweit vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Sie habe diese Rechte aber aufgegeben, indem sie der Beklagten mit Telefax vom 16. Februar 1993 eine Nachfrist gesetzt habe. Um Schadensersatz verlangen zu können, habe die Klägerin der Beklagten nunmehr androhen müssen, nach Fristablauf die Abnahme der vertraglich geschuldeten Leistung abzulehnen. Dies habe die Klägerin nicht getan. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei hier auch nicht entbehrlich gewesen. Die Klägerin habe nicht dargelegt, daß die Fa. M. infolge des Lieferverzugs der Klägerin kein Interesse mehr an der Lieferung der bestellten 62 Notemaster gehabt und daß diese auch ohne Nachfrist und Ablehnungsandrohung Schadensersatz wegen Nichterfüllung hätte beanspruchen können. Die Klägerin sei

daher hinsichtlich der Teilbestellung vom 7. Januar 1993 weiterhin zur Abnahme verpflichtet und könne nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ebenso wenig könne sie Zahlung der Vergleichssumme als Verzugschaden beanspruchen. Voraussetzung sei, daß der bereits mit Ablauf der Fixfrist eingetretene Lieferverzug der Beklagten den geltend gemachten Schaden verursacht habe. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Fa. M. gegenüber der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in Höhe des Vergleichsbetrages aus dem zwischen beiden geschlossenen Kaufvertrag über 62 Notemaster zugestanden hätte. Die Klägerin habe dies nicht hinreichend dargetan.

3. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, die Teilbestellung der Klägerin vom 7. Januar 1993 sei auch nach Änderung ihrer Abrufverpflichtung als Fixhandelsgeschäft im Sinne des § 376 HGB zu qualifizieren. Wegen der Liefersäumnis der Beklagten war deshalb die Klägerin aus § 376 Abs. 1 HGB nach Ablauf der vereinbarten 30-Tages-Frist am 7. Februar 1993 ohne Nachfristsetzung berechtigt, insoweit vom Vertrag zurückzutreten oder im Verzugsfall statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Diesen rechtlichen Ansatz greift auch die Revision der Beklagten insoweit nicht an.

Keinen rechtlichen Bedenken begegnet ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, durch eine Nachfristsetzung

beseitige der Gläubiger die Rechte aus § 376 Abs. 1 HGB mit der Folge, daß er Rechte aus Verzug nur noch nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 286, 326 BGB) geltend machen könne. Beim Fixhandelsgeschäft geht das Gesetz von der Annahme aus, daß bei Ausbleiben der Leistung zur vereinbarten Zeit der Gläubiger an der Durchführung des Geschäfts in der Regel kein Interesse mehr hat. Der Gläubiger kann daher vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Will der Gläubiger am Vertrag festhalten, muß er sich seinen Erfüllungsanspruch durch die in § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB vorgesehene Anzeige erhalten. Hierfür genügt es nicht, daß lediglich das Ausbleiben der Leistung angezeigt wird. Vielmehr muß er das Beharren auf weiterer Erfüllung klar zum Ausdruck bringen. Dies kann durch eine Nachfristsetzung geschehen. Mit ihr erklärt er regelmäßig, daß er von seinen Rücktritts- und Schadensersatzrechten aus dem Fixgeschäft keinen Gebrauch machen, sondern trotz eingetretener Verzögerung der Leistung weiterhin auf Erfüllung des Vertrages bestehen wolle (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.1982 - VIII ZR 190/81, DB 1983, 385, 386; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 376 Rdn. 7; GK-HGB/Achilles, HGB, 5. Aufl., § 376 Rdn. 11; Heymann/Emmerich, HGB, § 376 Rdn. 12; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 376 Rdn. 17; a.A. Staub/Großkomm. HGB/Koller, 4. Aufl., § 376 Rdn. 13).

b) Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, daß sich das Fixgeschäft der Parteien nur dann durch die Nachfristsetzung in ein Handelsgeschäft ohne Fixcharakter umgewandelt haben konnte, wenn die den Erfüllungsanspruch erhaltende Nachfrist sofort nach dem Ablauf der Fixfrist erfolg-

te (§ 376 Abs. 1 Satz 2 HGB; BGH, Urt. v. 27.10.1982 - VIII ZR 190/81, DB 1983, 385, 386; Staub/Großkomm. HGB/Koller, aaO, § 376 Rdn. 17, GK-HGB/Achilles, aaO, § 376 Rdn. 11, Heymann/Emmerich, aaO, § 376 Rdn. 12). Sofort bedeutet dabei mehr als unverzüglich. Die Anzeige muß ohne jede Verzögerung nach Ablauf der fest bestimmten Leistungsfrist erfolgen und dem Gegner zugänglich gemacht werden (Schlegelberger/Hefermehl, aaO, § 376 Rdn. 16).

Die von den Parteien fest bestimmte Leistungsfrist lief 30 Tage nach der Bestellung ab, also am 7. Februar 1993. Die Nachfristsetzung der Klägerin gegenüber der Beklagten erfolgte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst neun Tage später mit Telefax vom 16. Februar 1993. Das darin erklärte Erfüllungsverlangen der Klägerin kann daher jedenfalls nicht ohne nähere Feststellungen darüber, ob die Klägerin der Beklagten zu einem früheren Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht haben könnte, sie bestehe auf Erfüllung, als nicht rechtzeitig angesehen werden.

c) Konnte das Telefax der Klägerin vom 16. Februar 1993 mangels Rechtzeitigkeit keine Umwandlung des Fixhandelsgeschäfts bewirken, so ist zu prüfen, ob dieses Schreiben als ein neues Vertragsangebot, möglicherweise verbunden mit einer neuen Fixfrist, aufzufassen ist und ob die Beklagte dieses Angebot angenommen hat. Erwiese sich, daß ein Änderungsvertrag mangels eines Angebots oder einer Annahme nicht zustande gekommen ist, könnte die Klägerin aus § 376 HGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Beklagte am 7. Februar 1993 gemäß § 284 BGB in Verzug geraten ist. Wäre hingegen anzunehmen, daß die Beklagte das

Vertragsangebot der Klägerin angenommen hat, wäre sodann zu prüfen, ob der neue Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Fristsetzung im Schreiben vom 16. Februar 1993, wiederum als Fixhandelsgeschäft anzusehen (dazu BGH, Urt. v. 14.3.1984 - VIII ZR 287/82, WM 1984, 639; Sen.Urt. v. 18.4.1989 - X ZR 85/88, WM 1989, 1180; BGHZ 110, 88, 97) und ob die Beklagte am 26. Februar 1993 (Ablauf der zum Ende der 8. Kalenderwoche gesetzten Frist) in Verzug geraten ist. Wäre dies der Fall, könnte die Klägerin aus § 376 Abs. 1 HGB ohne Nachfristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Anderenfalls wäre im Falle des Verzugs der Beklagten sodann zu prüfen, ob ein Schadensersatzanspruch aus §§ 286, 326 Abs. 1 HGB in Betracht kommen könnte und ob erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung wegen eines Interessenwegfalls gemäß § 326 Abs. 2 BGB entbehrlich wäre.

Hierzu hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen, so daß der Senat nicht in der Lage ist, den Rechtsstreit insoweit zu entscheiden. Das angefochtene Urteil ist deshalb insoweit aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

4. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls weiter prüfen müssen, ob das Telefax vom 16. Januar 1993 als Angebot zur Änderung des Fixhandelsgeschäfts über die zweite Bestellung anzusehen ist und ob die Beklagte dieses Angebot angenommen hat. Sollte dies zu verneinen sein, ergeben sich die Rechtsfolgen aus § 376 Abs. 1 Satz 1 HGB. Sollte das Berufungsgericht hingegen zu dem Ergebnis gelangen, daß die

Klägerin einen Anspruch auf Schadensersatz nur auf die §§ 286, 326 BGB stützen könnte, ist von folgendem auszugehen.

a) Das Berufungsgericht hat einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 BGB verneint, weil die Klägerin nicht schlüssig dargetan habe, daß sie von der Fa. M. die Abnahme der bestellten 62 Notemaster nicht mehr habe verlangen können. Insbesondere habe sie nicht belegt, daß die Fa. M. infolge des Lieferverzugs wegen Interessenwegfalls gemäß § 326 Abs. 2 BGB auch ohne Nachfristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte. Zwar sei deren Kunde, die A. -Bank, infolge der Nichtbelieferung vom Vertrag zurückgetreten; als ausreichender Grund im Sinne des § 326 Abs. 2 BGB sei das aber nur anzuerkennen, wenn der A. -Bank ein Rücktrittsrecht auch tatsächlich zugestanden hätte, was indes nicht dargetan sei.

Dies greift die Revision der Klägerin mit Recht an. Nach § 326 Abs. 2 BGB bedarf es der Fristbestimmung mit Ablehnungsandrohung nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse hat. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt es allein auf das Interesse des Gläubigers an der Durchführung des vertraglichen Leistungsaustausches an, das auf unterschiedlichen Gründen, u.a. auch wirtschaftlichen, beruhen kann. Bei der Prüfung des Interessenwegfalls ist deshalb von den individuellen Verhältnissen des Gläubigers auszugehen. Auf ihrer Grundlage ist sodann objektiv zu entscheiden, ob der Gläubiger noch ein Interesse daran hat, die Leistung des

Schuldners durch seine Gegenleistung zu "erkaufen". Daran fehlt es etwa, wenn der Gläubiger gerade infolge des Verzuges die Leistung nicht mehr in der vorgesehenen Weise verwenden kann, wenn er also den Zweck, für den die Leistung bestimmt war, aufgrund der Verzögerung der Leistung überhaupt nicht mehr verwirklichen kann. Das kann etwa der Fall sein, wenn der Abnehmer des Gläubigers infolge der Lieferverzögerung die schon verkaufte Ware ablehnt (RGZ 94, 326; OLG Köln NJW-RR 1993, 949; BGB-RGRK/Ballhaus, 12. Aufl., § 326 Rdn. 41 m.w.N.; MünchKomm./Emmerich, BGB, 3. Aufl., § 326 Rdn. 109; Palandt/Heinrichs, BGB, 57. Aufl., § 326 Rdn. 21; vgl. auch zu § 634 Abs. 2 BGB; Sen.Urt. v. 26.1.1993 - X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560; Sen.Urt. v. 12.1.1993 - X ZR 63/91, NJW-RR 1993, 882).

Einen solchen Sachverhalt hat die Klägerin dargelegt. Sie hat vorgetragen, sie habe 62 Notemaster mit den von der Beklagten zu liefernden Fax-Modems an die Fa. M. verkauft, welche sie ihrerseits an den Endabnehmer, die A. -Bank weiterverkauft habe. Infolge der Lieferverzögerung der Beklagten habe die Klägerin die 62 Geräte nicht fristgerecht an die Fa. M. liefern können. Diese sei wiederum zur vertragsgemäßen Lieferung an die A. -Bank außerstande gewesen. Mit Schreiben vom 12. März 1993 sei die A. -Bank von dem Vertrag mit der Fa. M. zurückgetreten. Diese habe daraufhin von der Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 93.564,-- DM verlangt. Im Vergleichswege habe die Klägerin die Forderung auf 74.298,60 DM ermäßigen können. Diesen Betrag habe die Klägerin der Fa. M. gezahlt.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann von der Klägerin darüber hinaus nicht verlangt werden, darzulegen und ggf. nachzuweisen, daß der A. -Bank tatsächlich ein Rücktrittsrecht zugestanden hat. Die Klägerin war mit der Tatsache konfrontiert, daß der Kunde ihrer Abnehmerin infolge der Nichtbelieferung vom Vertrag zurückgetreten war und daß sich die Fa. M. damit abgefunden hatte, um ihre Geschäfte mit der A. -Bank nicht zu gefährden. Ob der Rücktritt der A. -Bank zu Recht erfolgt war, konnte sie nicht ohne weiteres überprüfen. Angesichts dessen war von der Klägerin lediglich zu erwarten, daß sie sich bei ihrer Entscheidung, wie sie sich gegenüber den Schadensersatzansprüchen der Fa. M. verhalten solle, ob sie sich in eine gerichtliche Auseinandersetzung einlassen oder eine gütliche Einigung suchen solle, wie ein ordentlicher Kaufmann verhielt, der alle rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte abwog. Nicht zu verlangen ist hingegen der Nachweis, daß das Scheitern des Folgegeschäfts rechtlich eindeutig vermeidbar gewesen wäre. Vielmehr müssen vernünftige Gründe ausreichen, ein Interesse des Gläubigers an der Durchführung des Vertrages wegen Wegfalls der Absatzmöglichkeit entfallen zu lassen.

Nach diesen Grundsätzen könnte das Interesse der Klägerin an der Erfüllung des Vertrages jedenfalls hinsichtlich 62 Modems entfallen sein, weil sie die Geräte nicht mehr, wie vorgesehen, an die Fa. M. absetzen konnte. Ob damit auch das Interesse der Klägerin an der übrigen Bestellung entfallen ist, ist völlig offen und bedarf gegebenenfalls der weiteren Prüfung.

b) Die Anschlußrevision kann demgegenüber nicht mit Erfolg geltend machen, der Vortrag der Klägerin sei nicht schlüssig, weil der Abschluß eines wirksamen Vertrages zwischen der Klägerin und der Fa. M. nicht dargetan sei; der zeitliche Abstand zwischen der Bestellung der Geräte mit Schreiben vom 15. Dezember 1992 und der angeblichen Vertragsannahme lege nahe, daß die Annahme verspätet sei und deshalb ein Vertragsschluß nicht vorliege. Die Annahme der Anschlußrevision stimmt mit dem Akteninhalt nicht überein. Aus dem von der Klägerin überreichten Bestellschreiben sowie den Schreiben vom 17. März 1993 und 17. Mai 1993 läßt sich entnehmen, daß der Vertrag auf die Bestellung zustande gekommen ist. Hierauf gestützt hat das Landgericht festgestellt, daß es zu dem von der Klägerin behaupteten Geschäft mit der Fa. M. gekommen ist. Das Berufungsgericht hat dies verfahrensfehlerfrei übernommen. Hierzu hat die Anschlußrevision eine Rüge nicht ausgeführt.

III. Das Berufungsgericht hat der Beklagten auf die Widerklage die Zulassungskosten für die S. PC-Karte "SIMO" in Höhe von 4.055,48 DM zugesprochen, nachdem das Landgericht diese Forderung abgewiesen hatte, weil kein rechtlicher Grund dargetan sei, diese Summe von der Klägerin zu verlangen. In ihrer Anschlußberufung hat die Beklagte diese Ausführungen des Landgerichts nicht angegriffen, gleichwohl aber die Forderung geltend gemacht. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung insoweit nicht begründet.

Auch dies rügt die Revision mit Recht als verfahrensfehlerhaft (§§ 551 Nr. 7, 519 Abs. 3 Nr. 2, 286 ZPO). Das angefochtene Urteil ist auch insoweit aufzuheben.

IV. Das Berufungsgericht hat der Beklagten auf den Widerklageantrag zu 2) 200.638,-- DM Zug um Zug gegen Übergabe von 429 Fax-Modems zugesprochen. Die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 161.595,-- DM für 350 Modems ist infolge der Nichtannahme der Revision rechtskräftig. Darüber hinaus steht der Beklagten ein weiterer Betrag von 1.417,50 DM zu, über den der Senat abschließend entscheiden kann. Die Parteien haben unstreitig in Abänderung ihres Vertrages vom 22. April 1992 einen Nettopreis von 405,-- DM je Modem vereinbart. Zuzüglich 15 % MwSt, deren Höhe von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen wird, kann die Beklagte für 350 Modems 163.012,50 DM verlangen. Abzüglich des bereits rechtskräftigen Betrages von 161.595,-- DM hat die Beklagte einen weiteren Zahlungsanspruch von 1.417,50 DM. Insoweit ist die Revision der Klägerin deshalb zurückzuweisen.

V. Die Anschlußrevision der Beklagten hat Erfolg.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 22.800,-- DM verurteilt. Es hat angenommen, die Klägerin könne, wenn sie zur Zahlung der vereinbarten Vergütung für 500 Modems verpflichtet ist, ihrerseits von den an die Beklagte gezahlten Entwicklungskosten einen Anteil von 20.000,-- DM nebst MwSt zurückverlangen. Dies greift die Revision mit Recht an.

Nach Ziffer I.3 des Vertrages ist die Beklagte zur Rückzahlung eines Anteils der Entwicklungskosten von 20.000,-- DM verpflichtet, "wenn 500 Einheiten abgenommen worden sind". Dies ist bislang nicht geschehen, so daß der Rückzahlungsanspruch der Klägerin zur Zeit noch nicht fällig ist.

VI. Daher ist die Revision der Klägerin in einem Umfang von 1.417,50 DM zurückzuweisen. Im übrigen ist auf die Revisionen der Parteien das angefochtene Urteil im oben genannten Umfang aufzuheben. Die Berufung der Klägerin hinsichtlich der Entwicklungskosten in Höhe von 22.800,-- DM ist zurückzuweisen. Der weitergehende Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Rogge

Jestaedt

Melullis

Scharen

Keukenschrijver