

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2135 090

HGB §§ 354, 383, 384, 396; MilRegG 53 Art. VII;
RdErl Außenwirtschaft Nr. 56/51 v. 15. Dezember 1951,
BANz Nr. 244 v. 18. Dezember 1951, Nr. 11 a Abs. 1, g,
15 a, f

- a) Nichtigkeit des Kommissionsvertrages nach Gesetz Nr. 53;
gesetzeswidrige Weisungen des Kommissionärs.
- b) Auch bei Nichtigkeit des Provisionsversprechens kann
dem Kommissionär als Vergütung für erlaubte Tätigkeit
die Provision kraft Gesetzes (§ 354 HGB) zustehen.

BGH Urt. v. 28. September 1961 - II ZR 186/59 - OLG Frankfurt
(Darmstadt)
LG Darmstadt

Verkündet
am 28. September 1961
Heil, Justizassistent
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Willi Rudolf F [REDACTED],
G [REDACTED], Post M [REDACTED]/Odw.,
Beklagten, Widerklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Peter G [REDACTED], B [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. September 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr und Liesecke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main - Zivilsenat in
Darmstadt - vom 11. Juni 1959 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1952/53 beabsichtigte der damals in Agno (Schweiz) wohnende Beklagte, japanische Schiffsbleche an Abnehmer in Deutschland zu verkaufen. Um die Einfuhr zu ermöglichen, schaltete er die Klägerin ein. Er vereinbarte mit ihr, daß sie die Genehmigung für die Einfuhr einer größeren Menge Schiffsbleche erwirken und für die einzelnen Geschäfte des Beklagten zur Verfügung stellen sollte. Die Klägerin sollte als Kommissionärin nach beiden Seiten auftreten dürfen und von der Verkäuferseite 2 % Provision erhalten. Bei seinen Verhandlungen und Abmachungen mit der Klägerin bediente sich der Beklagte der Geschäftsbezeichnung "H [REDACTED] Industrial Co, Ltd., Tokio [künftig abgekürzt H [REDACTED] 7, European Office W.R. F [REDACTED] Ing. V.D.I., Agno (Tessin) Schweiz", auch noch im Jahre 1953, obwohl ab 1. Januar 1953 seine Geschäftsbeziehungen zu dieser Firma beendet waren.

Unter der genannten Bezeichnung wurde der Bundesstelle für den Warenverkehr eine "T [REDACTED], den 1. November 1952" datierte Festofferte vorgelegt, die von H [REDACTED] und Dr. K [REDACTED] unterzeichnet war (H [REDACTED] war für den Beklagten tätig; K [REDACTED] war der Inhaber der Klägerin). Nach Ausschreibung im Bundesanzeiger Nr. 5 vom 9. Januar 1953 erteilte die Bundesstelle im Festofferte-Verfahren der Klägerin am 19. Januar 1953 die bis 19. Februar 1953 gültige Einfuhrermächtigung (EE.) Nr. I/09 für Grobbleche bis zu einem Gegenwert von 2 102.000 DM unter der Auflage, innerhalb von 14 Tagen die japanische Exportlizenz nachzuweisen. Der Beklagte beschaffte die japanische Exportlizenz Nr. PRO-1-3-10788 vom 26. Januar 1953 und stellte unter dem 26. Januar 1953 eine an die Klägerin gerichtete Pro-Forma-Rechnung über 4000 t zum Preise von 2 102 000 DM, zahlbar gegen Dokumente, zwecks Verwendung bei den deutschen Bundesbehörden aus. Die Klägerin



bestätigte den Kauf unter dem 30. Januar 1953 und erhielt auf ihren am 6. Februar 1953 über die Bundesstelle gestellten Antrag unter dem 11. Februar 1953 von der Landeszentralbank Bremen eine entsprechende Einfuhr- und Zahlungsbewilligung (EZB), die über die Außenhandelsbank M [REDACTED] & W [REDACTED], Bremen, abzuwickeln war.

Unter Ausnutzung der EZB kaufte u.a. die Schiffswerft D.W. K [REDACTED] Sohn in Elmshorn am 2. März 1953 von H [REDACTED] "z. Hd. von Herrn Dipl.Ing. C.Th. Rudolf H [REDACTED], Bremen" ca. 400 t zum Preis von 609,70 DM pro t. Der Kauf wurde von dem Beklagten unter der angegebenen Geschäftsbezeichnung am 15. März 1953 bestätigt. Der von der Schleswig-Holsteinischen und Westbank an die Außenhandelsbank erteilte Auftrag zur Akkreditiv-Eröffnung bei The S [REDACTED] Bank, Tokio, der zunächst (23. März 1953) auf H [REDACTED] lautete, wurde später (7. April 1953) zu Gunsten der Firma, die die vom Beklagten verwendete Geschäftsbezeichnung enthielt, abgeändert. Letzterer sollte der nach Bezahlung der Ware verbleibende Restbetrag aus dem Akkreditiv zur Verfügung gestellt werden. Die vom Beklagten unter der angegebenen Geschäftsbezeichnung am 25. Mai 1953 an die K [REDACTED]-Werft gerichtete Invoice über einen Rechnungsbetrag von 60 957,76 Dollar enthielt u.a. den Hinweis auf die Klägerin als Import-Kommissionär, auf die Import-Lizenz I/09 und auf eine japanische Export-Lizenz No. Pro-I-3-13727. Japanischer Lieferant der Ware ist nicht die Firma H [REDACTED], sondern die Firma T. Y [REDACTED] & Co. in Osaka (Invoice vom 25. Mai 1953 über einen Rechnungsbetrag von 51.719,20 Dollar unter Hinweis auf die letztgenannte Export-Licence-No; in der Invoice ist der Beklagte persönlich als Auftraggeber bezeichnet). Bei der Außenhandelsbank ist aus dem von der Schiffswerft Kremer erlegten Kaufpreis eine Akkreditivspitze von 14 883,48 DM verblieben; der Betrag ist bei der Gerichtskasse Bremen hinterlegt.

Die Klägerin hat ihre von dem Verkäufer zu zahlende Provision mit 4 349,58 DM berechnet. Sie hat ihre Klage zunächst gegen H. [REDACTED] erhoben. Als der dieser Firma als Nebenintervenient beigetretene Beklagte einwandte, er habe für H. [REDACTED] keine Vollmacht gehabt, hat sie ihn als Partei auf Schadensersatz nach § 179 BGB in Höhe ihrer Provision nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Beklagte hat erklärt, zwar den eingeklagten Betrag zu schulden; er hat jedoch mit Gegenforderungen auf Schadensersatz aufgerechnet, da die Klägerin es vertragswidrig unterlassen habe, die EE und EZB für von ihm zu erbringende Geschäfte zur Verfügung zu stellen, weshalb er nicht nur erhebliche Unkosten vergeblich aufgewandt habe, sondern auch einen großen Verdienstausschlag erlitten habe. Die Klägerin hat die Gegenforderung bestritten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte seine Aufrechnung aufrechterhalten und widerklagend einen Betrag von 2 000 DM nebst Zinsen als Teilbetrag seines Schadens gefordert. Die Klägerin hat sich nunmehr dem Vorbringen des Beklagten, daß er als Kommittent ihr Vertragsgegner sei, angeschlossen und die Klagesumme auf Grund des mit ihm abgeschlossenen Kommissionsvertrags beansprucht. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und (in den Urteilsgründen) die als sachdienlich zugelassene Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag und seinen Antrag aus der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klageforderung hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Forderung sei nach dem jetzt übereinstimmenden

Parteivorbringen aus Kommissionsvertrag begründet. Denn die Klägerin sei nunmehr der Darstellung des Beklagten auch insoweit gefolgt, daß sie einräume, jedenfalls bei den Verhandlungen über den Inhalt des Akkreditivs den Beklagten als ihren Kontrahenten betrachtet und den Willen gehabt zu haben, mit diesem in eigener Person abzuschließen. Abgesehen davon, daß die jetzigen Behauptungen der Klägerin schon deshalb einleuchteten, weil es offensichtlich der Sinn der Neufassung der Bestimmungen im Akkreditiv gewesen sei, dem Beklagten persönlich die Verfügungsmacht darüber zu verschaffen, und die Klägerin Anlaß genug gehabt habe, sich ihn dann auch persönlich für ihre Provision zu verpflichten, enthebe der Grundsatz der Verhandlungsmaxime das Gericht der Nachprüfung des übereinstimmenden und die Klageforderung begründenden Vortrages der Parteien. Die Klageänderung werde als sachdienlich zugelassen.

Die Revision hat insoweit keine Rüge erhoben.

Der nunmehr unbestrittene Sachverhalt läßt jedoch die Klageforderung aus Kommissionsvertrag nicht als begründet erscheinen. Das Berufungsgericht hat unterlassen zu untersuchen, ob ein rechtsgültiges Provisionsversprechen aus Kommissionsvertrag vorliegt. Dies ist, falls der Parteivortrag dazu Veranlassung bietet, von Amts wegen zu prüfen, auch wenn der Beklagte Einwendungen in dieser Richtung nicht erhoben hat. Der Beklagte hat die Klageforderung nicht anerkannt im Sinne des § 307 ZPO, so daß dahinstehen kann, ob ein solches Anerkenntnis wirksam wäre.

Die Klägerin hatte sich zunächst eine Provision versprechen lassen für einen Verkauf von Blechen durch die Firma H. über sie, die Klägerin, an die Schiffswerft K. Ob ein solches Versprechen an sich gültig war (die nach Ges. 53 erforderliche Genehmigung war für eine Festofferte

der Firma H. [REDACTED] erteilt worden, eine solche Offerte lag aber überhaupt nicht vor), kann dahingestellt bleiben; die Klägerin kann eine Provision schon deshalb nicht fordern, da ein derartiges Geschäft unstreitig nicht zur Ausführung gekommen ist (§ 396 HGB). Die Klägerin hat sich sodann eine Provision dafür versprechen lassen, daß sie für Rechnung des Beklagten als des Kommittenten die Ware an die K. [REDACTED]-Werft verkaufte. Dieses Geschäft ist zur Ausführung gekommen. Das Provisionsversprechen (§ 396 HGB) für dieses Geschäft ist aber, was das Berufungsgericht übersehen hat, nichtig, weil es aus einem nichtigen Kommissionsvertrag hergeleitet wird. Der Kommissionsvertrag war zwischen dem damals in der Schweiz wohnenden Beklagten und der Klägerin geschlossen worden; aus ihm ergab sich die Verpflichtung der Klägerin, ihm dasjenige herauszugeben, was sie aus der Geschäftsbesorgung erlangt hatte (§ 384 Abs. 2 HGB), also den erlösten Kaufpreis nach Abzug ihrer Auslagen. Dann lag aber ein Geschäft vor, das sich auf deutsche Zahlungsmittel bezog und ihre Übertragung von Personen, deren Sitz im Gebiet (Bremen) ist, auf Personen im Sitz außerhalb des Gebiets zur Folge hatte. Allein schon aus diesem Grunde war ein solches Geschäft verboten und nichtig, falls es nicht genehmigt worden ist (Art. I Nr. 1 h, Art. VII, Art. X Nr. 6 g Ges. 53). Eine solche Genehmigung lag nicht vor, da die EE (Festofferte-Verfahren) und die EZB nach ihrem klaren Wortlaut nur einen Kaufvertrag mit der Firma H. [REDACTED] deckten (Runderlass Außenwirtschaft 56/51 vom 15. Dezember 1951, Bundesanzeiger Nr. 244 vom 18. Dezember 1951, Nr. 11 a, 15 a, f; Hornung-Scharr, Die Einfuhr gegen Devisenzahlung S. 82, 102 f; vgl. auch Auskunft des Bundesamts für gewerbliche Wirtschaft vom 7. März 1959 und der Außenhandelsbank vom 19. Dezember 1958). Daß das Geschäft nachträglich genehmigt wurde (Art. VII Ges. 53, Art. III AHK Ges. 33), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Klageforderung ist jedoch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt gerechtfertigt. Obwohl der Kommissionsvertrag nichtig ist, besteht doch eine Vergütungspflicht für die Tätigkeit der Klägerin kraft Gesetzes. In Frage kommt hier § 354 HGB (Schlegelberger-Hefermehl HGB 3. Aufl. § 396 Anm. 4 a.E.), der nicht nur dann anzuwenden ist, wenn eine Vereinbarung überhaupt nicht getroffen ist, sondern auch dann, wenn eine solche zwar vorliegt, aber unwirksam ist (RGZ 122, 229, 232). Die Tätigkeit, die die Klägerin bei der Erwirkung der EE und EZB entfaltet hat, ist eine Dienstleistung, die nach § 354 dann vergütungspflichtig ist, wenn die geleisteten Dienste nicht gegen das Gesetz verstießen; dies ist nicht der Fall, da die Klägerin ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze entfaltete und der Gesetzesverstoß erst eintrat, als die Firma H. vom Beklagten vorgeschoben wurde. Nach der Verkehrssitte gehörte auch diese Tätigkeit nicht zu den unentgeltlich zu leistenden Vorbereitungen einer Geschäftsvermittlung. Die in § 354 weiter enthaltene Voraussetzung, daß die Klägerin ihre Dienste dem Beklagten geleistet hat, ist gegeben, da die Klägerin nicht nur im eigenen Interesse (als Kommissionärin nach beiden Seiten), sondern auch im Interesse des Beklagten tätig geworden ist, dem durch die EE und EZB die Einfuhr aus Japan ermöglicht werden sollte. Bei der Art und dem Umfang der Tätigkeit der Klägerin bestehen auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 354 HGB gegen die Höhe der geforderten Vergütung keine Bedenken.

II. Aufrechnungsforderungen des Beklagten. Es kann unterstellt werden, daß die Klägerin verpflichtet war, alle Aufträge des Beklagten, die sich im Rahmen der Lizenzen hielten, zu übernehmen, und die Klägerin schadensersatzpflichtig werden konnte, wenn sie solche Aufträge ablehnte. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hat die EE nur den Abschluß von Kaufverträgen mit der Firma H., nicht aber

mit anderen japanischen Firmen gedeckt. Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten sind aber, wie im angefochtenen Urteil festgestellt wird, seit dem 31. Dezember 1952 Geschäfte mit dieser Firma nicht mehr in Frage gekommen, so daß die EE von selbst ungültig geworden ist. Wenn das Berufungsgericht daraus den Schluß gezogen hat, daß die Klägerin die mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarungen nicht dadurch verletzt habe, daß sie die erteilten Lizenzen nicht zu Geschäften mit anderen japanischen Firmen ausgenutzt habe (allein dahin gingen die Vorwürfe des Beklagten in den Tatsacheninstanzen), so ist dies rechtlich bedenkenfrei. Dem Beklagten stand zwar als Kommittenten ein Weisungsrecht zu (§ 384 Abs. 1 HGB), er konnte aber keine gegen das Gesetz verstoßenden Weisungen erteilen.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Vorschrift des § 139 ZPO verletzt. Der Beklagte hätte, wenn es devisenrechtliche Schwierigkeiten gegeben hätte, doch noch die Firma H. [REDACTED] einschalten können, was er auf einen entsprechenden Hinweis des Berufungsgerichts behauptet hätte. Das Berufungsgericht hatte aber bei dem klaren Sachvortrag des Beklagten, nach dem 31. Dezember 1952 seien Geschäfte mit dieser Firma nicht mehr in Betracht gekommen, keinen Anlaß zu einem solchen Hinweis.

Die Revision ist weiter der Auffassung, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, auf Wunsch des Beklagten eine Änderung der EE und EZB zu beantragen. Eine solche wäre ohne weiteres genehmigt worden, da es den deutschen Behörden gleichgültig gewesen wäre, ob die Ware von H. [REDACTED] oder von Y. [REDACTED] geliefert worden wäre. Das Berufungsgericht hätte von sich aus hierüber beim Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft Rückfrage halten oder von seinem richterlichen Fragerecht Gebrauch machen müssen. Der Beklagte würde dann behauptet und unter eine amtliche Auskunft des Bundesamts gestellt

haben, daß eine Ersetzung der Firma H [REDACTED] durch die Firma Y [REDACTED] bei gleichen Offertbedingungen auf Antrag genehmigt worden wäre.

Der Revisionsangriff ist unbegründet. Zunächst ist zu bemerken, daß eine Änderung der im Festofferte-Verfahren erteilten Lizenzen keinesfalls in Frage gekommen wäre, sondern nur die Neuerteilung solcher Lizenzen (Runderlaß Aussenwirtschaft 56/51 Nr. 11 g, 15 f). Der Beklagte hat bisher selbst nicht behauptet, daß er s.Z. an die Klägerin mit dem Wunsch herangetreten sei, eine Änderung (oder Neuerteilung) der Lizenz herbeizuführen; wenn die Klägerin etwa von sich aus verpflichtet gewesen wäre, den Beklagten auf eine solche Möglichkeit hinzuweisen, so wäre weiter notwendig gewesen, daß der Beklagte der Klägerin die Festofferte einer anderen japanischen Firma (etwa der Firma Y [REDACTED]) vorgelegt hätte; in dieser Richtung hätte der Beklagte von sich aus tätig werden müssen, ohne daß es dazu einer Anregung der Klägerin bedurft hätte. Die Revision behauptet aber selbst nicht, daß der Beklagte der Klägerin eine solche Festofferte vorgelegt hat; im Gegenteil hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Beklagte der Klägerin keine weiteren Geschäfte angeboten hat. Der Beklagte, der nach seiner eigenen Erklärung den Namen seines japanischen Lieferanten Y [REDACTED] wegen Mißtrauens gegen die Klägerin nicht preisgeben wollte, hätte auch aus diesem Grunde keine Aussicht auf Erlangung einer neuen EE gehabt (Hornung-Scharr aaO S. 84 o.). Nur eine Festofferte eines bestimmten japanischen Lieferanten hätte die Klägerin in die Lage versetzt, eine neue EE. und anschließend die EZB zu beantragen. Ohne eine solche brauchte die Klägerin nicht tätig zu werden. Die Klägerin hat daher die mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarungen nicht verletzt, seine Schadensersatzansprüche sind unbegründet.

III. Für die Widerklage gelten die Ausführungen über die Aufrechnungsforderungen unter II. Die Widerklage ist unbegründet, die Revision ist daher auch insoweit zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Nastelski Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Nörr Liesecke