

11

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 46/70

## URTEIL

**Verkündet am**  
9. Juni 1971  
Scheibl,  
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Günther Gustav G [REDACTED]  
in Gr [REDACTED], M [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die O [REDACTED] Ma [REDACTED] Belgium S.A. in B [REDACTED] (Belgien),  
Pathoekeweg 72,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 16. Dezember 1969 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte den Beklagten zum Alleinimporteur für die Bundesrepublik der von ihr in Lizenz hergestellten Motorschlitten des Typs Johnson Snow Cruiser bestellt und sich verpflichtet, keinen anderen Importeur für die Bundesrepublik einzusetzen. Im Winter 1966/67 lieferte die Klägerin dem Beklagten Motorschlitten nebst Zubehör und Ersatzteilen, zuletzt im März 1967. Die Rechnungsbeträge von insgesamt 37 344,64 DM wurden vom Beklagten nicht beglichen.

Die Klägerin hat darauf den Beklagten auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen mit der Klage in Anspruch genommen. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Seine Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das - allerdings wenig klare - Vorbringen des Beklagten im Berufungsrechtszuge, auf das sich anscheinend auch die Revision stützen will, ging dahin, daß er - unbeschadet der von ihm zur Aufrechnung gestellten Forderungen - die Beträge der Rechnungen vom 9. November 1966 (310 083) mit 15 907,12 DM und vom 24. November 1966 (310 407) mit 2 330,88 DM überhaupt nicht geschuldet habe sowie die Beträge der Rechnungen vom 20. Dezember 1966 (320 267) mit 1 073,68 DM, vom 22. Dezember 1966 (320 699) mit 5 763,92 DM und vom 30. März 1967 (DM 1 398) mit 2 579,60 DM nur zur Hälfte. Dementsprechend will er von der Forderung der Klägerin 15 907,12 DM + 2 330,88 DM + 536,84 DM + 2 881,96 DM + 1 289,80 DM = 22 946,60 DM von vornherein abgesetzt haben.

a) Bezüglich der 5 (vgl. Schreiben des Beklagten vom 21. November 1966) oder 6 Motorschlitten aus der Rechnung vom 9. November 1966 und eines weiteren Schlittens (Rechnung vom 24. November 1966) macht der Beklagte geltend, daß diese Schlitten nicht den deutschen TÜV-Bestimmungen entsprochen hätten. Seine Kun-



den hätten aus diesem Grunde gewandelt, und er habe die Schlitten zurücknehmen müssen. Das Berufungsgericht versagt dem Beklagten irgendwelche Rechte aus diesem Sachkomplex deshalb, weil der Beklagte die angeblichen Mängel der Schlitten nicht unverzüglich gerügt habe.

Die Revision meint, daß die Rügepflicht stillschweigend ausgeschlossen gewesen und auch deshalb entfallen sei, weil die Klägerin den Mangel arglistig verschwiegen habe und zudem die gelieferte Ware von der Bestellung so erheblich abgewichen sei, daß die Klägerin die Genehmigung des Käufers habe als ausgeschlossen betrachten müssen (§§ 377 Abs. 5, 378 HGB).

Die Angriffe der Revision müssen schon daran scheitern, daß der Beklagte es zu diesem Punkt an einem ausreichenden Sachvortrag hat fehlen lassen. Der Beklagte hat nicht einmal angegeben, aus welchem Grunde die Schlitten vom TÜV beanstandet wurden. Es ist daher unbekannt, welche Mängel die Schlitten gehabt haben sollen. Nach dem Vortrag des Beklagten hat die Klägerin veranlaßt, daß ein Schlitten dem TÜV zur Verfügung gestellt wurde. Das könnte dafür sprechen, daß die Klägerin die von ihr in Lizenz gebauten Schlitten als technisch einwandfrei angesehen und darauf vertraut hat, die Überprüfung der Schlitten durch den TÜV werde für sie günstig ausfallen. Unter diesen Umständen kommt aber arglistiges Verschweigen des Mangels nicht in Frage. Ebensowenig läßt sich aus der von dem Beklagten behaupteten Tatsache, daß der TÜV den

Schlitten geprüft und beanstandet habe, ein Anhalt dafür gewinnen, daß eine offensichtlich erhebliche Abweichung der gelieferten von den bestellten vorhanden gewesen sei. Der von dem Beklagten vorgetragene Sachverhalt nötigte das Berufungsgericht auch nicht zu einer Prüfung, ob die Rügepflicht des Beklagten abbedungen worden sei. Das Vorbringen des Beklagten lieferte keinerlei Anhalt für eine solche Annahme. Da der Beklagte keine Angaben darüber gemacht hat, ob und wann er der Klägerin gegenüber die angeblichen Mängel der Schlitten gerügt haben will, gelten diese als genehmigt (§ 377 Abs. 1 und 2 HGB). Ansprüche aus Mängelhaftung wegen der 6 oder 7 Schlitten stehen dem Beklagten gegen die Klägerin daher nicht zu.

b) Sein Verlangen, die Rechnungen vom 20. Dezember 1966, 22. Dezember 1966 und 30. März 1967 auf die Hälfte zu kürzen, begründet der Beklagte damit, die Klägerin habe verspätet zu einer Zeit geliefert, als die Saison bereits längst beendet gewesen sei. Er habe daher die Schlitten nur noch zum halben Preise absetzen können. Deshalb brauche er auch der Klägerin nur den halben Preis zu zahlen. Das Vorbringen des Beklagten ist rechtlich mithin so zu verstehen, daß er Verspätungsschaden geltend machen will.

Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß dargelegt hat, steht indes dem Beklagten ein Anspruch auf Verspätungsschaden nicht zu. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft - nach der eigenen Behauptung des Beklagten hat er nur eine

Bestellung im Oktober 1966 aufgegeben - nicht als echtes Fixgeschäft angesehen. Das Landgericht hat dabei zugunsten des Beklagten unterstellt, daß unverzügliche Lieferung vereinbart und Eintreffen der Geräte innerhalb von 8 Tagen in Garmisch-Partenkirchen vorgesehen worden sei. Das reiche aber nicht aus, so meint das Landgericht, um das Geschäft als Fixgeschäft zu kennzeichnen. Diese Würdigung, die das Berufungsgericht sich erkennbar zu eigen gemacht hat, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Der Beklagte hat selbst nicht vorgetragen, die Parteien hätten eine fest bestimmte Zeit oder eine fest bestimmte Frist für die Lieferung der Ware mit der Wirkung vereinbart, daß der ganze Vertrag mit der Einhaltung der vorgesehenen Leistungszeit stehen oder fallen solle. Dagegen spricht entscheidend der Umstand, daß der Beklagte einen erheblichen Teil der bestellten Ware in der Zeit vom 21. Oktober bis 24. November 1966 tatsächlich erhalten und abgenommen hat, obwohl schon damit die Lieferfrist, wenn seinen Angaben gefolgt wird, erheblich überschritten war. Die Klägerin konnte somit nur durch Mahnung mit den noch ausstehenden Lieferungen in Verzug gelangen. Eine Mahnung hat aber der Beklagte nach der rechtsirrtumsfreien Würdigung des Berufungsgerichts nicht einmal schlüssig behauptet. Er hat vielmehr sämtliche Schlitten, darunter auch den letzten erst im März 1967 gelieferten abgenommen und behalten, ohne zunächst daraus Rechte gegenüber der Klägerin herzuleiten.

Die Revision geht bei ihren Rügen von der unrichtigen Annahme aus, daß die erste Lieferung erst Ende 1966 vorgenommen worden sei, während in Wirklichkeit die ersten Schlitten bereits im Oktober 1966 geliefert worden waren. Daß der Beklagte es unterlassen hat, die Klägerin zu mahnen und nach § 326 BGB vorzugehen, als die Klägerin nur schleppend lieferte, geht zu seinen Lasten. Ein Anspruch des Beklagten wegen der Verzögerung der Lieferungen scheidet somit schon aus diesem Grunde aus, so daß es nicht darauf ankommt, ob auch die Hilfsbegründungen des Berufungsgerichts die Abweisung der Klage rechtfertigen könnten. Überdies hat der Beklagte auch nicht hinreichend substantiiert, daß ihm ein Verzugsschaden entstanden sei.

Die Rechnungsbeträge sind somit nicht zu kürzen.

2. Auch die Schadensersatzansprüche des Beklagten, mit denen er gegenüber dem Klageanspruch aufrechnen will, sind vom Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß verneint worden.

a) Erstmals in der am 28. Februar 1969 eingegangenen Berufungsbegründung machte der Beklagte geltend, die Klägerin habe, obwohl die Schlitten nach ihren eigenen Angaben in Belgien hergestellt und montiert wurden, nicht sogenannte DD1-Papiere für die Verzollung der Lieferungen aus den Rechnungen vom 21. Oktober 1966 (300 323) und 6. November 1966 (300 686) mitgesandt. Hierdurch sei dem Beklagten ein Schaden von 1 355,88 DM entstanden, für den die Klägerin eintreten müsse.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen des Beklagten gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Es begründet seine Entscheidung damit, daß der Beklagte im zweiten Rechtszuge keine Gründe vorgebracht habe, die eine Zulassung des neuerlichen Vorbringens rechtfertigen könnten. Darüber hinaus erfordere eine Aufklärung außer der Einholung von Auskünften die Vernehmung einer Anzahl von Zeugen, darunter eines im Ausland ansässigen, so daß ihre Anordnung im Wege der prozeßleitenden Verfügung für den ersten Verhandlungstermin technisch nicht durchführbar und dem Umfang nach im ersten Termin auch nicht tunlich gewesen sei.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht sich zu Unrecht auf § 529 Abs. 2 ZPO bezogen hat, denn der Beklagte rechnet erstmalig im Berufungsrechtszuge mit einer Gegenforderung auf. Deshalb ist nicht § 529 Abs. 2 ZPO, sondern die eine Sonderregelung für die Aufrechnung im Berufungsrechtszuge enthaltende Vorschrift des § 529 Abs. 5 ZPO anzuwenden (RGZ 119, 64, 69). Wie sich aus der Berufungserwiderung ergibt, hat sich die Klägerin ausdrücklich darauf berufen, daß der entsprechende Vortrag des Beklagten verspätet sei, und damit zum Ausdruck gebracht, sie willige nicht in die Zulassung dieser Einwendung ein. Daß das Berufungsgericht die Geltendmachung der Gegenforderung in dem anhängigen Verfahren nicht für sachdienlich gehalten hat, ergibt sich zwingend aus der Begründung, mit der es eine Zulassung dieses Vorbringens abgelehnt hat. Die

Ablehnung der Zulassung der Aufrechnung mit der erwähnten Gegenforderung ist somit im Ergebnis zwar nicht nach § 529 Abs. 2 ZPO, wohl aber nach § 529 Abs. 5 ZPO gerechtfertigt.

b) Da dem Beklagten wegen der ihm mit Rechnung Nr. 310 083 vom 9. November 1966 und Nr. 310 407 vom 24. November 1966 gelieferten Schlitten keine Gewährleistungsansprüche zustehen, entfallen auch die von ihm geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz von Folgeschäden. Dasselbe gilt für die Ansprüche auf Ersatz der Kosten für das Unterstellen und den Rücktransport der Geräte sowie für entgangenen Gewinn.

c) Ebensowenig kann der Beklagte Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Lieferung der in den Rechnungen vom 20. Dezember 1966 (Nr. 320 267), 22. Dezember 1966 (Nr. 320 699) und 30. März 1967 (Nr. DM 1 398) aufgeführten Schlitten geltend machen, weil er die Klägerin nicht in Verzug gesetzt und die Lieferungen angenommen hat. Damit entfallen auch insoweit Ansprüche auf entgangenen Gewinn, ferner auf Ersatz von Reparaturen und auf Erstattung von Reisekosten sowie von Fernschreibergebühren und Porti.

d) Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht auch die Ansprüche für unbegründet gehalten, die der Beklagte daraus herleiten will, daß ihm die Klägerin in Verletzung seiner Rechte als Alleinimporteur schädliche Konkurrenz gemacht habe. Dabei kann zugunsten des Beklagten unterstellt werden, daß die von der Klägerin unter der Bezeichnung

"Evinrude" in den Verkehr gebrachten Motorschlitten in der gesamten Konstruktion und allen Einzelheiten mit den Johnson-Schlitten völlig übereinstimmten. War dies aber der Fall, so läßt sich nicht verneinen, daß die Klägerin durch die Lieferung von "Evinrude"-Motorschlitten in die Bundesrepublik das Alleinimportrecht des Beklagten verletzt hat.

Dieser hat indes nicht schlüssig dargetan, daß ihm hierdurch Schaden zugefügt worden sei, den die Klägerin ihm ersetzen müsse. Nach seinem Vortrag hat die Klägerin den Evinrude-Schlitten erst einige Monate nach Abschluß des Vertrages mit dem Beklagten auf den Markt in der Bundesrepublik gebracht. Der Beklagte hat aber auf Grund des Alleinimportvertrages, wie er selbst vorträgt, nur einmal, und zwar im Oktober 1966, eine Bestellung bei der Klägerin aufgegeben. Es besteht kein Anhalt für die Annahme, und es sind vom Beklagten auch keinerlei Tatsachen dafür vorgetragen worden, daß er eine größere Menge Motorschlitten hätte gewinnbringend verkaufen können, wenn die Klägerin ihm nicht später die unzulässige Konkurrenz gemacht hätte.

Nach Lage der Sache ist überdies die Klägerin an den Alleinimportvertrag nicht mehr gebunden gewesen, weil er infolge des Zahlungsverzugs des Beklagten faktisch aufgelöst worden war.

Der Betrag von 5000 DM, der vom Beklagten als entgangener Gewinn verlangt wird, ist zudem nicht näher belegt. Der Hinweis auf § 252 BGB kann die Substantiierung des Schadens nicht ersetzen, denn es ist

nicht dargetan, daß dem Beklagten nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen deshalb ein Gewinn entgangen ist, weil die Klägerin ihm mit dem Evinrude-Schlitten unzulässige Konkurrenz machte. Dabei ist insbesondere sein eigenes Vorbringen von Bedeutung, daß schon im Dezember 1966 und erst recht in der Folgezeit ein gewinnbringender Verkauf der Motorschlitten nicht mehr möglich gewesen sei.

Soweit der Beklagte wegen der Verletzung des Konkurrenzverbots weitere 12 617 DM Schadensersatz begehrt, weil er für 1 617 DM wertlos gewordene Prospekte habe drucken lassen und für ihn nicht mehr verwendbare Transportanhänger für 11 000 DM angeschafft habe, steht seinem Anspruch seine eigene Vertragsuntreue entgegen. Er hat unstreitig keinerlei Zahlungen an die Klägerin geleistet, obwohl seine Einwendungen gegen die Rechnungen der Klägerin durchweg unbegründet sind. Die Klägerin hätte daher schon wegen dieses Verhaltens des Beklagten ihn nicht mehr zu beliefern brauchen. Der Beklagte, der zuerst vertragsuntreu wurde, hatte zu diesem Zeitpunkte die Beträge, die er von der Klägerin erstattet haben will, bereits aufgewendet. Er kann aber die Klägerin nicht auf Ersatz des Schadens in Anspruch nehmen, der letzten Endes auf seine eigene Vertragsuntreue zurückzuführen ist.

Dem Beklagten stehen somit keine Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin zu, mit denen er gegenüber der Klageforderung aufrechnen könnte.

Daher muß die Revision zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann