

BUNDESGERICHTSHOF 2097 083**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 47/64**URTEIL****Verkündet am**23. Februar 1966
Klett, Justiz-
obersekretär**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle****in dem Rechtsstreit**

der Firma Jalousienfabrik C[REDACTED] KG, vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Georg C[REDACTED], in O[REDACTED]-
[REDACTED] (M[REDACTED]), Ch[REDACTED]-P[REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,**- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -****gegen**

den Kaufmann Wilhelm Ma[REDACTED] in Cl[REDACTED]-Z[REDACTED], Ba[REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,**- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -**

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 10. Januar 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Jalousienfabrik, trat im Herbst 1961 durch Vermittlung des Klägers in Geschäftsverbindung mit der englischen Firma S■■■■, Ve■■■■ Vo■■■■ Limited in Sl■■■■, E■■■■ (künftig: VV), um von dieser Firma Material für die Herstellung von S■■■■-Jalousien zu beziehen. Der Kläger war Repräsentant der VV für Deutschland und unterhielt auch ein Warenlager in S■■■■-Artikeln. Es wurde bei den Verhandlungen mit der VV vorgesehen, daß die Beklagte S■■■■-Jalousien herstellen und unter Verwendung des für die VV geschützten Warenzeichens S■■■■ ausschließlich in einem bestimmten Gebiet der Bundesrepublik vertreiben sollte. Hierfür stellte die VV der Beklagten ihre laufende Unterstützung in Aussicht. In der Folgezeit bezog die Beklagte Waren unmittelbar von der VV, aber auch aus dem Auslieferungslager des Klägers. Die Parteien streiten darüber, ob über die bei dem Kläger bestellten Waren, die aus dem Auslieferungslager geliefert wurden, jeweils Lieferungsverträge mit dem im eigenen Namen handelnden Kläger geschlossen wurden.

In einem Schreiben vom 29. November 1961 schlug die VV der Beklagten vor, alle Bestellungen an den Kläger zu senden, der die nötigen Maßnahmen treffen werde. Mitte Januar 1962 übersandte der Kläger der Beklagten eine auf eigenem Firmenbogen geschriebene "Preisliste Nr. [REDACTED] S [REDACTED]-Auslieferungslager". Die Preisliste schließt mit folgendem Vermerk: "Obige Preise gelten ab Lager Cl [REDACTED]-Z [REDACTED] zu meinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen. Preisänderungen können ohne vorherige Bekanntgabe erfolgen." Unmittelbar darauf stellte der Kläger der Beklagten Lieferungen von Jalousien-Zubehörteilen aus dem Auslieferungslager als eigene Lieferungen in Rechnung.

Unter dem 9. Februar 1962 schrieb die Beklagte an die VV in einem längeren Schreiben, die gesamten (mit VV vereinbarten) Lieferungs- und Zahlungsbedingungen gälten auch für die Lieferungen ab Lager Cl [REDACTED]-Z [REDACTED], das ein Lager der VV sei. Wie ihr Mat [REDACTED] (Geschäftsleiter der VV in E [REDACTED]) erklärt habe, seien die Bedingungen von der VV und nicht von dem Kläger zu bestimmen. Einen Durchschlag dieses Schreibens erhielt der Kläger. Er erwiderte darauf mit Schreiben an die Beklagte vom 12. Februar 1962, das Lager Cl [REDACTED] sei nicht schlechthin ein Auslieferungslager, er trete aus besonderen Gründen als Grossist auf und berechne der Beklagten, wie sie aus der Preisliste ansehen könne, genau dieselben Preise wie für direkte Bezüge der Beklagten aus England. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Ich bin selbst natürlich daran interessiert, meinen Kunden möglichst niedrige Preise zu berechnen und werde selbstverständlich versuchen, einen entsprechenden Einkaufspreis bei Ve [REDACTED] Vo [REDACTED] zu erreichen, der mir gestatten würde, Ihnen beispielsweise ... zu berechnen. ...

Was die Zahlungsbedingungen anbetrifft, so gilt ab Lager Cl [REDACTED]-Z [REDACTED]: 30 Tage nach Erhalt der Rechnung bzw. der Ware netto. Wenn Ihnen seitens



19

Ve[redacted] Vo[redacted] ein Zahlungsziel von 60 Tagen netto eingeräumt ist, so gilt das für Warenlieferungen aus England, Dänemark und Holland, wo es vorkommen kann, daß die Waren erst Wochen nach Rechnungsdatum eintreffen. Anliegend sende ich Ihnen noch einige Stücke der Ihnen bereits bekannten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen. Ich bitte Sie, 1 Stück davon, auf dem Sie Ihr Einverständnis mit diesen Bedingungen erklären, an mich zurückzusenden."

Die Beklagte unterließ die erbetene Einverständniserklärung durch Rücksendung eines Stückes der Bedingungen mit einem entsprechenden Vermerk. Sie will dem Kläger sogar mitgeteilt haben, und zwar durch Rücksendung eines Stückes der Lieferungsbedingungen mit dem Vermerk "nicht einverstanden", daß sie sich seinen Lieferungsbedingungen nicht unterwerfe.

Der Kläger erteilte der Beklagten eigene Auftragsbestätigungen über Bestellungen, die er aus dem Auslandslieferungslager ausführte, und eigene Rechnungen über diese Lieferungen. Nebenher erhielt die Beklagte Lieferungen der VV, die von dieser Firma der Beklagten in Rechnung gestellt wurden.

Ende März 1962 bezahlte die Beklagte die Rechnung des Klägers vom 23. Januar 1962 über 2 667,50 DM und Mitte April 1962 dessen Rechnung vom 18. Januar 1962 über 1 645,81 DM. Mit Schreiben vom 16. April 1962 machte der Kläger die Beklagte darauf aufmerksam, daß sie drei frühere Rechnungen vom 18. Januar 1962 über 3 500,97 DM, 1 563,10 DM und 903,25 DM noch nicht bezahlt habe, und forderte Zahlung auch dieser Beträge. In der Auftragsbestätigung des Klägers vom 18. April 1962 über 1000 m Leiterschnüre zum Preise von 198 DM heißt es:

"Hiermit bestätige ich dankend den mir telefonisch erteilten Auftrag vom heutigen Tage, den ich zu meinen Ihnen bekannten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen ausführen werde.

Anlage

Verkaufs- und Lieferungsbedingungen."

Anfang Mai 1962 zahlte die Beklagte weitere 2 466,36 DM an den Kläger. Daneben leistete sie auch Zahlungen an die VV. Unter dem 15. Mai 1962 schrieb die VV an die Beklagte:

"...

In diesem Zusammenhang möchten wir Ihnen mitteilen, daß wir Ihnen Waren in Höhe von etwa DM 40 000 und Herr W. Ma (Kläger) für etwa DM 15 000 lieferten.

...

Wir werden Herrn Mast nochmals darauf hinweisen, daß die Lieferbedingungen von Ve () 70 () auch ab Auslieferungslager gelten. Wir sind jedoch von Herrn Ma () unterrichtet worden, daß trotz unserer vereinbarten Zahlungsbedingungen von 30 Tagen plus Lieferzeit (die ab Auslieferungslager noch kürzer ist) mehrere überfällige Rechnungen ausstehend sind. Sollten Sie anderer Meinung sein, so bitten wir Sie um Übersendung einer Aufstellung mit den Daten der Fakturen bzw. wann Sie die Waren erhalten haben. Falls sich daraus ergeben sollte, daß Sie Herrn Ma () Rechnungen eher beglichen haben als es nach unseren Vereinbarungen erforderlich wäre, dann würden wir Herrn Ma () bitten, Ihnen einen längeren Kredit für die nächsten Warenlieferungen zu gewähren."

Die Beklagte leistete Anfang Juli 1962 eine weitere Zahlung an den Kläger in Höhe von 3 601,67 DM. Dieser verlangt mit der im November 1962 eingeleiteten Klage für seine Lieferungen gemäß Rechnungen vom 18. Januar bis 13. Juni 1962 unter Abzug der erwähnten Teilzahlungen und von zwei Gutschriften den Restbetrag von 9 282,66 DM nebst Zinsen von zum Teil höheren Teilbeträgen.

Die Beklagte hat die in dem vorgelegten Kontoauszug aufgeführten Rechnungsbeträge nicht bestritten, vertritt jedoch den Standpunkt, der Kläger sei hinsichtlich dieser Lieferungen aus dem Lager Cl () nicht ihr Vertragspartner.

Die VV hat dem Kläger im Laufe des Rechtsstreits bestätigt, daß ihm der eingeklagte Betrag ausschließlich zustehe.

Die Beklagte hat ferner vorgetragen, ihr stünden aus fehlerhaften Lieferungen vom Auslieferungslager Regreßansprüche in Höhe von etwa 13 800 DM zu, die sie für Fahrkosten, Löhne, Gehälter und Ersatzbeschaffungen geltend mache. Die Ansprüche bezögen sich vor allem auf fehlerhaft gelieferte 12 Motore und ca. 700 Stück Jalousien-Lager.

Der Kläger hat die behaupteten Ersatzansprüche bestritten. Er habe 700 Jalousien-Lager überhaupt nicht geliefert. Außerdem fehle jede Substantiierung der behaupteten Gegenansprüche.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Im Berufungsverfahren hat sie eine weitere Schadensersatzforderung aus ihren Rechtsbeziehungen zur VV zur Aufrechnung gestellt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt sie die Abweisung der Klage, während der Kläger die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Der Kläger hat, wie das Berufungsgericht feststellt, der Beklagten unmißverständlich zu erkennen gegeben, daß er die Lieferungen aus dem Lager Cl [REDACTED]-Z [REDACTED] für eigene Rechnung ausführen wolle. Er habe, so legt das Berufungs-

gericht dar, für die hier in Frage stehenden Bestellungen der Beklagten Auftragsbestätigungen zugehen lassen und diesen seine eigenen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen beigelegt, aus denen eindeutig hervorgehe, daß er die Waren für eigene Rechnung verkaufen wollte. Auch die geschäftliche Korrespondenz habe der Kläger mit der Beklagten unter seiner Firma und nicht im Auftrage der VV geführt. Er habe die Beklagte auch mehrfach schriftlich und telefonisch zur Bezahlung seiner Rechnungen aufgefordert. Auch die VV habe im Schriftwechsel mit der Beklagten erkennbar zwischen Rechnungen unterschieden, die an die VV und an den Kläger zu bezahlen seien. Hiernach habe für die Beklagte kein Zweifel daran bestehen können, daß der Kläger die ab Cl [REDACTED]-Z [REDACTED] zu liefernden Waren für eigene Rechnung unter Zugrundelegung seiner Verkaufs- und Lieferungsbedingungen habe verkaufen wollen. Die Beklagte habe beim Kläger weiter bestellt, ohne für ihn erkennbar einem Vertragsverhältnis mit ihm zu widersprechen. Sie habe ihm gegenüber auch der Anwendung seiner Verkaufsbedingungen nicht widersprochen. Dadurch, daß sie sich mehrfach an die VV gewandt und dieser Firma erklärt habe, nur deren Lieferungsbedingungen seien vereinbart und auch für die Lieferungen ab Cl [REDACTED]-Z [REDACTED] maßgebend, habe sie dem Kläger gegenüber nicht wirksam widersprochen. Da dieser die Verträge unter Zugrundelegung seiner Verkaufsbedingungen abschließen wollte, hätte die Beklagte ihren Widerspruch an den Kläger richten müssen. Dieser habe zwar dem ihm übersandten Durchschlag des Schreibens vom 9. Februar 1962 entnehmen können und auch erkannt, daß die Beklagte nicht mit der Einbeziehung seiner Verkaufs- und Lieferungsbedingungen einverstanden war. Nachdem er aber der Beklagten mit Schreiben vom 12. Februar 1962 ausführlich dargelegt habe, daß er alle Lieferungen ab Cl [REDACTED]-Z [REDACTED] als selbständiger Lieferant ausführen und deshalb die jeweiligen Kaufverträge

in eigenem Namen, für eigene Rechnung und unter Zugrundelegung seiner eigenen Verkaufsbedingungen abschließen wolle, habe er annehmen dürfen, die Beklagte billige nunmehr die Anwendung seiner Lieferbedingungen; denn sie habe ohne weiteren Widerspruch ihre Bestellungen beim Kläger aufgegeben und auf seine Mahnungen hin ab April 1962 auch Teilzahlungen auf diese Lieferungen geleistet. Zwar behaupte die Beklagte, sie habe dem Kläger am 20. Februar 1962 ein Stück seiner Verkaufs- und Lieferungsbedingungen mit dem Vermerk "nicht einverstanden" wieder zurückgeschickt. Aufgrund des Ergebnisses der im ersten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme liege jedoch kein ausreichender Anhaltspunkt dafür vor, daß der Kläger das von der Beklagten an ihn abgeschickte Formular erhalten hat.

2. Demgegenüber rügt die Revision vergeblich, das Berufungsgericht habe bei der Würdigung des Streitstoffes wesentliches Vorbringen der Beklagten außer acht gelassen.

a) Die Revision überreicht eine gedruckte Preisliste S. [REDACTED] Nr. [REDACTED], in der die Beklagte als Alleinhersteller für Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saargebiet vermerkt ist, sowie die Kopie eines Rundschreibens des Klägers an alle S. [REDACTED]-Hersteller vom 16. Januar 1962 und behauptet, der Kläger habe mit diesem Schreiben eine neue Preisliste der VV vom Januar 1962 versandt und nicht die im ersten Rechtszuge überreichte Preisliste Nr. [REDACTED] S. [REDACTED]-Auslieferungslager. Zu Unrecht sei deshalb in den Vorinstanzen angenommen worden, das vom Kläger im ersten Rechtszug in Fotokopie überreichte Schreiben der Beklagten vom 17. Januar 1962, mit dem sie den Eingang der neuen Preisliste bestätigte, beziehe sich auf die Preisliste des Klägers. Mit diesem neuen Vorbringen kann die Beklagte nicht gehört werden. Denn ihre hierfür angebrachte Rüge aus § 139 ZPO ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hatte nach Lage der Sache keine Veranlassung, den Sachverhalt in dieser Beziehung weiter aufzuklären oder eine Stellungnahme der Beklagten hierzu anzuregen. Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe mit der Annahme, die Beklagte habe mit dem Schreiben vom 17. Januar 1962 eine Preisliste des Klägers gemeint und bestätigt, die Beklagte überrascht, ist durch den Gang des Prozeßverfahrens nicht gerechtfertigt. Denn der Kläger hatte ausdrücklich vorgetragen, daß die Beklagte mit dem Schreiben vom 17. Januar 1962 den Empfang seiner Preisliste bestätigt habe, ohne daß die Beklagte diesem Vorbringen entgegengetreten ist. Der Kläger verweist zwar in seinem Schreiben an die Beklagte vom 12. Februar 1962 auf eine inzwischen von ihm fertiggestellte Preisliste für die Waren, welche aus dem Auslieferungslager geliefert werden können, und bemerkt dazu, die Beklagte könne aus dieser Liste, die er dem Schreiben beifüge, entnehmen, daß er ihr genau dieselben Preise berechne, wie wenn sie die Ware aus England beziehen würde. Auch dieses Schreiben schließt jedoch nicht aus, daß die Beklagte eine Preisliste des Klägers Nr. [REDACTED] schon im Januar 1962 erhalten hatte. Deshalb muß für die Revisionsinstanz insoweit von den Feststellungen des Berufungsgerichts ausgegangen werden, zumal in dem Tatbestand des Berufungsurteil (offenbar als unstreitig) festgestellt ist, daß der Kläger seine Preisliste mit dem besonderen Hinweis auf seine Verkaufs- und Lieferungsbedingungen mit Schreiben vom 16. Januar 1962 an die Beklagte geschickt hat. Eine Berichtigung dieses Tatbestandes hatte die Beklagte nicht beantragt.

b) Die Revision vertritt ferner die Auffassung, der Kläger habe gewußt, daß zwischen der VV und der Beklagten aufgrund der Verhandlungen im Herbst 1961 ein Vertretervertrag abgeschlossen werden sollte. Aus diesem Grunde habe er gar nicht versuchen dürfen, eigene Rechte gegen die Ee-

klagte zu begründen. Dies habe das Berufungsgericht verkannt.

Die Rüge greift nicht durch. Sie scheitert schon daran, daß die VV sich mindestens nachträglich mit dem Verhalten des Klägers einverstanden erklärt hat. Deshalb kann die Beklagte auch nicht mit der Behauptung durchdringen, der Kläger habe sich durch sein Verhalten in Widerspruch gesetzt zu den Vertragsbeziehungen, die zwischen ihm und der VV bestanden. Soweit aber die Beklagte mit dieser Rüge geltend machen will, sie habe ihren Widerspruch gegen unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen ihr und dem Kläger nicht diesem gegenüber zu erklären brauchen, scheitert die Rüge daran, daß ein solcher Widerspruch nach den rechtlich einwandfreien Darlegungen des Berufungsgerichts erforderlich war, wenn sich die Beklagte dem Verlangen des Klägers nicht fügen wollte.

c) Nach Ansicht der Revision habe die VV in ihrem Schreiben an die Beklagte vom 28. März 1962 Zahlungen der Beklagten an den Kläger als "eigene Zahlungen" behandelt, indem die VV Zahlungen an den Kläger für sich akzeptiert habe. Das sei vom Berufungsgericht überhaupt nicht gewürdigt worden.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Denn das Berufungsgericht bezieht sich ausdrücklich auf den vorgelegten Schriftwechsel der VV mit der Beklagten und entnimmt ihm, daß die VV erkennbar zwischen Rechnungen unterschieden habe, die von der Beklagten an die VV und solchen, die von der Beklagten an den Kläger zu bezahlen seien. Dieser Würdigung steht das Schreiben vom 28. März 1962 nicht entgegen. Abgesehen davon hat das Berufungsgericht auch nicht nur darauf abgestellt, daß die Beklagte Rechnungen des Klägers an diesen bezahlt hat,

sondern darauf, daß der Kläger für die Beklagte erkennbar alle Aufträge, die aus dem Auslieferungslager ausgeführt wurden, mit eigenen Auftragsbestätigungen beantwortet hat und daß die Beklagte ohne Widerspruch gegen diese Auftragsbestätigungen und gegen die entsprechenden Rechnungen die gelieferten Waren entgegengenommen hat. Wenn in diesem Zusammenhang von dem Berufungsgericht auch erwähnt ist, daß die Beklagte Zahlungen an den Kläger für Rechnungen geleistet hat, die er für eigene Lieferungen angemahnt hatte, so steht auch dieser Hinweis in keinem Widerspruch zu den vom der Revision angeführten Schreiben vom 28. März 1962. Das Berufungsgericht brauchte daher aus diesem Schreiben keine Schlüsse zugunsten der Beklagten zu ziehen.

d) Im Schreiben an die VV vom 7. Mai 1962 hat die Beklagte zwar ausdrücklich erklärt, sie wolle auf keinen Fall mit dem Kläger eigene Geschäfte machen, und verlangt, die VV solle den Kläger darauf aufmerksam machen. Es fehlt jedoch an einer Feststellung, daß der Kläger daraufhin von der VV von diesem Verlangen der Beklagten unterrichtet worden sei. Das Berufungsgericht brauchte insoweit auch den Sachverhalt nicht weiter aufzuklären. Daß es das Schreiben vom 7. Mai 1962 übersehen habe, ist nicht anzunehmen; es würdigt die vorgelegte Korrespondenz auch insoweit dahin, daß die Beklagte dem Kläger gegenüber einen Widerspruch gegen unmittelbare Vertragsbeziehungen mit ihm hätte zum Ausdruck bringen müssen. Die Schreiben der Beklagten an die VV vom 10. Mai 1962 und der VV an die Beklagte vom 15. Mai 1962, auf die sich die Revision in diesem Zusammenhang bezieht, stehen der Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht ebenfalls nicht zwingend entgegen. Die Rüge der Revision, der Kläger habe sich zu diesen Schreiben nicht erklärt, insbesondere nicht dahin, daß er von der VV nicht entsprechend unterrichtet worden sei, ist unbegründet. Es hätte vielmehr eines ausdrücklichen Vor-

bringens der Beklagten in der Richtung bedurft, daß der Kläger hiervon Kenntnis erhalten habe, bevor die Lieferungen vom 14. Mai, 6. Juni und 13. Juni von ihm als eigene Lieferungen bestätigt und ausgeführt wurden.

e) Auch die weiteren Ausführungen der Revision enthalten keinen zulässigen Angriff gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß hinsichtlich der der Klageforderung zugrundeliegenden Rechnungsbeträge Lieferungsverträge zwischen dem Kläger und dem Beklagten zustandegekommen sind.

3. Rechtlich unbeachtlich sind die Beanstandungen der Revision zur Höhe der eingeklagten Forderungen. Sie trägt mit einer Rüge aus § 139 ZPO neu vor, die Beklagte habe bei mehreren Rechnungen des Klägers die Preise beanstandet, weil sie nicht nach den Preislisten der VV berechnet worden seien. Außerdem seien vom Kläger Retouren nicht gutgebracht worden. Auf dieses neue Vorbringen kann deshalb nicht weiter eingegangen werden, weil die gesetzlichen Voraussetzungen der Rüge nach § 139 ZPO nicht vorliegen.

4. Schließlich beanstandet die Revision ebenfalls ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung mit der in der Widerspruchsschrift der Beklagten vom 15. November 1962 bezifferten Schadensersatzforderung abgelehnt hat. Diese Gegenforderung war bereits im Urteil des Landgerichts wegen fehlender Substantiierung für unbegründet erachtet worden. Es mag zwar sein, daß sie im zweiten Rechtszuge nicht fallen gelassen wurde, wie die Revision geltend macht. Darauf kommt es aber deshalb nicht an, weil die Beklagte es versäumt hat, die fehlende Substantiierung nachzuholen und auch insoweit die Rüge aus § 139 ZPO nicht gerechtfertigt ist.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner dagegen, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung mit Forderungen abgelehnt hat, die die Beklagte erst im zweiten Rechtszuge neu vorgetragen hat. Denn die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe hiermit ersichtlich Ansprüche aus ihrem Rechtsverhältnis mit der VV zur Aufrechnung gestellt, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auch insoweit fehlt es zudem an der erforderlichen Substantiierung dieser Ansprüche. Was die Revision dazu mit der Revisionsbegründung neu vorträgt, kann nicht berücksichtigt werden, weil die Voraussetzungen ihrer Rüge aus § 139 ZPO nicht gegeben sind.

5. Demnach war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner