

Verkündet
am 6. Oktober 1955
Jodas, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma W. & Co, GmbH, Großhandelsgesellschaft
in M., S. Str., gesetzlich ver-
treten durch ihren Geschäftsführer,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Firma Adolf L., Inhaber:
Adolf L., mechan. Weberei in M.
b. H.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Oktober 1955 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück,
Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Artl für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Bamberg vom 7. April 1954 aufgehoben und die
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die eine Weberei betreibt, verlangt von der beklagten GmbH, einer Großhandels-gesellschaft, Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung eines Lieferungsvertrages über 50.000 m Strichloden zum Preise von 9 DM je Meter, der zu den Bedingungen ihrer Auftragsbestätigung vom 11. Juni 1951 und ihres Begleitschreibens vom gleichen Tage zustande gekommen sei.

Die Beklagte hatte der Klägerin die Farbeinteilung für den von dieser herzustellenden Stoff mitgeteilt. Sie hat dann insgesamt 4.782 m abgenommen, weitere Abnahmen jedoch verweigert.

Das von der Beklagten in ihrem Auftragschein Nr 385 vom 6. Juni 1951 gestellte Verlangen, daß die Klägerin diesen Artikel in M. [REDACTED] keiner anderen Firma anbiete noch verkaufe, lehnte die Klägerin in dem Begleitschreiben zu ihrer Auftragsbestätigung vom 11. Juni 1951 mit der Begründung ab, daß sie der Alleinverkaufsklausel in einem derartigen Ausmaß nicht zustimmen könne, einerseits sei die bestätigte Liefermenge nur ein Bruchteil ihrer Produktion und dann enthalte die Klausel keinerlei zeitliche Befristung. Anschließend heißt es in diesem Schreiben:

"Ich bitte deshalb meine Zusicherung entgegenzunehmen, daß Ihre Interessen in Bezug auf Alleinbelieferung soweit nur irgend möglich Berücksichtigung finden sollen, wenn ich mich auch in der von Ihnen gewünschten Fassung, schon mit Rücksicht auf die Kartellgesetzgebung, leider nicht anschließen kann."

Bereits im Juni 1951 beschwerte sich die Beklagte darüber, daß die Klägerin denselben Stoff durch einen Vertreter dem Textilhändler Q. [REDACTED] in M. [REDACTED] angeboten

- 3 -

habe. Hierdurch seien die Geschäftsbeziehungen der Beklagten zu ihrem Kunden gestört worden. Sie erklärte dann in einem Schreiben vom 12. Juli 1951, sie könne weitere Lieferungen in Strichloden erst nach Klärung der schwebenden Angelegenheit S. [REDACTED]-Q. [REDACTED] hereinnehmen. Nach weiterer Korrespondenz zwischen den Parteien hat die Beklagte in einem Schreiben an die Klägerin vom 2. August 1951, diese Woche für sie keine Lieferungen vorzunehmen, da sie auf Grund der augenblicklichen katastrophalen Geschäftslage nicht im Stande wäre, Rechnungen der Klägerin zu regulieren.

Mit Schreiben vom 10. September 1951 setzte die Klägerin nach wiederholten Aufforderungen zur Abnahme weiterer bereits fertiggestellter Ware der Beklagten eine Nachfrist von 10 Tagen gemäß § 4 Abs 4 der Einheitsbedingungen der deutschen Textilindustrie, auf die sich die Klägerin in ihrer Auftragsbestätigung bezogen hatte. Die Beklagte ließ dieses Schreiben unbeantwortet.

Die Klägerin berechnet ihren Schaden wegen Nichterfüllung des Vertrages auf über 100.000 DM und hat hiervon 25.000 DM eingeklagt.

Die Beklagte hat den Schadensersatzanspruch dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Sie hat behauptet, die Klägerin habe ihr das Alleinverkaufsrecht für den Artikel Strichloden in M. [REDACTED] eingeräumt und diese Verpflichtung mehrfach verletzt. Jedenfalls habe sie auch der in dem Schreiben vom 11. Juni 1951 gegebenen Zusage zuwider gehandelt. Die Klägerin habe dem Textilhändler E. [REDACTED] in M. [REDACTED] die gleiche Ware mit der Folge angeboten, daß E. [REDACTED] eine noch am 11. Juli 1951 bestehende Absicht, von der Beklagten 50.000 m dieser Ware zum Preise von 10,50 DM je Meter zu kaufen, fallen gelassen habe. Ferner habe die Klägerin einige Tage nach Abschluß mit der Beklagten



Strichloden der gleichen Art dem Textilhändler Q. angeboten, der von der Beklagten 10.000 m Strichloden gekauft hatte, und ihn hierdurch veranlaßt, den Kaufvertrag mit der Beklagten rückgängig zu machen. Außerdem habe die Klägerin die gleiche Ware auch anderen Firmen angeboten. Die Beklagte habe infolgedessen ihrer Abnahmepflicht gegenüber der Klägerin nicht mehr nachkommen können. Infolge Vertragsbruchs der Klägerin sei sie zur weiteren Abnahme nicht mehr verpflichtet. Sie habe selbst einen Schaden von 61.094 DM erlitten, nämlich in Höhe von 15% des auf 406.962 DM zu bemessenden Wertes der nichtbezogenen Strichloden.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Beklagte zur Zahlung von 25.000 DM verurteilt.

Die Beklagte hat mit der Berufungsbegründung ferner geltend gemacht, sie sei wegen der Vertragsverletzungen der Klägerin von dem Vertrag zurückgetreten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten nach weiterer Beweisaufnahme zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. In erster Reihe zieht die Revision der Beklagten in Zweifel, ob ein Vertrag zwischen den Parteien über die Lieferung von 50.000 m Strichloden an die Beklagte zustande gekommen ist. Die Beklagte habe, so führt die Revision aus, mit Schreiben vom 11. Juni 1951 den in dem Telegramm

der Klägerin vom gleichen Tage enthaltenen Zahlungsbedingungen widersprochen. Nach den Feststellungen des Berufungsurteils bildeten das Telegramm, die Auftragsbestätigung der Klägerin und ihr Begleitschreiben, sämtlich vom 11. Juni 1951, eine Einheit. Die hinsichtlich der Zahlungsbedingungen voneinander abweichenden Schreiben der Klägerin und der Beklagten vom 11. Juni 1951 hätten sich gekreuzt. Bei dieser Sachlage hätte es eines weiteren Widerspruchs gegen die Auftragsbestätigung vom 11. Juni 1951 nicht bedurft. Mangels Einigung über die Zahlungsbedingungen sei infolgedessen auch kein Vertrag zustande gekommen.

Diese Erwägungen der Revision können jedoch die Feststellung des Berufungsgerichts, daß ein Lieferungsvertrag über 50.000 m Strichloden zustande gekommen ist, nicht erschüttern. Es ist zwar richtig, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 11. Juni 1951 den Zahlungsbedingungen der Klägerin in dem Telegramm vom gleichen Tage: "Ware Kassa bei Übernahme oder innerhalb 10 Tagen mit Bankgarantie ohne Abzug" mit dem Hinweis widersprochen hat, daß sie ihren Auftrag vom 6. Juni 1951 mit der Bedingung erteilt habe, daß sie die Lieferung innerhalb von 10 Tagen mit 3% Skonto regulieren werde, und zwar je zur Hälfte mit Schecks und Akzepten. Die Zahlungsbedingungen in dem als Auftragsbestätigung bezeichneten Schreiben der Klägerin vom 11. Juni 1951, die ihrem Telegramm inhaltlich entsprechen, stehen somit zu dem Schreiben der Beklagten vom 11. Juni 1951 in Widerspruch. Das Schreiben der Klägerin gilt daher nach § 150 Abs 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Die Klägerin hat, wie das Berufungsgericht hervorhebt, in ihrem Begleitschreiben zu der "Auftragsbestätigung" vom 11. Juni 1951 die Beklagte ausdrücklich um sofortige Rückäußerung gebeten, falls sie mit der hiermit übermittelten "endgültigen Bestätigung" des Auftrages nicht überein-

1

stimme, gegebenenfalls um Rückgabe "dieses Schlußscheins". Sie hat auch dabei erklärt, einen Kassenskonto nicht gewähren zu können, da ihre Preise niedrigst kalkuliert seien. Die Beklagte hat nicht nur diese "Auftragsbestätigung" widerspruchlos angenommen, sondern auf den Auftrag mehrere Teillieferungen abgerufen, ohne auf ihr Schreiben vom 11. Juni 1951 zurückzukommen oder gegen den sonstigen Inhalt der Auftragsbestätigung und des ihr beigefügten Begleitschreibens unverzüglich noch irgendwie Widerspruch zu erheben. Die Klägerin hat, wie das Berufungsgericht weiter ausführt, durch ihre Auftragsbestätigung die Rechtslage klären wollen, um alsdann entsprechend zu disponieren, und hat das Gesamtverhalten der Beklagten nach Treu und Glauben und die im Hinblick auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche so verstehen können und müssen, daß die Beklagte schließlich doch mit den Auftragsbedingungen einverstanden war, die die Klägerin in ihrer Auftragsbestätigung und ihrem Begleitschreiben endgültig niedergelegt hatte.

Diese Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Beklagte war der Verpflichtung, der Auftragsbestätigung der Klägerin zu widersprechen, deshalb nicht enthoben, weil die Klägerin die Beklagte ausdrücklich um Rückgabe der von ihr als Schlußschein und endgültig bezeichneten Bestätigung gebeten hatte, falls die Beklagte mit dieser nicht übereinstimme, und weil die Beklagte, ohne diesem Verlangen zu entsprechen, nach Zugehen der Auftragsbestätigung Teillieferungen anforderte und entgegennahm. Aus diesem besonderen Sachverhalt durfte das Berufungsgericht folgern, daß der Kaufvertrag damit zustande gekommen war (vgl. Urt. d. I. Zivilsenats des BGH v. 17.9.1954 - I ZR 18/55 - IM § 150 BGB Nr. 3 = MDR 1954, 733 = BB 1954, 882).

Wenn die Revision nunmehr mit einer Rüge aus § 139 ZPO geltend macht, die Beklagte habe die Zahlungen in Wirklichkeit nicht der "Auftragsbestätigung" der Klägerin entsprechend, sondern in Dreimonatswechseln, geleistet und die Klägerin habe die Wechsel entgegengenommen, so kann damit nicht das Zustandekommen des Lieferungsvertrages bezweifelt werden. In den Vorinstanzen bestand kein Streit darüber, welche Zahlungsbedingungen gelten sollten. Das Berufungsgericht hatte schon deshalb keine Veranlassung zu untersuchen, in welcher Weise die Beklagte den Kaufpreis tatsächlich bezahlt hat. Wenn die Beklagte die abgerufenen Lieferungen in anderer Weise bezahlt hat, als die Klägerin in ihrer "Auftragsbestätigung" verlangt hatte, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß ein Lieferungsvertrag zwischen den Parteien überhaupt nicht zustande gekommen sei.

II. In weiteren Ausführungen rügt die Revision, das Berufungsgericht habe einen Verstoß der Klägerin gegen die Zusicherung ihrer Auftragsbestätigung vom 11. Juni 1951 rechtsirrig und unter Übergehung von Beweisantritten der Beklagten verneint.

Das Berufungsgericht legt die vertragliche Zusicherung der Klägerin, die Interessen der Beklagten auf Alleinbelieferung sollten so weit nur irgend möglich Berücksichtigung finden, dahin aus, daß diese Erklärung eine faire, Treu und Glauben entsprechende Abwicklung des großen Abschlusses über 50.000 m Strichloden sichern sollte. Weitergehende Folgerungen ließen sich auch nicht aus den Ausführungen der Klägerin in ihrem Schreiben vom 30. Juni 1951 ableiten, zumal die Klägerin in diesem Schreiben erneut klargestellt habe, daß sie sich seinerzeit die Handlungsfreiheit habe sichern müssen. Die Zusicherung könne insbesondere nicht dahin verstanden werden, daß die Klägerin sich für irgend-

eine Zeitdauer verpflichtet habe, ihre Strichloden keiner anderen Firma in M. mehr anzubieten oder zu verkaufen. Die Klägerin würde sich daher einer positiven Vertragsverletzung nur dann schuldig gemacht haben, wenn die Klägerin beim Absatz des Strichlodens in M. hinsichtlich ihrer Zusicherung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zuwider gehandelt hätte, das sei aber nicht nachgewiesen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe rechtsirrig unterlassen, den sachlichen Inhalt der Zusicherung festzustellen. Er sei nach Handelsitte und Behauptung der Beklagten offensichtlich dahin gegangen, der Beklagten als Großhändlerin einen gewinnbringenden Absatz der gekauften Stoffe nicht zu beeinträchtigen. Damit sei ein Angebot mindestens an M. Abnehmer, sei es an Konfektionäre oder an Abnehmer, die voraussichtlich an Konfektionäre weiter liefern würden, innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Kaufabschluß nur zu Preisen zulässig gewesen, die einen angemessenen Verkaufspreis der Beklagten überstiegen. Diesem Inhalt der vertraglichen Zusicherung liefen der Verkauf der Klägerin an Eitner und der Abschluß mit G. zuwider.

Die Auslegung des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden. Keinesfalls konnte die Beklagte beanspruchen, daß die Klägerin die gleiche Ware überhaupt nicht nach M. absetzte. Denn dies hatte die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 11. Juni 1951 nicht zugesichert. Ob in der Zusicherung auch eine sie bindende Verpflichtung liegt, M. Handelsfirmen, die den Einkauf und Verkauf von Stoffen im Großhandel betrieben, dann nicht zu beliefern, wenn sie Kunden der Beklagten waren, kann dahingestellt bleiben. Denn ein Verstoß gegen die Zusicherung würde voraussetzen, daß die Klägerin in die geschäftlichen Beziehungen der Beklagten zu diesen Firmen eingriff, obwohl sie

wußte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wußte, daß es sich um Kunden der Beklagten handelte. Einen solchen Sachverhalt hat aber die Beweisaufnahme nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ergeben.

1. Der Textilkaufmann E. war Kunde der Beklagten. Er hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Beklagten am 8. Juni 1951 ein Muster Strichloden von 4 m zum Preise von 11,50 DM und am 26. Juni 1951 einen Posten von 126,40 m zum Preise von 10,50 DM je Meter gekauft. Diesen Posten gab E. am 11. oder 12. Juli an die Beklagte zurück, da er am gleichen Tage Ware derselben Art von der Klägerin für 10 DM kaufte und erhielt. Damit zerschlug sich die weitergehende Absicht des Zeugen E., insgesamt 50.000 m Strichloden von der Beklagten zum Preise von 10,50 DM je Meter zu kaufen. E. erhielt nach seiner Bekundung den gleichartigen Strichloden durch einen gewissen N., einen Vertreter der Firma W. in C.. Die Klägerin wußte nicht, wie das Berufungsgericht auf Grund der Aussagen der Zeugen E. und G. feststellt, daß E. mit der Beklagten in Vertragsverhandlungen stand.

Die Revision meint, es sei unerheblich, ob die Klägerin die bisherigen Verhandlungen E. mit der Beklagten und seinen Kauf bei ihr kannte. Ein Preis von 10 DM hätte den Absatz der Beklagten mindestens gefährden müssen. Der Revision kann deshalb nicht zugestimmt werden, weil die Klägerin keinesfalls verpflichtet war, an M. Textilgroßhändler nur zu einem Preise zu verkaufen, der auch noch die von der Beklagten zu erzielende Gewinnspanne bei Verkäufen der von ihr bei der Klägerin bestellten Ware überstieg oder mindestens erreichte. Daß die Klägerin gewußt oder auch nur damit gerechnet habe, daß E. ein

1

Kunde der Beklagten war, ist nicht festgestellt. Wenn die Revision demgegenüber die Nichtvernehmung des Zeugen N. rügt, den die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 20. Februar 1953 S 3 benannt hatte, so ist diese Rüge unbegründet. Die Beklagte hatte in das Wissen dieses Zeugen gestellt, der Zeuge E. habe dem Vertreter N. der Klägerin gegenüber erwähnt, daß ihm die Beklagte schon den gleichen Stoff angeboten habe. Die Revision übersieht, daß bereits der Zeuge E. unter Eid bekundet hatte, er habe, als ihm das Angebot der Klägerin gemacht worden sei, dem Vertreter N. sofort erklärt, daß es sich dabei um denselben Strichloden handle, den ihm die Beklagte angeboten habe. Diese von der Beklagten in das Wissen des Zeugen N. gestellte Behauptung bedurfte daher keines weiteren Beweises. Sie ist aber auch unerheblich. Wie das Berufungsgericht auf Grund der Aussage des Zeugen E. feststellt, war N. nicht Vertreter der Klägerin, sondern Vertreter der Firma W. in C. Wenn N. der Klägerin den Textilkaufmann E. als Kunden in Kenntnis des Umstandes zuführte, daß die Beklagte E. schon den gleichen Stoff angeboten hatte, so folgt daraus noch nicht, daß N. diesen Umstand der Klägerin mitgeteilt hatte oder daß die Kenntnis N. der Klägerin anzurechnen wäre. Denn § 166 BGB gilt nicht für den Vermittler. Wenn das Berufungsgericht weiter auf Grund der Aussage der Zeugen E. und G. als erwiesen ansieht, daß die Klägerin, als E. später zu ihr nach M. kam, um Strichloden einzukaufen, dessen Kaufangebot mit Rücksicht auf ihre Lieferpflichten gegenüber der Beklagten ablehnte, so hat das Berufungsgericht hieraus ohne erkennbaren Rechtsverstoß gefolgert, der Klägerin könne nicht zur Last gelegt werden, daß sie im Falle E. ihre Verpflichtungen der Beklagten gegenüber verletzt habe, zumal die Klägerin in ihrem Schreiben vom 30. Juni 1951 die Be-

klagte aufgefordert hatte, ihr die Firmen aufzugeben, für die sie einen Kundenschutz anstrebe. Ließ die Beklagte dieses Schreiben unbeantwortet, wie das Berufungsgericht feststellt, so kann sie um so weniger der Klägerin vorwerfen, daß sie im Falle E. die Interessen der Beklagten nicht genügend berücksichtigt habe. Die Klägerin war nicht verpflichtet, in jedem Falle, in dem sie Ware an einen M. Textilhändler verkaufte, diesen zu befragen, ob er Ware von der Beklagten beziehe oder Kunden der Beklagten beliefe, und war auch nicht verpflichtet, ihren Abnehmern die Nichtbelieferung von Kunden der Beklagten zur Pflicht zu machen, deren namentliche Angabe die Beklagte unterlassen hatte.

Wenn die Revision ferner geltend macht, nach der Aussage des Zeugen G. habe E. durch einen früheren Angestellten der Beklagten erfahren, daß die Klägerin der Lieferant der Beklagten sei, so ist hierzu zunächst klarzustellen, daß die Aussage G. dahin lautet, die Firma E. habe durch einen M. Vertreter, der früher bei der Beklagten angestellt gewesen sei, davon Kenntnis erlangt, daß die Klägerin Strichloden herstelle. Im übrigen könnte auch dann, wenn E. erfahren hätte, daß die Klägerin Lieferant der Beklagten sei, aus diesem Umstand nichts gegen die Klägerin hergeleitet werden. Es könnte nur von Bedeutung sein, wenn die Klägerin wußte oder damit rechnen mußte, daß E. Kunde der Beklagten war und wenn sie trotzdem diesem Kunden Strichloden angeboten hätte. Das ist aber gerade nicht behauptet und auch nicht in das Wissen des Zeugen N. gestellt worden.

Dieser Zeuge war von der Beklagten auch dafür benannt worden, daß die Klägerin trotz des zugesicherten Alleinverkaufsrechts Lodenstoff auch anderen Firmen in M. angeboten habe. Dieser Beweisantritt wird von

dem Berufungsgericht als unsubstantiiert angesehen. Dem ist beizutreten, weil der Klägerin nicht verboten war, die Ware in M anzubieten und daher die in das Wissen des Zeugen gestellte Behauptung eine Verletzung des zugesicherten Kundenschlutzes nicht ergibt.

2. Dem Textilgroßhändler Q in L hatte die Beklagte am 6. Juni 1951 10.000 m Strichloden zum Preise von 10,50 DM je Meter verkauft; wie das Berufungsgericht feststellt, unter der Bedingung, daß der Vertreter G, der den Abschluß vermittelt hatte, diesen Strichloden nicht seinen (Q) ständigen Kunden anböte. Gleichzeitig hatte Gerz beim Vertragsschluß erklärt, daß der Lieferant des Strichlodens (also die Klägerin) denselben nicht selbst anböte, und zwar zum Schutze der Beklagten, weil diese einen großen Posten abgenommen habe. Q stellte nach Vertragsabschluß fest, daß seine Lodenkunden diese Ware auch von anderer Seite angeboten erhielten, so von G und einer Firma Sch in D. Ferner stellte er fest, daß eine Firma L in M den Strichloden von der Klägerin selbst bezogen hatte. Auf alle diese Feststellungen hin, hauptsächlich aber deswegen, weil G den Strichloden zu billigeren Preisen vertragswidrig solchen Kunden angeboten hatte, für die Q Kundenschutz beanspruchte, machte Q seinen Vertragsabschluß mit der Beklagten rückgängig; die Beklagte stimmte nach anfänglichem Leugnen von Vertragswidrigkeiten der Vertragsaufhebung fernmündlich zu und bestätigte dies mit Schreiben vom 13. Juni 1951. Q kaufte darauf von der Klägerin 10.000 m Strichloden zum Preise von 9,50 DM je Meter, auf Grund eines Angebots, welches ihm erstmals am 14. Juni 1951 durch einen gewissen Sch, einen früheren Angestellten der Beklagten, unterbreitet worden war. Q hat eidlich bekundet, er habe vor den Rücktritt nichts von dem Angebot der Klägerin gewußt. Die Firma L in

M. hatte, wie das Berufungsgericht feststellt, schon zwei Monate vor dem 6. Juni 1951 Strichloden von der Klägerin bezogen, als diese noch durch keinerlei Zusicherungen an die Beklagte gebunden war.

Die Revision meint, es sei unerheblich, ob Q. seine Bestellung bereits am 13. Juni 1951 wegen der Verstöße des Vertreters G. gegen den Kundenschutz rückgängig gemacht habe. Wenn er mit Loden verlegen war, ihn aber nur von der Beklagten erhalten konnte, würde er nach der Erfahrung des Lebens ihn mindestens dann von der Beklagten bezogen haben, wenn diese für Sicherungen des Kundenschutzes gesorgt hätte. Durch den Verkauf der Klägerin gingen der Beklagten auch die Konfektionäre verloren, die zum Kundenkreis des Q. gehört haben mögen.

Diese Erwägungen können deshalb nicht durchgreifen, weil Q. nach seiner Aussage hauptsächlich deshalb von seinem Verträge mit der Beklagten zurückgetreten ist, weil G. im Namen der Beklagten bei solchen Kunden, die Q. auf Grund früherer Abmachungen mit G. kunden-schutzmäßig zustanden, die Ware zu billigeren Preisen angeboten hatte und bei einem solchen Sachverhalt kein Anhaltspunkt für die Annahme bestand, daß Q. dann trotzdem noch Strichloden von der Beklagten abgenommen haben würde. Es fehlt daher an einer Darlegung dafür, daß die Klägerin durch ihr Angebot an und den Geschäftsabschluß mit Q. in geschäftliche Beziehungen der Beklagten zu Q. störend eingegriffen habe. Die Beklagte hatte unter diesen Umständen auch kein von der Klägerin zu schützender Interesse daran, daß sie Konfektionäre, die zum Kundenkreis des Q. gehörten, mit der Ware unmittelbar beliefe.

3. Schließlich bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe den Beweisvortrag der Beklagten bezüglich ihres ehemaligen Angestellten Sch [REDACTED] unzureichend behandelt. Danach habe sich Sch [REDACTED] im Einvernehmen mit G [REDACTED] der Klägerin als Vertreter angeboten und die Klägerin habe, obwohl sie den Sachverhalt kannte, ihm auch die Vertretung übertragen. Diese Behauptung beinhalte, so meint die Revision, auch, daß die Klägerin Sch [REDACTED] keinerlei Beschränkung in der Ausübung seiner Vertretertätigkeit auferlegt habe.

Nach dem Sachvortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 30. September 1953 war Sch [REDACTED] vor dem Vertragsabschluß der Parteien aus dem Angestelltenverhältnis zur Beklagten ausgeschieden. Er habe aber von Kunden der Beklagten, welche für Strichloden Interesse zeigten, Kenntnis gehabt, jedoch nicht gewußt, wer der Lieferant der Beklagten sei. Einer seiner Kunden sei an ihn herangetreten, um dies zu erfahren. Daraufhin habe Herr Sch [REDACTED] einen früheren Angestellten der Beklagten, F [REDACTED], darüber befragt und von diesem die Anschrift der Klägerin erfahren. Durch den Geschäftsverrat von Sch [REDACTED] und F [REDACTED] hätten die Kunden die Kalkulationsgrundlagen der Beklagten erfahren. Sch [REDACTED] sei dann im Einvernehmen mit G [REDACTED] zu der Klägerin gefahren und habe sich als freiberuflicher Vertreter angeboten. Obwohl die Klägerin den ganzen Sachverhalt gekannt habe, habe sie Sch [REDACTED] die Vertretung übertragen.

Das Berufungsgericht hielt eine Vernehmung der Zeugen Sch [REDACTED] und F [REDACTED] deshalb nicht für erforderlich, weil die Klägerin nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten an dem Geschäftsverrat dieser Angestellten in keiner Weise beteiligt gewesen sei. Darin ist ein verfahrensrechtlicher Verstoß nicht zu erblicken.

Wenn die Revision nunmehr in Ergänzung des Beweis-
antritts geltend macht, die Klägerin habe Sch. durch
Brief vom 22. Juni 1951, der der Beklagten erst nach Ver-
kündung des Berufungsurteils bekannt geworden sei, als
Handelsvertreter zum Besuch der einschlägigen Kundschaft
in Bayern und Württemberg bestellt, ohne ihm die mit Rück-
sicht auf die Beklagte gebotenen Einschränkungen in Bezug
auf M. aufzuerlegen, so handelt es sich hierbei um
einen neuen Sachvortrag. Aus der Urkunde ergibt sich nicht,
daß die Klägerin den Strichloden durch Sch. auch bei
Kunden der Beklagten anbieten ließ. Für die Annahme eines
Verstoßes gegen die Zusicherung der Beklagten würde mehr
erforderlich sein, als aus dem Brief vom 22. Juni 1951
hervorgeht. Da das Berufungsurteil aus einem anderen Grun-
de aufzuheben war, kann dahingestellt bleiben, welche recht-
lichen Folgerungen aus der Vorlage dieses Briefes in der
Revisionsinstanz zu ziehen wären.

Die Beklagte wird dieses Vorbringen nunmehr der Tat-
sacheninstanz unterbreiten können, an die die Sache zurück-
verwiesen werden muß.

III. Der Grund, der zur Aufhebung des Berufungsurteils
und zur Zurückverweisung der Sache führen mußte, liegt in
folgendem:

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe über-
sehen, daß der Lieferungsvertrag gemäß § 138 Abs 1 BGB
wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, der der Klägerin
zur Last falle, nichtig sei. Der Zeuge G., der als Han-
delsvertreter der Beklagten bei dem Vertragsschluß mitge-
wirkt habe, habe den Auftrag der Beklagten vom 6. Juni 1951
in seinem Begleitschreiben vom gleichen Tage an die Klägerin
mit dem Bemerken übermittelt, er habe der Beklagten den
Artikel um 0,50 DM je Meter höher verkauft, als mit der

Klägerin vereinbart gewesen sei, und "absprachegemäß" solle die Klägerin den Unterschied von 0,50 DM je Meter jeweils an Gerz auszahlen. Die Klägerin habe darauf mit ihrem Schreiben vom 12. Juni 1951 an G. diesem nur eine Vergütung von 0,30 DM je Meter bestätigt. Die Revision meint, der Sachverhalt ergebe eindeutig, daß der Beklagten von der Möglichkeit eines billigeren Einkaufs als für 9 DM je Meter und von der Sondervergütung an ihren Handelsvertreter nichts bekannt gewesen sei. Die Benachteiligung der Beklagten im überhöhten Kaufpreis sei offensichtlich.

Das Berufungsgericht hat sich mit dem Schreiben des Vertreters G. an die Klägerin vom 6. Juni 1951 und zum Teil auch mit dem hier in Rede stehenden Inhalt in anderem Zusammenhang befaßt und aus der Mitteilung über die Erzielung eines höheren Kaufpreises gefolgert, die Parteien hätten sich in den vorausgegangenen mündlichen Besprechungen noch nicht einmal über den Preis geeinigt. Dagegen hat das Berufungsgericht nicht erörtert, ob der Klägerin ein Vorwurf zu machen sei, daß sie dem Vertreter G. überhaupt eine Vergütung zugesagt hat. Die Beklagte hat einen solchen Vorwurf in der Tatsacheninstanz nicht erhoben, obwohl die erwähnten Schreiben vom 6. Juni und 12. Juni 1951 von der Klägerin mit Schriftsatz vom 4. November 1953 zu den Akten gereicht worden waren und Gelegenheit zur Einsichtnahme in diese Korrespondenz bis zur Schlußverhandlung am 24. März 1954 bestanden hat.

Es fragt sich daher, ob das Berufungsgericht ohne eine dahingehende Behauptung seitens der Beklagten veranlaßt war, diesem Schreiben sowie dem sonst vorgetragenen Sachverhalt zu entnehmen, daß die Klägerin G. als einen Vertreter der Beklagten hinter dem Rücken der Beklagten eine Vergütung für den Fall des Zustandekommens des Vertrages versprochen hatte. Daß eine solche Behauptung von

Bedeutung hätte sein können, kann nicht zweifelhaft sein. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß Vereinbarungen, welche Angestellte, Bevollmächtigte oder sonstige Vertreter einer Partei im Einverständnis mit dem Vertragsgegner zum eigenen Vorteil hinter dem Rücken des Geschäftsherrn und zu dessen Schaden treffen, nicht nur selbst als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sind, sondern auch das Hauptgeschäft als sittenwidrig erwirkt nach § 138 Abs 1 BGB nichtig machen können (so RGZ 136, 359 [360] m Nachw; vgl auch RGZ 161, 229 [232, 233]). In diesem Zusammenhang hat das Reichsgericht ausgeführt, daß der eigennützige Vertrauensmißbrauch auf der einen, seine Ausnutzung zum Nachteil des Vertragsgegners auf der anderen Seite die Nichtigkeit des so herbeigeführten Vertragsabschlusses nach § 138 Abs 1 BGB begründe. Für den vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob die Nichtigkeit davon abhängig wäre, daß die Zuwendung an den Vertreter des Vertragsgegners sich tatsächlich zu dessen Nachteil ausgewirkt hat, oder ob es genügt, daß die Möglichkeit einer solchen Schädigung bestanden hat und daß die Handelnden sich dessen bewußt gewesen sind. Denn das Schreiben des Zeugen G. an die Klägerin vom 6. Juni 1951 legt die Annahme nahe, daß die Klägerin bereit gewesen wäre, die Ware an die Beklagte zu einem niedrigeren Preise als 9 DM zu verkaufen und daß die Beklagte einen Nachteil dadurch erlitten hat, daß sie in Unkenntnis dieser Bereitwilligkeit durch G. veranlaßt worden ist, den Preis von 9 DM zu zahlen. Es kommt daher darauf an, ob die Klägerin einen Vertrauensmißbrauch ausgenutzt hat.

Dafür, daß G. nur als Vertreter der Beklagten handelte, sprechen folgende in den Vorinstanzen vorgetragene oder durch die Beweisaufnahme hervorgetretene Umstände: G. hat den Auftrag der Beklagten vom 6. Juni 1951 mitunterzeichnet, und zwar unter dem Vordruck "Einkäufer".

Er war nach seiner Aussage in der Zeit vom September 1950 bis Ende Juni 1951 provisionsberechtigter Vertreter der Beklagten und verhandelte bereits seit März 1951 mit der Klägerin wegen eines Vertragsabschlusses auf Lieferung von Strichloden. War G. selbständiger Handelsvertreter, worauf der Briefkopf in seinem Schreiben an die Klägerin vom 14 Juni 1951 (in der Korrespondenzmappe zu Bl 118) hinweist, so hätte er doch, wie auch andere von den Parteien in den Vorinstanzen vorgelegte Schreiben ausweisen und auch aus seiner Aussage hervorgeht, in einer besonders engen Verbindung zu der Beklagten gestanden, so daß er zum Teil auch die Korrespondenz für die Beklagte unterzeichnete. Der dem Berufungsgericht unterbreitete Sachverhalt legte daher die Frage nahe, ob die Klägerin G. als Handelsvertreter der Beklagten in unzulässiger Weise eine Sondervergütung für das Zustandekommen des Kaufvertrages versprochen hat. Das Berufungsgericht hätte dieser Frage nachgehen und die Wirksamkeit des Kaufvertrages unter diesem Gesichtspunkt prüfen müssen.

Da dies nicht geschehen ist, war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zu diesem tatsächlichen Vorgang zu erklären und ihr Vorbringen erforderlichenfalls zu ergänzen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Selowsky

Dr. Delbrück

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Artl