

Verkündet

am 24. November 1951

Hirth, Justizangestellter,
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 P. van W [REDACTED] & Cie., GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführerin Ehefrau van
W [REDACTED] in F [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklä-
gerin und Anschlussrevisions-
beklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma N [REDACTED] & Co., GmbH, vertreten
durch ihren Geschäftsführer in D [REDACTED],
K [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklag-
te und Anschlussrevisions-
klägerin,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. November 1951 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Benkard
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main
vom 30. Juni 1951 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussrevision der Klägerin wird das
vorbezeichnete Urteil, soweit es in Abänderung des Ur-
teils der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Frank-

furt Main vom 3. April 1950 die Klägerin mit dem Feststellungsantrage, dass sich die Beklagte mit der Abnahme von 500 Kartons zu je 24 Dosen Fancy Grape-Fruit-Drink (Pampelmusen-Getränk) im Verzuge befinde, abgewiesen und ihr 1/10 der Kosten auferlegt hat, aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten wird auch insoweit auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision und der Anschlussrevision trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die in D [REDACTED] ansässige Klägerin verkaufte an die Beklagte, die in F [REDACTED] ein Obstimportgeschäft betreibt, Anfang Mai 1949 100 Kartons und wenige Tage darauf weitere 1.000 Kartons zu je 24 Dosen Pampelmusensaft (Grape-Fruit-Drink). Die Kaufabschlüsse wurden durch die Firma J. Georg K [REDACTED] in F [REDACTED] - im Nachfolgenden kurz Firma K [REDACTED] genannt - in ihrer Eigenschaft als Handlungsagentin der Klägerin in deren Namen abgeschlossen. Diese beiden Abschlüsse sind ordnungsgemäss von den Parteien abgewickelt worden. Am 17. Mai 1949 bestätigte die Klägerin der Beklagten einen weiteren - dritten - Abschluss auf Lieferung von 1.000 Kartons zu je 24 Dosen Pampelmusen-Getränk zum Preise von DM -,94 für jede Dose mit dem Bemerkten, dass auch dieser Auftrag ihr durch die Firma K [REDACTED] überschrieben worden sei. Sie hat vorgetragen, dass dieses Bestätigungsschreiben sich auf den Auftrag beziehe, den der Angestellte Willi K [REDACTED] der Beklagten dem Mitinhaber der Firma K [REDACTED], dem Kaufmann Hans F [REDACTED] jun., am 16. Mai 1949 gegeben habe. Dieser Angestellte habe zu dem Abschluss der ersten beiden Kaufverträge Vollmacht der Beklagten gehabt, er sei auch berechtigt gewesen, den dritten Auftrag zu erteilen, zum mindesten sei aus dem Verhalten der Beklagten nach handelsüblicher Verkehrsauffassung auf das Bestehen der Vollmacht dieses Angestellten zu schliessen gewesen. Nach Erteilung dieses Auftrages habe die Beklagte versucht, sich ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Ware zu entziehen. Aus dem Verhalten der Beklagten nach dem Abschlusse des Kaufvertrages ergebe sich einwandfrei, dass dieser Ab-



schluss ordnungsmässig zustandegekommen sei. Dies gehe daraus hervor, dass der Ehemann der Geschäftsführerin der Beklagten, Piet van W[REDACTED] - im Nachfolgenden van W[REDACTED] genannt - Ende Mai 1949 gelegentlich eines Besuches den Mitinhaber S[REDACTED] der Firma "De H[REDACTED] C[REDACTED]" in D[REDACTED], mit der die Klägerin wirtschaftlich eng verbunden sei, gebeten habe, der Beklagten die Abnahmefrist für die Ware, die sie mit dem 3. Auftrag bestellt habe, hinauszuschieben. Dies habe S[REDACTED] ihm zugesagt. Vor allem aber habe die Geschäftsführerin der Beklagten, Frau van W[REDACTED], in Begleitung ihres Ehemannes am 20. Mai 1949 bei dem Mitinhaber der Firma K[REDACTED], Johann Georg K[REDACTED] sen., vorgesprochen und versucht, den dritten Auftrag rückgängig zu machen. K[REDACTED] sen. habe sich jedoch hierauf nicht eingelassen und die Beklagte dieserhalb an die Klägerin verwiesen. Schliesslich habe die Beklagte den Kaufabschluss stillschweigend dadurch genehmigt, dass sie auf das Bestätigungsschreiben vom 17. Mai 1949 geschwiegen habe.

Da die Beklagte möglicherweise bei dem Weiterverkauf der Ware Absatzschwierigkeiten gehabt habe, sei sie - die Klägerin - mit Rücksicht auf die bisherigen und weiteren Geschäftsbeziehungen zu der Beklagten ihr im Rahmen des Möglichen entgegengekommen; so habe sie die ursprünglich vereinbarten Abnahmefristen immer wieder verlängert und habe, da es ihr möglich war, 500 Kartons der Ware anderweitig abzusetzen, die Beklagte insoweit, ohne eine Rechtspflicht anzuerkennen, aus dem Kaufvertrage entlassen. Bezüglich der restlichen 500 Kartons habe sie

ihr mit Schreiben vom 27. Juni 1949 eine Frist zur Abnahme und Zahlung bis zum 5. Juli 1949 gesetzt. Diese Frist habe die Beklagte jedoch fruchtlos verstreichen lassen.

Die Klägerin hat daher Klage mit dem Antrage erhoben, die Beklagte zur Zahlung von DM 11.280 Zug um Zug gegen Lieferung von 500 Kartons Pampelmusen-Getränk zu verurteilen. Sie hat ferner beantragt, festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Abnahme dieser 500 Kartons im Verzuge befinde.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Sie hat geltend gemacht, nicht zur Zahlung verpflichtet zu sein, da es zum Abschluss eines Kaufvertrages bezüglich dieser dritten Lieferung nicht gekommen sei. Ihr Angestellter Ko. [REDACTED] habe keinen Auftrag gegeben; er habe ausdrücklich bei den Verhandlungen mit K. [REDACTED] jun. ihn darauf hingewiesen, dass er keine Vollmacht zum Abschluss habe. Eine Bestätigung dieses Auftrages durch sie selbst sei durch van W. [REDACTED] gegenüber S. [REDACTED] nicht erfolgt. Dieser Besuch habe am 16. Mai 1949 in D. [REDACTED] stattgefunden, am gleichen Tage, an dem nach der Behauptung der Klägerin der 3. Auftrag von Ko. [REDACTED] in F. [REDACTED] erteilt worden sein soll. Van W. [REDACTED] habe daher hierüber nichts wissen können. Die Besprechungen mit S. [REDACTED] wegen Hinausschiebens der Lieferungsfristen hätten sich nicht auf einen dritten Abschluss, sondern auf den zweiten Abschluss, der zum großen Teil noch nicht ausgeliefert gewesen wäre, bezogen. Bei dem Besuche bei der Firma K. [REDACTED], der nicht am 20. Mai 1949, sondern am 17. Mai 1949 abends unverzüglich nach der Rückkehr der Eheleute aus D. [REDACTED] nach F. [REDACTED] stattge-

funden habe, habe die Beklagte nicht um Rückgängigmachung des dritten Abschlusses gebeten, sondern sein Zustandekommen auch wegen der mangelnden Vollmacht des Angestellten Ko. bestritten. Es sei richtig, dass die Klägerin mit Schreiben vom 17. Mai 1949 diesen dritten Auftrag bestätigt habe. Dieses Schreiben sei bei ihr am 18. oder 19. Mai 1949 eingegangen. Sie habe auf dieses Schreiben nicht geschwiegen, sondern ihr Angestellter Ko. habe es nach der zwischen ihr und der Firma K. stattgehabten Unterredung an K. jun. zurückgegeben, wodurch sie zu erkennen gegeben habe, dass sie dem Inhalt dieses Schreibens widerspreche.

Die Klägerin ist diesen Ausführungen der Beklagten entgegengetreten.

Das Landgericht hat nach dem Klagantrage erkannt. Auf die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht hinsichtlich des Zahlungsantrages die Berufung zurückgewiesen, das landgerichtliche Urteil jedoch insoweit aufgehoben, als es den Feststellungsantrag für begründet erachtet habe. Diesen Antrag hat das Berufungsgericht abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, der sich die Klägerin angeschlossen hat. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin, soweit Verurteilung der Beklagten erfolgt ist, um Zurückweisung der Revision bittet. Bezüglich des Feststellungsantrages erstrebt die Klägerin mit der von ihr eingelegten Anschlussrevision auch insoweit die Wiederherstellung des im ersten Rechtszuge ergangenen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin macht einen Anspruch aus einem Kaufvertrage geltend, sie verlangt nach § 433 Abs 2 BGB von der Beklagten Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und Feststellung, dass die Beklagte sich mit der Abnahme der Ware im Verzuge befinde.

I. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch, dessen Höhe unstreitig ist, für begründet erachtet. Es hat festgestellt, dass ein Abschluss über 1.000 Kartons zwischen den Parteien zustandegekommen sei. Der Angestellte Ko. habe der Klägerin diesen Auftrag, den die Firma K. in ihrer Eigenschaft als Handlungsagentin der Klägerin entgegengenommen habe, erteilt. Wie das Berufungsgericht ausführt, ist es zu dieser Feststellung gekommen, indem es sich bei der Würdigung der Beweisaufnahme den Ausführungen des Landgerichts angeschlossen hat, nach welchen sich die entgegengesetzten Bekundungen der beiden interessierten Zeugen Ko. und K. jun. wertmässig die Waage halten, das spätere Verhalten der Beklagten aber von ausschlaggebender Bedeutung gewesen ist.

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Firma K. als Handlungsagentin im Sinn des § 84 HGB anzusehen sei, deren sich die Klägerin zum Abschluss von Handelsgeschäften in F. bediente. Dieser Ansicht, gegen die auch die Revision keine Einwendungen erhebt, schliesst sich der erkennende Senat an. Die Firma K. war ständig damit betraut, für das Handelsgewerbe der Klägerin in deren Namen Handelsgeschäfte abzuschliessen. Hieraus folgt, dass der von der Firma K. mit der Beklagten getätigte Kaufvertrag die Klägerin verpflichtete, diesen Abschluss

gegen sich gelten zu lassen. Es stand ihr demgemäss auch zu, die hieraus entstehenden Rechte, nämlich auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Ware gegen die Beklagte geltend zu machen.

Diese Ansprüche der Klägerin konnten aber nur dann zur Entstehung gelangen, wenn die Beklagte den Auftrag rechtsverbindlich erteilt hatte. Dies bejaht das Berufungsgericht. Es komme nach seiner Ansicht nicht darauf an, ob die Beklagte dem Angestellten Ko. hierzu ausdrücklich Vollmacht erteilt habe, nachdem dieser Angestellte bereits die erste und zweite Bestellung der Beklagten ohne Überschreitung seiner Befugnisse erteilt habe. In dieser Tatsache müsse mindestens eine stillschweigende Bevollmächtigung des Angestellten durch die Beklagte erblickt werden. Die Beklagte habe Ko. in einer Weise unter ihrem Namen handeln lassen, die im redlichen Verkehr nur als Erteilung einer entsprechenden Vollmacht aufgefasst werden könne. Entscheidend sei nicht, ob die Beklagte diese Tätigkeit des Angestellten gekannt oder geduldet habe, sondern lediglich, ob die Klägerin aus den Umständen entnehmen durfte, dass der Beklagten das Verhalten ihres Angestellten nicht habe verborgen bleiben können.

Hiergegen wendet sich die Revision. Das Berufungsgericht habe sich auf den Standpunkt gestellt, da der Angestellte Ko. der Klägerin den ersten und zweiten Auftrag erteilt habe, müsse kraft Rechtscheins eine stillschweigende Bevollmächtigung des Angestellten auch für den dritten Auftrag angenommen werden; Ko. habe daher aus dem Verhalten des Angestellten Ko. schliessen müssen, dass er zu dieser

Auftragserteilung bevollmächtigt gewesen sei. Zu dieser Würdigung der Zeugenaussagen wäre der Berufungsrichter jedoch nicht gekommen, so führt die Revision aus, wenn er das Vorbringen der Beklagten in seiner Gesamtheit, insbesondere die Aussage des Zeugen Ko., in vollem Umfange gewürdigt haben würde. So sei der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, Ko. habe die beiden vorhergehenden Aufträge selbständig gegeben, unrichtig, denn Ko. habe als Zeuge erklärt, daß er das Geschäft über den Verkauf des Fruchtsaftes mit Ko. und van W. angebahnt habe. Ko. könne aber auch nicht an die Vertretungsmacht des Ko. geglaubt haben, denn er habe ihn auf dessen Mitteilung, daß van W. verreist sei, gefragt, ob er zur Auftragserteilung befugt sei. Das Berufungsgericht habe aber auch die Tatsache, daß es sich um einen Abschluß in einem Werte von DM 24.000 gehandelt habe und dazu noch in einem der Beklagten völlig fremden Geschäftszweige, nicht berücksichtigt. Schon dieser Umstand allein hätte bei Ko. berechnete Zweifel darüber aufkommen lassen müssen, ob der Angestellte Ko. für einen solchen Abschluß bevollmächtigt sein könnte. Schließlich ginge auch aus dem Schreiben des K. jun. an die Klägerin vom 31. August 1949 hervor, daß er nicht an die Vollmacht von Ko. geglaubt habe; denn in diesem Schreiben habe er der Klägerin berichtet, daß Ko. bei der von der Klägerin behaupteten Abschlußverhandlung, seine, des K., Frage, ob er das Geschäft "ordnen" könne, bejaht habe. "Ein Geschäft ordnen" sei aber nicht gleichbedeutend mit "ein Geschäft abschliessen", sondern könne nur dahin verstanden werden, daß Ko. mit van W. die

Sache besprechen und dessen Ansicht einholen wollte. Das Berufungsgericht habe somit bei seiner Würdigung der Beweisaufnahme den vorgetragenen Sachverhalt nicht erschöpfend berücksichtigt. Die Rüge aus § 286 ZPO sei daher berechtigt.

Es ist anerkanntes Recht, daß der Rechtsschein überall da, wo er im Geschäftsverkehr nach aussen in einer Weise und mit dem Anspruche, daß Dritte darauf vertrauen sollen, hervortritt, rechtlich dieselben Wirkungen auslöst wie die Rechtswirklichkeit. Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß Ko. sowohl den ersten Abschluß über 100 Kartons als auch den zweiten Abschluß über 1.000 Kartons getätigt habe. Der Einwand der Revision, daß das gesamte Geschäft über die Fruchtsäfte von K. jun. mit Ko. und van W. angebahnt worden sei, ist unbeachtlich. Mögen auch Vorbesprechungen zu Dritt stattgefunden haben, diese Abschlüsse hat der Angestellte Ko. allein, wie van W. bei seiner Zeugenvernehmung bekundet hat, für die Beklagte getätigt. K. durfte nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte annehmen, daß die Beklagte das Verhalten ihres Angestellten kannte und duldete, da sie die bisher zwischen ihm und dem Angestellten getätigten Abschlüsse nicht nur nicht beanstandet hatte, sondern sie ordnungsmässig erfüllte. Zwar ist es richtig, daß K. jun. bei der Verhandlung über den dritten Abschluß die Abwesenheit des van W. bedauert und den Angestellten gefragt hat, ob er den Auftrag erteilen könne. Dies hat der Angestellte nach der Aussage des K. jun. zweimal mit der ausdrücklichen Erklärung bejaht, daß 500 Kartons bald und weitere 500 Kartons nach 8 Tagen geliefert werden sollten. Es kann der Revision nicht zugegeben werden, daß

der Hinweis des Angestellten Ko. auf die Abwesenheit des van W. bei K. einen Zweifel darüber ausgelöst habe, ob Ko. zum Abschluß berechtigt gewesen sei. Nachdem dieser ihm zweimal seine Abschlußvollmacht ausdrücklich bestätigt hatte, war die wiederholte Bestätigung seiner Abschlußvollmacht auf jeden Fall geeignet, etwaige anfängliche Zweifel des K. hierüber endgültig zu beseitigen. Es konnten Gründe bestehen, die es Ko. einerseits zwar wünschenswert erscheinen liessen, zuvor das Einverständnis seines Dienstherrn einzuholen, die aber im Verhältnis zu K. ohne Bedeutung waren, und daß Ko. andererseits Anlaß hatte, hiervon mit Rücksicht auf die Billbedürftigkeit des Abschlusses Abstand zu nehmen (vgl. RGZ 100, 48/49/507); K. hatte nämlich bei dieser Besprechung ausdrücklich darauf hingewiesen, daß andere Kaufreflektanten für diese Ware vorhanden seien und die Klägerin daher eine schnelle Entscheidung wünsche. Auch die übrigen diesbezüglichen Ausführungen der Revision gehen fehl. Es handelte sich keineswegs, wie die Revision vorträgt, um ein der Beklagten branchenfremdes Geschäft. Die Beklagte ist Obstimporteur und hatte zudem bereits Abschlüsse über insgesamt 1100 Kartons der gleichen Ware durch ihren Angestellten Ko. mit der Klägerin getätigt. Auch das Schreiben K.'s vom 31. August 1949 an die Klägerin spricht in keiner Weise gegen dessen Gutgläubigkeit. Der in diesem Schreiben von ihm gewählte Ausdruck, Ko. habe ihm seine Frage, ob er die Angelegenheit "ordnen" könne, bejaht, kann sehr wohl bedeuten, Ko. habe den Abschluß des Geschäftes bejaht, umsomehr, weil sich die Firma K. in der Vorkorrespondenz mit der Klä-

gerin, die K. jun. als Mitinhaber dieser Firma kannte, immer auf den Standpunkt gestellt hatte, daß der Abschluß mit der Beklagten tatsächlich zustandegekommen sei. Ebenso können die weiteren, von der Revision angeführten Gesichtspunkte, die es nach ihrer Ansicht unwahrscheinlich machen, daß Ko. den Auftrag erteilt haben soll, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht erschüttern. Trotz der unmittelbar vor dem Gespräch mit K. erfolgten Beanstandung von 200 Kartons seitens eines Kunden des Beklagten, trotz des zur damaligen Zeit bei der Beklagten vorhandenen Vorrats von weiteren 500 Kartons, hat Ko. als Zeuge erklärt, daß er bei den Besprechungen K. zugesagt habe, sich für eine weitere Bestellung einzusetzen zu wollen. Wenn also die Beanstandung der 200 Kartons und das vorhandene Lager von weiteren 500 Kartons ihn nach seiner eigenen Darstellung nicht abhielten, eine weitere Bestellung von 1000 Kartons zu befürworten, so konnten sie ihn auch nicht von einer Bestellung abhalten. Denn auch durch eine Befürwortung gab er seine Ansicht zu erkennen, daß er trotz dieser Umstände eine weitere Auftragserteilung im Interesse der Beklagten für zweckmäßig hielt. Auch der Umstand, daß K. den Angestellten Ko. gedrängt habe, die Bestellung aufzugeben, ist entgegen der Ansicht der Revision bedeutungslos. Das Drängen des K. hatte den Grund, daß nach seiner Behauptung noch andere Kaufreflektanten vorhanden waren. Dies hätte höchstens dazu führen können, Ko. in seinem Willen, die Bestellung umgehend zu machen, zu bestärken. Schließlich ist der Umstand, daß an dem Tage der Unterredung zwischen K. und Ko. van W. die Klägerin aufsuchen wollte

und sich hieraus gegebenenfalls irgendwelche Folgerungen für die Beklagte ergeben konnten, zum ersten mal in der Revisionsinstanz vorgetragen worden. Er kann aus diesem Grunde keine Beachtung finden.

Sind somit diese von der Revision vorgetragenen Rügen nicht geeignet, die Würdigung der Zeugenaussage des K. jun. zu beeinflussen, so ist das Berufungsgericht in rechtlich einwandfreier Weise ohne Verstoß gegen die Denkgesetze in freier Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Aussage des Angestellten Ko. der Aussage K.'s gegenüber nicht den Vorzug verdiene.

Auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe, indem es von einer Beeidigung des Zeugen Ko. trotz eines dahingehenden Antrages der Beklagten Abstand genommen habe, die Grenzen seines Ermessens verkannt, geht fehl.

Nach dem Wortlaut des § 391 ZPO ist ein Zeuge zu beeidigen, wenn das Gericht dies für geboten erachtet. Die Beeidigung eines Zeugen unterliegt grundsätzlich freiem richterlichen Ermessen, das einer weiteren Rechtfertigung nicht bedarf (Sydow-Eusch ZPO 22. Aufl zu § 391 Anm 1). Eine Nachprüfung des Ermessens kommt in der Revisionsinstanz nur insoweit in Frage, als es sich um eine rechtsirrigte Auffassung der hierbei dem Berufungsgericht gezogenen Grenzen handelt (OGHZ 1, 226/227; Stein-Jonas ZPO 17. Aufl zu § 391 Anm I, 3 d). Die Grenzen dieses pflichtgemässen Ermessens hat aber das Berufungsgericht nicht überschritten. Der Umstand, daß das Berufungsgericht sich in den Gründen seines Urteils nicht darüber ausspricht,

warum es von der Beeidigung des Zeugen entgegen dem Antrage der Beklagten Abstand genommen hat, ist kein Anhaltspunkt dafür, daß das Gericht die Grenzen des Ermessens im Sinne des § 391 ZPO verkannt oder willkürlich ausser Acht gelassen hätte. Die Revision hätte dartun müssen, in welchen besonderen Umständen sie eine solche Überschreitung des Ermessens erblickt habe. In dieser Richtung hat die Revision aber nichts vorgetragen, so daß aus der Tatsache allein, daß das Berufungsgericht die Nichtbeeidigung des Zeugen in den Urteilsgründen nicht gerechtfertigt hat, eine Überschreitung des pflichtgemässen Ermessens des Berufungsgerichts nicht gefunden werden kann.

Das Berufungsgericht hat seine Überzeugung, daß es zwischen den Parteien zu dem Abschluß auf eine dritte Lieferung gekommen sei, nicht allein in Würdigung der beiden Zeugenaussagen des K. jun. und des Angestellten Ko. gewonnen, sondern für die von ihm getroffene Entscheidung war das spätere Verhalten der Beklagten wesentlich, dem es ausschlaggebende Bedeutung zumißt.

Hierbei hat sich das Berufungsgericht die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils bezüglich der Würdigung der Verhandlung der Eheleute van W. mit K. sen. im Büro der Firma A. zu eigen gemacht und sie als psychologisch zutreffend bezeichnet. Hierzu hatte das Landgericht ausgeführt: van W. habe als Zeuge bekundet, er habe auf Grund des Berichtes, den Ko. über seine Verhandlung mit K. jun. erstattet habe, "Sorge" gehabt, daß die Klägerin einen Auftrag als erteilt ansehen

könnte; er habe daher in Begleitung seiner Ehefrau, der Geschäftsführerin der Beklagten, die Firma K. aufgesucht, um mit ihr die Sache zu klären; er habe sich zunächst bei dieser Verhandlung zwar auf den Standpunkt gestellt, daß Ko. keinen Auftrag erteilt habe und hierzu auch nicht bevollmächtigt gewesen sei; als ihm jedoch K. sen. darauf erwidert habe, daß er soeben die Klägerin von der Erteilung des 3. Auftrages schriftlich unterrichtet habe, hätten beide Eheleute betont, daß sie nicht gebunden sein möchten, sie jedoch von sich hören lassen würden, wenn sie die Absatzmöglichkeiten bezüglich der 2. Partie, von welcher die Beklagte noch einen erheblichen Teil auf Lager habe, übersehen könnten; dies habe ihnen K. sen. zugesagt. Im Gegensatz zu dieser Aussage von W. habe, so hatte das Landgericht ausgeführt, K. sen. bekundet, die Eheleute von W. hätten ihn bei ihrem Besuche gebeten, den dritten Auftrag rückgängig zu machen, da der Angestellte Ko. für dessen Erteilung nicht zuständig gewesen sei; dies habe er abgelehnt und die Beklagte an die Klägerin verwiesen. Das Landgericht hat die Aussage des K. sen. für glaubwürdiger gehalten als die des Zeugen von W. Der Zeuge von W. würde nach der Überzeugung des Landgerichts keine "Sorge" gehabt haben, daß die Klägerin einen Auftrag als erteilt ansehen könne, und es nicht für notwendig erachtet haben, gemeinsam mit seiner Ehefrau die Firma K. aufzusuchen, wenn Ko. ihnen nicht berichtet haben würde, daß er den 3. Abschluß getätigt habe. Es sei daher weit wahrscheinlicher, daß die Aussage des K. sen. richtig sei, daß die Eheleute von

W. bei dieser Besprechung versucht hätten, von dem erteilten Auftrage loszukommen, und hierbei in Aussicht gestellt hätten, diesen Auftrag von neuem zu erteilen, wenn eine Absatzmöglichkeit auch für diese Ware sich ergeben würde, daß sie aber den Abschluß als solchen ihm gegenüber nicht bestritten hätten.

Diese Würdigung der Beweisaufnahme, der das Berufungsgericht folgt, ist denkgesetzlich möglich und läßt eine Verletzung anerkannter Rechtssätze nicht erkennen. Sie wird im übrigen auch dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt gerecht. Gerade die Rüge der Revision, daß die Besprechung bei der Firma K. nicht am 20. Mai 1949, sondern bereits am Abend des 17. Mai 1949 stattgefunden habe, und zwar unmittelbar nach der Rückkehr der Eheleute van W. aus D. und der Berichterstattung K.'s über seine Verhandlung mit K. jun, spricht bei der Unterstellung ihrer Richtigkeit hierfür.

Es muß der Revision zugegeben werden, daß das Landgericht bei der Absetzung des Beweisbeschlusses übersehen hatte, daß die Beklagte bereits in ihrem Schriftsatz vom 22. Dezember 1949 Blatt 2 unter Beweisanspruch vorgetragen hatte, daß der Besuch nicht am 20. Mai 1949, sondern bereits am 17. Mai 1949 stattgefunden habe. Die stattgehabte Beweisaufnahme spricht auch für die Richtigkeit dieser Behauptung der Beklagten, obwohl beide Zeugen K. sen. und van W. als Zeitpunkt dieser Besprechung den 20. Mai 1949 angegeben haben. Aus der Aussage von van W. geht hervor, daß es mindestens sehr wahrscheinlich ist, daß die Unterredung tatsächlich bereits am 17. Mai 1949 stattgefunden hat. Denn nur an diesem

Tage konnte K. sen. den Eheleuten van W. sagen, daß er soeben der Klägerin schriftlich über den dritten Abschluß berichtet habe und daß der Brief noch nicht abgesandt sei. Der Brief trägt das Datum des 17. Mai 1949. Würde die Verhandlung im Hause K. erst am 20. Mai 1949 stattgefunden haben, so hätte K. dies nicht sagen können und van W. hätte die Unrichtigkeit dieser Aussage sofort erkennen müssen, denn an diesem Tage war die Beklagte bereits, wie sie selbst mehrfach vorträgt, im Besitze des Bestätigungsschreibens der Klägerin, das bei ihr am 18. oder 19. Mai 1949 eingegangen ist. Dieses Schreiben richtete die Klägerin an die Beklagte unter Bezugnahme auf die Mitteilung der Firma K. an sie vom gleichen Tage über die Erteilung des dritten Auftrages. Es widerspricht durchaus den Lebenserfahrungen, daß van W. bei der Besprechung bei der Firma K. nicht mehr gewusst haben will, was Ko. ihm über die Verhandlungen mit K. jun. mitgeteilt habe, obwohl er sich unverzüglich, nachdem ihm Ko. über seine Verhandlungen mit K. jun. berichtet hatte, in Gemeinschaft mit seiner Ehefrau deshalb zur Firma K. begeben haben will, weil er den ihm von seinem Angestellten gegebenen Bericht in einer Weise beurteilte, daß er glaubte, Sorge haben zu müssen, die Klägerin fasse die von Ko. geführten Verhandlungen als eine neue Auftragserteilung auf. Es ist unglaublich, wenn er weiter als Zeuge bekundet hat, daß er sich nicht mehr erinnern könne, ob ihm Ko. gesagt habe, einen weiteren Auftrag erteilt zu haben. Die Würdigung dieses Verhaltens der Beklagten, wie es in der Zeugenaussage des van W. seinen Ausdruck gefunden hat, der nicht nur

ihr Gesellschafter ist, sondern praktisch das Geschäft der Beklagten leitet, wie aus seiner Zeugenaussage hervorgeht, verbunden mit den Aussagen der Zeugen K. sen. und K. jun. sowie des Angestellten Ko., haben dem Berufungsgericht mit Recht ausgereicht, die Feststellung zu treffen, daß der dritte Auftrag tatsächlich von der Klägerin gegeben worden ist. Auf die Zeugenaussage des Kaufmanns S. kam es daher entscheidend nicht mehr an; sie wird auch vom Berufungsgericht nur zur weiteren Unterstützung seiner Ansicht herangezogen, ohne auf sie die Entscheidung selbst abzustellen. Es erübrigte sich daher, auf die Ausführungen der Revision bezüglich des Wertes dieser Aussage einzugehen. Hierbei soll nicht verkannt werden, daß die Rüge der Revision bezüglich der Nichtvernehmung der von der Beklagten benannten Zeugen, durch deren Aussage bewiesen werden sollte, daß die Unterredung zwischen S. und van W. in D. zu einem Zeitpunkte stattgefunden habe, zu welchem van W. über den dritten Abschluß noch nicht unterrichtet sein konnte, begründet ist. Eine Aufhebung des Urteils war jedoch aus diesem Grunde nicht erforderlich, da selbst bei Richtigkeit der Behauptung der Beklagten, die unter Umständen die Aussage des Zeugen S. hätte erschüttern können, diese keinen Einfluß auf die Entscheidung des Rechtsstreites gehabt haben würde. Diese wird schon allein durch die Aussage der anderen Zeugen und das Verhalten der Beklagten insbesondere bei der Besprechung mit K. sen. getragen.

Stellte somit das Berufungsgericht fest, daß der dritte Auftrag von der Beklagten erteilt war, so kam es

nicht mehr darauf an, ob die Beklagte, wie sie behauptet, den Bestätigungsschreiben der Klägerin durch dessen Rückgabe an K. jun. widersprochen habe. Der Auftrag war in der Besprechung zwischen K. jun. und Ko. von der Beklagten fest erteilt worden. Das Bestätigungsschreiben der Klägerin hatte somit keine rechtserzeugende Wirkung, sondern erhielt lediglich die Feststellung über einen bereits vollzogenen Kaufabschluß. Selbst ein Widerspruch der Beklagten gegen ein solches Bestätigungsschreiben konnte den von ihr erteilten Auftrag rechtlich nicht berühren und keinesfalls eine Wiederaufhebung des erteilten Auftrages ohne Zustimmung der Klägerin zur Folge haben. Daher bedarf es keines Eingehens auf die Ausführungen der Revision bezüglich der Rechtswirkung eines Widerspruchs gegen ein von der Klägerin unmittelbar an die Beklagte gerichtetes Bestätigungsschreiben gegenüber der Handlungsagentin, der Firma K., wobei der Revision jedoch zugegeben werden kann, daß die diesbezüglichen Rechtsausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Bedenken sind.

Schließlich geht auch der Revisionsangriff, das Berufungsgericht habe unzulässigerweise die von der Beklagten beantragte Vernehmung ihrer Geschäftsführerin nicht in den Bereich seiner Erwägungen gezogen und sei seiner Pflicht im Rahmen des § 448 ZPO sich nicht bewusst gewesen, fehl. § 448 ZPO stellt die Vernehmung einer Partei von Amts wegen in das Ermessen des Gerichts. Ob eine Partei ihre eigene Vernehmung angeregt hat oder nicht, ist unerheblich; einen Beweisantrag stellt diese Anregung nicht dar; da keine Partei ein Recht auf eigene Vernehmung

hat (OGHZ 1, 226/2287). Daß im vorliegenden Rechtsstreite das Berufungsgericht sich der Möglichkeit gemäß § 448 ZPO, eine Partei zu vernehmen, nicht bewußt gewesen wäre, ist nicht aus dem Umstande zu entnehmen, daß es hierüber keine Ausführungen im Urteil gemacht hat, denn aus den Urteilsgründen erhellt, daß das Berufungsgericht gerade mit Rücksicht auf die Zeugenaussage des Ehemannes der Geschäftsführerin, der die beklagte Firma in Wirklichkeit leitete, zur Überzeugung gelangt ist, daß der Kaufvertrag abgeschlossen worden sei. Diese Überzeugung des Berufungsgerichts hätte auch eine gegenteilige Aussage der Geschäftsführerin unter Berücksichtigung des gesamten von den Parteien vorgetragenen Sachverhalts nicht beeinträchtigen können, so daß sich ihre Vernehmung für das Berufungsgericht erübrigte (Baumbach-Lauterbach 19. Aufl ZPO zu § 448 ZPO Anm 2 A).

Dem Berufungsgericht war daher im Ergebnis zuzustimmen und der Revision der Erfolg zu versagen.

II. Das Berufungsgericht hat den Feststellungsantrag, daß die Beklagte sich mit der Abnahme der 500 Kartons (3. Abschluß) im Verzuge befinde, als nicht begründet erachtet. Es hat das rechtliche Interesse der Klägerin an der Feststellung des Annahmeverzuges verneint.

Hiergegen wendet sich die Anschlußrevision der Klägerin. Sie hat vorgetragen, daß sie ein obsiegendes Urteil nur vollstrecken könne, wenn sie die Ware der Beklagten tatsächlich anbiete oder durch öffentliche Urkunden den Beweis erbringe, daß sich die Beklagte im Annahmeverzuge befinde.

Diesen Ausführungen der Anschlußrevision ist zu folgen. Ihre Richtigkeit ergibt sich aus §§ 756, 765 ZPO. Durch die Feststellung, daß die Beklagte sich im Verzuge befinde, wird die Klägerin in den Stand gesetzt, das Urteil hinsichtlich der Klagesumme nebst Zinsen zu vollstrecken, ohne vor Beginn der Zwangsvollstreckung der Beklagten die dieser gebührende Leistung (nämlich die 500 Kartons) in einer den Verzug der Annahme begründeten Weise anzubieten. Daß auch im Falle einer Verurteilung Zug um Zug die Zwangsvollstreckung stets erst dann zulässig wäre, wenn nach Erlaß des Urteils dem Schuldner die ihm gebührende Gegenleistung angeboten ist, ergibt sich aus dem Gesetze nicht. Vielmehr ist der Beweis des Annahmeverzuges auch dann geführt, wenn nachgewiesen wird, daß der Schuldner sich schon vor dem Urteil im Annahmeverzuge befunden hat. Wird dieser Annahmeverzug im Urteil festgestellt, so ist die Urteilsausfertigung eine zur Führung des nach §§ 756, 765 ZPO erforderlichen Beweises geeignete öffentliche Urkunde. An der Erlangung eines solchen, diese Feststellung treffenden Urteils hat die Klägerin ein rechtliches Interesse. Die Voraussetzungen des § 256 ZPO sind daher gegeben (RG in JW 1909 S 463; Stein-Jonas ZPO 7. Aufl zu § 726 Ann III).

Das Berufungsgericht hätte somit, da es den Anspruch des Klägers auf Zahlung des Kaufpreises für begründet erachtete und es unstreitig ist, daß die Beklagte die Entgegennahme der ihr angebotenen Ware abgelehnt hatte und somit gemäß § 295 BGB in Annahmeverzug gekommen war, dem Feststellungsantrage entsprechen

müssen.

Der Anschlußrevision war daher stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 91 ZPO.

Dr. Canter Dr. Solowsky Dr. Haidinger

Dr. Fischer Dr. Benkard

B e s c h l u ß

In Sachen

der Firma P. van W [REDACTED] & Cie., GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführerin Ehefrau van
W [REDACTED] in F [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma N [REDACTED] & Co., GmbH, vertreten
durch ihren Geschäftsführer in D [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

wird beschlossen:

Der Urteilstenor wird dahin berichtigt,
daß an Stelle des im 2. Absatz des Urteilstenors befind-
lichen Wortes "Abnahme" das Wort "Annahme" gesetzt wird,
da es sich um einen Schreibfehler handelt (§ 319 ZPO).

Karlsruhe, den 3. Dezember 1951

Bundesgerichtshof
II. Zivilsenat

Dr. Canter Dr. Selowsky Dr. Haidinger
Dr. Fischer Dr. Benkard