

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2048 042

Ib ZR 103/65

URTEIL

Verkündet am

4. Oktober 1967

Z u g,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Albert M [REDACTED], Inhaber der
S [REDACTED]-Company in E [REDACTED]/Niederlande, P [REDACTED]weg Nr. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Engelbertus K [REDACTED], E [REDACTED]/Nie-
derlande, P [REDACTED]weg Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Simon und Prof. Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 19. November 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien, von denen der Beklagte bei Klagerhebung seinen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland hatte, sind niederländische Staatsangehörige. Der Kläger ist Inhaber der S [REDACTED]-Company in E [REDACTED] Holland. Er betreibt den Verkauf von Ungeziefer-Bekämpfungsmitteln, Desinfektionsmitteln und Vitaminpräparaten für landwirtschaftliche Zwecke. Der Beklagte hatte bereits vor dem Jahre 1958 für den Kläger Geschäfte vermittelt und dafür eine Provisionspauschale von 500 holl. Gulden erhalten. Anfang 1958 knüpfte der Kläger Geschäftsverbindungen mit dem Kaufmann Jan van E [REDACTED] an,

- 3 -

der für ihn den Vertrieb der Erzeugnisse der S-Company im Bereich der Bundesrepublik übernehmen sollte. Nach knapp einjähriger Dauer wurde diese Geschäftsverbindung aufgelöst. Anfang 1960 vereinbarten die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits, daß der Beklagte den völlig zusammengebrochenen Vertrieb der Waren der S-Company im Bereich der Bundesrepublik wieder aufbauen sollte. Als Starthilfe zahlte der Kläger auf das Konto des Beklagten bei der D-Bank in Münster bis Mai 1960 den Betrag von 9.000,-- DM ein, der nach wenigen Monaten zurückgezahlt wurde. Der Beklagte erteilte ihm Bankvollmacht und ließ ihm ständig Kontoauszüge zukommen. Der Beklagte bezeichnete sein Unternehmen, in dem er die vom Kläger bezogenen Erzeugnisse vertrieb, mit dessen Zustimmung als "S-Vertrieb".

Im Herbst 1961 kam es zwischen den Parteien zum Bruch. Der Kläger rechnete sich einen Anspruch in Höhe von 24.434,63 DM aus und mahnte den Beklagten an die Zahlung, wobei er eine Zahlungsfrist bis zum 6. November 1961 setzte. Diesen Betrag von 24.434,63 DM hat der Kläger mit der vorliegenden Klage zunächst geltend gemacht, dann aber die Klage auf 20.930,47 DM ermäßigt.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 20.930,47 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 6. November 1961 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat nicht bestritten, daß dem Kläger gegen ihn aus den letzten drei Warenlieferungen eine



20

Kaufpreisforderung von 16.440,84 DM zuzüglich eines Erstattungsanspruches für Fracht in Höhe von 199,-- DM, insgesamt somit eine Forderung von 16.639,84 DM zugestanden habe. Demgegenüber hat er sich auf die von ihm im Schreiben vom 30. September 1961 (BA 7 Q 25/61 LG Münster Hülle Bl. 10) erklärte Aufrechnung mit folgenden Gegenforderungen von insgesamt 32.753,70 DM berufen:

- 9.098,51 DM Provision für die Jahre 1958/59,
- 11.113,64 DM Provision für die Jahre 1960/61,
- 4.500,-- DM Reisekosten 1959 und 1960,
- 480,-- DM Reisekosten für vier Reisen im Jahre 1960,
- 720,60 DM Auslagen für den Steuerbevollmächtigten Sch●●●, die für Schulden des Klägers ausgelegt worden seien,
- 4.517,98 DM für geliefertes unbrauchbares Reklamematerial und
- 2.269,97 DM für nicht bestellte, aber bezahlte Waren.

Der Kläger hat sämtliche vom Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche dem Grunde, jedoch nicht der Höhe nach bestritten.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt, daß dem Kläger Forderungen über den Betrag von 16.539,84 DM (gemeint ist: 16.639,84 DM) hinaus nicht zustünden, und daß in Höhe dieses Betrages die Forderung des Klägers durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen sei.

Im zweiten Rechtszuge hat der Kläger beantragt,
das angefochtene Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 18.444,47 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 6.11.1961 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte hat die Aufrechnung mit einer weiteren Forderung von 1.500,-- DM erklärt. Dabei handelt es sich um den Betrag an Frachtkosten, den er in der Annahme zu viel bezahlt haben will, die Rechnungsbeträge des Klägers hätten sich nur auf die Fracht ab holländischer Grenze bezogen. Der Beklagte hat seine Gegenforderungen in der vorstehend (S. 4) wiedergegebenen Reihenfolge mit der Maßgabe zur Aufrechnung gestellt, daß die Forderung von 1.500,-- DM wegen zu viel bezahlter Frachtkosten an letzter Stelle berücksichtigt werden soll.

Der Kläger ist dem entgegengetreten. Er hat insbesondere erklärt, er mache ein Zurückbehaltungsrecht geltend, da der Beklagte sich unbefugt das Warenzeichen Hollandvit angeeignet habe. Die Marke Hollandvit sei beim Bundespatentamt unter dem Zeichen Nr. 75 846 I in die Warenzeichenrolle für den Kläger eingetragen. Der Beklagte habe versucht, dasselbe Warenzeichen für sich eintragen zu lassen. Durch ein Rundschreiben an die Vertreter habe der Beklagte diesen verbieten wollen, Hollandvit zu vertreiben. Auch habe der Beklagte durch die Eintragung der Firma S [REDACTED]-Vertrieb in das Handelsregister es dem Kläger unmöglich gemacht, seine Firma in Deutschland zu gebrauchen. Ferner habe der Beklagte 10.250 Kapseln Hollandvit unter dieser Bezeichnung unter Verletzung der Rechte des Klägers eingeführt und dabei einen Gewinn von mindestens 12.000,-- DM erzielt. Mit dieser Forderung rechne er auf. Auch habe der Beklagte die Aufrechnungsmöglichkeit verwirkt, da er vertragsbrüchig geworden sei.

Der Beklagte hat bestritten, daß das Warenzeichen Hollandvit für den Kläger eingetragen sei.

Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision begehrt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 16.639,84 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 6. November 1961. Der Beklagte bit-
tet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht beurteilt die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach deutschem Recht.

Da die Revision hiergegen keine Beanstandungen erhebt, bedarf diese Beurteilung keiner Nachprüfung (BGHZ 38, 254 f).

II. Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß dem Kläger gegen den Beklagten Ansprüche lediglich in Höhe von 16.639,48 DM (gemeint ist offensichtlich: 16.639,84 DM), dagegen nicht in Höhe des verlangten Mehrbetrages zugestanden haben.

III. Die Forderung des Klägers in Höhe von 16.639,84 DM ist nach Ansicht des Berufungsgerichts infolge der vom Beklagten erklärten Aufrechnung erloschen.

Hierzu legt das Berufungsgericht dar, daß die vom Beklagten für die Jahre 1958/1959 bis zur Gründung des von ihm durchgeführten S [REDACTED]-Vertriebes mit 9.098,51 DM

errechneten Provisionsansprüche in Höhe von 8.543,51 DM begründet seien und daß dem Beklagten für die Umsätze, die der Kläger mit dem S [REDACTED]-Vertrieb des Beklagten in den Jahren 1960/1961 erzielt habe, eine weitere Provisionsforderung von 11.113,64 DM zustehe.

Mit diesen Provisionsforderungen in Höhe von insgesamt 19.657,15 DM, welche die Forderung des Klägers um 3.017,67 DM überstiegen, habe der Beklagte auch die Aufrechnung erklären können. Die Forderungen der Parteien seien gleichartig, da sie beide auf Zahlung in holländischen Gulden gerichtet und lediglich in Deutsche Mark umgerechnet worden seien. Auch sei die Aufrechnung nicht etwa gemäß § 390 BGB aus dem Grunde ausgeschlossen, weil die zur Aufrechnung gestellten Forderungen des Beklagten mit Rücksicht auf das vom Kläger geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht einredebehaftet seien. Es könne dahinstehen, ob einer Geldforderung gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen einer Geldforderung geltend gemacht werden könne oder ob in einem solchen Falle nur eine Aufrechnung zulässig sei. Selbst wenn man davon ausgehe, daß der Kläger wegen seiner weiteren Geldforderungen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den Geldforderungen des Beklagten geltend machen könne, so könne er das doch nicht gegenüber dem Teil der Gegenforderungen des Beklagten, der in erster Linie zur Aufrechnung gestellt worden sei.

Wegen der vom Kläger behaupteten Verletzungen seines Warenzeichens "Hollandvit" durch den Beklagten stehe ihm ein Zurückbehaltungsrecht schon deshalb nicht zu, weil insoweit eine Gegenforderung des Klägers auf Schadensersatz nicht dargetan sei.

Allerdings kämen Schadensersatzansprüche des Klägers insoweit in Betracht, als der Beklagte auch nach dem Abbruch der Zusammenarbeit mit dem Kläger die Firmenbezeichnung "S [REDACTED]-Vertrieb" geführt und ferner in Rundschreiben an die Kundschaft dem Vertreter Sch [REDACTED] des Klägers untersagt habe, die Erzeugnisse "Hollandvit" und "S [REDACTED]" in Deutschland zu vertreiben. Diese Ansprüche könnten aber nicht sehr hoch sein, wenn man berücksichtige, daß der Gesamtumsatz des Klägers in der Bundesrepublik während des Bestehens des S [REDACTED]-Vertriebes in Zusammenarbeit mit dem Beklagten nur rund 111.000,-- DM betragen habe, und daß die Zeit, in der der Beklagte den Firmennamen "S [REDACTED]-Vertrieb" unberechtigt geführt habe, verhältnismäßig kurz gewesen sei. Denn dem Beklagten sei der Gebrauch dieser Bezeichnung bereits durch Urteil des Landgerichts Münster vom 7. Februar 1962 (7 O 332/61) untersagt worden. Gegenüber den vom Beklagten in erster Linie zur Aufrechnung gestellten Provisionsforderungen könne der Kläger wegen dieser Schadensersatzforderungen jedenfalls deshalb ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen, weil genügend hohe andere Forderungen des Beklagten vorhanden seien, an denen der Kläger sich sichern könne. Hier sei zunächst der bereits erwähnte mit 3.017,67 DM die Forderung des Klägers übersteigende Teil der Provisionsforderung des Beklagten zu berücksichtigen. Ferner habe der Kläger dem Beklagten den Kaufpreis für die Prospekte zu ersetzen, die nicht verwertbar seien, weil die darin verwendete Bezeichnung "Osan" mit dem Warenzeichen eines Dritten verwechslungsfähig sei. Nach Abzug des vom Beklagten unberechtigterweise verlangten Einfuhrzolls von 630,48 DM von dem vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Betrage von 4.517,98 DM habe der Kläger 3.940,50 DM an den Beklagten zu erstatten. Schließlich

stehe dem Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von 2.269,97 DM für unbestellt zugesandte und bereits bezahlte Ware zu. Insgesamt stünden dem Beklagten daher weitere Ansprüche in Höhe von über 9.000 DM zu, mit denen die Schadenersatzansprüche des Klägers weit- aus gedeckt seien.

IV. Die Revision beanstandet, daß das Berufungs- gericht die Gegenforderungen des Beklagten von 11.113,64 DM (Provision für Umsätze 1960/1961) und von 2.269,97 DM (Rückzahlungsanspruch betr. unbestellt zugesandte Waren) als begründet angesehen hat. Die Entscheidung des Beru- fungsgerichts über den Bestand der Gegenforderungen des Beklagten von 8.543,51 DM (Provision für Umsätze 1958/ 1959) und von 3.940,50 DM (Erstattungsanspruch für un- brauchbares Reklamematerial) wird von der Revision nicht angegriffen. Die Revision macht jedoch geltend, daß die- se beiden Forderungen, ebenso wie alle anderen Forderun- gen des Beklagten, durch Gegenaufrechnung mit höheren Forderungen des Klägers erloschen seien. Ferner bean- standet die Revision die Beurteilung der weiteren Forde- rungen des Klägers durch das Berufungsgericht, auf die dieser sein Zurückbehaltungsrecht stützt.

Diese Angriffe der Revision sind zum Teil begründet.

1. Nach § 390 Satz 1 BGB kann eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden. Zu den Einreden im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zählt auch die des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB). Das Zu- rückbehaltungsrecht braucht im Zeitpunkt der Aufrechnungs- erklärung noch nicht geltend gemacht zu sein; allein sein Bestehen in diesem Zeitpunkt macht die Aufrechnung unwirksam (BGH LM BGB § 390 Nr. 1; vgl. auch BGH LM HGB

§ 355 Nr. 12 zu Ziff. III; RG DJZ 1923, 111; BGB RGRK 11. Aufl. § 390 Anm. 2; Schlosser JuS 1966, 266; a.M. Jahr JuS 1964, 298). Dies gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch für den Fall, daß der Kläger seine neben der Klageforderung bestehenden, aber im Konnex mit den vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen stehenden Forderungen in vollem Umfang durch eigene Aufrechnung gegen weitere Forderungen des Beklagten decken könnte. Nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung soll dem Aufrechnungsgegner nicht das Recht entzogen werden, wegen eines Zurückbehaltungsrechts der Aufrechnung gerade mit der aus einem bestimmten Schuldverhältnis, innerhalb dessen das Zurückbehaltungsrecht besteht, entstandenen Forderung zu widersprechen. Der Aufrechnende, dessen Gegenforderung die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegen steht, kann den Aufrechnungsgegner daher grundsätzlich nicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung gegen weitere, aus anderen Schuldverhältnissen entstandene Forderungen verweisen, um so das aus dem Zurückbehaltungsrecht fließende Aufrechnungshindernis auszuräumen. Dagegen spricht vor allem, daß die im Konnex mit der zur Aufrechnung gestellten Forderung stehende weitere Forderung des Aufrechnungsgegners weniger oder in anderer Weise gesichert sein kann, als die Klageforderung. Es besteht auch kein Bedürfnis für eine derartige Verweisung auf anderweitige Aufrechnungsmöglichkeiten, denn dem Aufrechnenden, der weitere, nicht im Konnex mit einer bestimmten Gegenforderung stehende und auch aus anderen Gründen nicht einredebehaftete Gegenforderungen besitzt, kann diese seinerseits zur Aufrechnung gegen die Klageforderung verwenden. Wenn im vorliegenden Fall der Kläger sich auf

sein Zurückbehaltungsrecht beruft, so macht er damit geltend, daß die Aufrechnungserklärung des Beklagten die Klageforderung nicht zum Erlöschen gebracht habe. Diese Wirkung käme der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes allerdings nur zu, wenn der Kläger aus demselben rechtlichen Verhältnis, aus dem der Beklagte seine zur Aufrechnung gestellten Forderungen herleitet, fällige Ansprüche gegen den Beklagten hätte (vgl. § 273 BGB). Die vom Beklagten erklärte Aufrechnung wäre aber jedenfalls insoweit unwirksam, als den fraglichen Forderungen des Beklagten gegen den Kläger die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegenstände.

Soweit die Aufrechnung des Beklagten nicht wirksam ist, konnte der Kläger seinerseits mit seinen weiteren angeblichen Forderungen, die er nicht zum Gegenstand des Klageantrages gemacht hat, gegen die einredebehafteten Forderungen des Beklagten aufrechnen, da § 390 BGB sich nur auf die Forderung des Aufrechnenden, nicht auf die des Aufrechnungsgegners bezieht (vgl. RGRK aaO § 390 Anm. 1; § 387 Anm. 32) und da die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nicht die Aufrechnung gegen diejenige Gegenforderung ausschließt, deretwegen das Zurückbehaltungsrecht besteht (RGRK aaO § 390 Anm. 2).

2. Hiernach hängt die Wirksamkeit der Aufrechnung des Beklagten von folgenden Umständen ab:

Stünde dem Kläger kein Zurückbehaltungsrecht zu, sei es deshalb, weil er über die Klageforderung hinaus keine fälligen Forderungen gegen den Beklagten besäße, oder sei

es aus dem Grunde, weil etwaige weitere Forderungen des Klägers nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhten wie die Forderungen mit denen der Beklagte Aufrechnung erklärt hat, so wäre die Aufrechnung des Beklagten wirksam, soweit ihr fällige Forderungen des Beklagten gegen den Kläger zugrundeliegen.

Stünde dem Kläger dagegen gegenüber den Forderungen, mit denen der Beklagte Aufrechnung erklärt hat, ein Zurückbehaltungsrecht wegen weiterer Forderungen zu, so wäre die Aufrechnung des Beklagten insoweit unwirksam.

Demnach setzt die Beurteilung der Wirksamkeit der Aufrechnung des Beklagten die Feststellung voraus, ob und in welcher Höhe den zur Aufrechnung gestellten Forderungen des Beklagten der Kläger die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegensetzen kann.

Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ob es sich - Konnexität der fraglichen Ansprüche vorausgesetzt - empfiehlt, zunächst die Begründetheit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen des Beklagten und sodann die Höhe der die Klageforderung übersteigenden weiteren Forderungen des Klägers festzustellen, oder ob es zweckmäßiger ist, die Prüfung in umgekehrter Reihenfolge vorzunehmen. Jedenfalls steht mit der dargelegten Rechtslage die Annahme des Berufungsgerichts in Widerspruch, der Kläger könne wegen seiner Schadensersatzforderung gegen den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den in erster Linie vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Provisionsforderungen nicht geltend machen, weil andere Forderungen des Beklagten in ausreichender Höhe, nämlich von über 9.000 DM, vorhanden seien. Da die Revision mit Erfolg auch die Beurteilung der Schadensersatzansprüche des Klägers angreift, auf

die dieser sein Zurückbehaltungsrecht stützt, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in dem aus den nachstehenden Darlegungen ersichtlichen Umfange an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

V. 1. Von den zur Aufrechnung gestellten Forderungen des Beklagten hat das Berufungsgericht folgende Forderungen geprüft und in der jeweils angegebenen Höhe als begründet angesehen:

Provisionen 1958/1959	8.543,51 DM
Provisionen 1960/1961	11.113,64 DM
unbrauchbares Reklamematerial	3.940,50 DM
unbestellte Ware	2.269,97 DM

insgesamt:	25.867,62 DM.

Ohne Erfolg beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht die Forderungen in Höhe von 11.113,64 DM und 2.269,97 DM als begründet angesehen hat.

a) Bei den Provisionsansprüchen des Beklagten in Höhe von 11.113,64 DM für die Jahre 1960/1961 handelt es sich um Ansprüche, die der Beklagte für die Zeit nach der im Einvernehmen mit dem Kläger erfolgten Errichtung des S [REDACTED]-Vertriebes geltend gemacht hat. Der Beklagte hat vorgetragen, ihm stehe aus den vom Kläger an ihn erfolgten Lieferungen eine Umsatzprovision von 10 % zu. Der Kläger hat dem insbesondere entgegengehalten, daß nach Errichtung des S [REDACTED]-Vertriebes, der vom Beklagten geführt worden sei, zu einer Provisionszahlung schon deshalb kein Anlaß mehr bestanden habe, weil der Beklagte seitdem seinen Verdienst im Weiterverkauf der Ware unter Preisaufschlag in der Bundesrepublik gefunden habe.

do

Das Berufungsgericht hat hierzu dargelegt, daß die Geschäftsgrundlage für die von den Parteien getroffene Provisionsvereinbarung mit der Gründung des S [REDACTED] -Vertriebes nicht entfallen sei. Dem Beklagten sei eine Provision nicht nur für die von ihm vermittelten Umsätze zugesagt worden, vielmehr habe er die Provision für den gesamten Umsatz des Klägers in der Bundesrepublik dann bekommen sollen, wenn ihm der Aufbau eines Vertriebssystems glückte. Daher sei es unerheblich, ob der Beklagte einen fremden Importeur gefunden habe oder ob er sich, wie seit Gründung des S [REDACTED] -Vertriebes, selbst in den Vertrieb eingeschaltet habe. Eine Vereinbarung, daß etwa mit Gründung des S [REDACTED] -Vertriebes die Provision entfallen sollte, habe der Kläger nicht behauptet. Dafür, daß dem Beklagten die Provision weiterhin zustehen sollte, spreche auch, daß der Kläger seine Preise, in denen die Provision des Beklagten von 10 % einkalkuliert gewesen sei, unverändert beibehalten habe. Darüber hinaus habe die Ehefrau des Beklagten bekundet, der Kläger habe ihr erklärt, der Beklagte bekomme die 10 % auch dann, wenn er für sich selbst arbeite. Aus der Tatsache, daß der Beklagte etwa seine Provisionen bei den Zollerklärungen nicht angegeben habe, könne der Kläger nichts herleiten, da Oberregierungsrat R [REDACTED] als sachverständiger Zeuge bekundet habe, daß der Beklagte die Provision bei den Zollerklärungen nicht angeben brauchen.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob der Wert der Leistungen des Beklagten nach Errichtung des S [REDACTED] -Vertriebes

bereits durch die bis zu diesem Zeitpunkt gezahlten Provisionen abgegolten gewesen ist. Abgesehen davon, daß damals der Vertrieb in Deutschland nicht durch den Beklagten erfolgte und die Provision für seine Vermittlungstätigkeit gezahlt wurde, bestand zu einer solchen Prüfung für das Berufungsgericht kein Anlaß angesichts des von ihm hervorgehobenen Umstandes, daß der Kläger die später dem Beklagten gelieferten Waren auch nach Errichtung des S [REDACTED]-Vertriebes zu Preisen berechnete, in denen nach wie vor die Provision des Beklagten einkalkuliert war und angesichts der von der Revision nicht angegriffenen Bekundung der Ehefrau des Beklagten, daß der Kläger ihr erklärt habe, der Beklagte erhalte die 10 % auch dann, wenn er für sich selbst vertreibe. Aus diesen Gründen stellt es entgegen der Ansicht der Revision auch keinen Rechtsfehler dar, wenn das Berufungsgericht in der Errichtung des durch den Beklagten geführten S [REDACTED]-Vertriebes keinen Umstand erblickt hat, der der Weiterzahlung der Provision die Grundlage entzogen hat. Wenn der Beklagte nunmehr außer den Provisionen auch noch den Gewinn aus dem Weiterverkauf der Ware in Deutschland bezog, so verstieß dies entgegen der Ansicht der Revision bereits aus dem Grunde nicht gegen alle wirtschaftliche Vernunft, weil der Kläger dem Beklagten für die Warenlieferungen den gleichen Preis berechnete, den er zuvor denjenigen Personen berechnet hatte, die vor dem Beklagten den Vertrieb der Waren des Klägers in Deutschland durchführten. Soweit die Revision auf die Unterstützung des Beklagten durch den Kläger bei der Errichtung des S [REDACTED]-Vertriebes hinweist, ist dem entgegenzuhalten, daß der vom Kläger bis zum Mai 1960 als Darlehen gezahlte Betrag von insgesamt 9.000,-- DM vom Beklagten unstreitig bereits im Juni 1960 zurückgezahlt worden ist. Wenn der Beklagte

diese Rückzahlung unverkürzt geleistet hat, so ist es in Anbetracht der genannten, vom Berufungsgericht hervorgehobenen Umstände rechtlich nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht hieraus nicht gefolgert hat, der Beklagte sei damals selbst nicht der Ansicht gewesen, ihm stünden weitere Provisionsforderungen zu, da er sie andernfalls bei der Rückzahlung in Abzug gebracht haben würde.

Danach hat das Berufungsgericht auch diese Forderung des Beklagten zu Recht als begründet angesehen.

b) Vergeblich wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht die Forderung des Beklagten von 2.269,97 DM als begründet erachtet hat.

Das Berufungsgericht hat der Aussage des Schube entnommen, daß die Parteien vereinbart hätten, die dem Beklagten vom Kläger unbestellt zugesandte Ware als Kommissionsware zu behandeln. Da der Beklagte diese unstrittig noch vorhandene Ware bezahlt habe, stehe ihm ein Rückzahlungsanspruch zu.

Der Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung vorgetragen, er habe diese als Kommissionsware bezogene Ware nicht verkaufen können. Der Kläger hat demgegenüber lediglich den Abschluß einer Kommissionsvereinbarung bestritten und die Ansicht vertreten, es liege ein Kaufvertrag vor. Nachdem die Beweisaufnahme, wie das Berufungsgericht feststellt, den Abschluß einer Kommissionsvereinbarung ergeben hat, bedurfte es bei dieser Sachlage entgegen der Ansicht der Revision keiner weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts darüber, ob der Beklagte sich um den Verkauf dieser, von ihm als unverkäuflich bezeichneten, Ware bemüht hat.

Auch diese Forderung des Beklagten hat das Berufungsgericht daher mit Recht als begründet angesehen.

2. Dagegen beanstandet die Revision mit Erfolg die Würdigung der Schadensersatzansprüche des Klägers durch das Berufungsgericht.

a) Der Kläger hat unter der Behauptung, der Beklagte habe nach Abbruch der Geschäftsbeziehungen der Parteien 10.250 Kapseln Hollandvit unter dieser Bezeichnung unter Verletzung des Warenzeichens "Hollandvit" des Klägers aus den Niederlanden eingeführt und dabei einen Gewinn von mindestens 12.000 DM erzielt, einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten geltend gemacht (Schriftsatz vom 23. September 1963 S. 5/6). Er hat hierzu vorgetragen, sein Schaden bestehe einmal in dem entgangenen Gewinn von 12.000 DM und ferner in der durch das Verhalten des Beklagten herbeigeführten Marktverwirrung.

Hierzu führt das Berufungsgericht aus, soweit der Kläger sein Zurückbehaltungsrecht auf den Verkauf von 10.250 Stück Kapseln "Hollandvit" stütze, sei ein Anspruch nicht dargetan. Denn ausweislich der vom Kläger überreichten Rechnung der Firma A. J. D. [REDACTED] vom 6. Oktober 1961 sei dem Beklagten die Ware bereits unter der Bezeichnung "Hollandvit" geliefert worden. Der Beklagte habe also die Ware nicht mit diesem Warenzeichen versehen.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht beanstandet. Denn der Beklagte verletzt das Warenzeichen des Klägers auch dann (§ 15 WZG), wenn er sich die Ware, statt sie selbst im eigenen Geschäft mit dem Warenzeichen

zu versehen, vom Hersteller, der nicht Zeicheninhaber ist, mit dem Zeichen versehen liefern läßt. Denn der Hersteller hat in diesem Falle als Beauftragter des Beklagten gehandelt. Im übrigen liegt eine Verletzung des Warenzeichens des Klägers auch darin, daß der Beklagte die unberechtigtweise mit dem Warenzeichen versehene Ware in Verkehr gebracht hat.

Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, durchzuerkennen, da der Sachverhalt nicht unstreitig ist und der Beklagte insbesondere nach dem Tatbestand des angegriffenen Urteils bestritten hat, daß das Warenzeichen "Hollandvit" für den Kläger eingetragen sei.

b) Weiter hat der Kläger sein Zurückbehaltungsrecht darauf gestützt, daß der Beklagte versucht habe, das Warenzeichen Hollandvit für sich eintragen zu lassen (Berufungsbegründung S. 7).

Das Berufungsgericht hat das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts insoweit verneint, weil nicht dargetan sei, daß dem Kläger aus diesem Versuch des Beklagten irgendein Schaden entstanden sei.

Diese Ausführungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

c) Schließlich hat der Kläger sein Zurückbehaltungsrecht darauf gestützt, daß der Beklagte unberechtigtweise auch nach Abbruch der Zusammenarbeit mit dem Kläger die Firmenbezeichnung S [REDACTED]-Vertrieb geführt und in Rundschreiben an die Kundschaft dem Vertreter Sch [REDACTED] des Klägers untersagt habe, Hollandvit und S [REDACTED] in der Bundesrepublik Deutschland zu vertreiben.

Hierzu hat das Berufungsgericht dargelegt, daß insoweit Schadensersatzansprüche des Klägers in Betracht kämen, daß diese aber nicht sehr hoch sein könnten. Denn es sei zu berücksichtigen, daß der Gesamtumsatz des Klägers in der Bundesrepublik während des Bestehens des S [REDACTED]-Vertriebes nur rund 111.000 DM betragen habe und daß die Zeit, in der der Beklagte den Firmennamen Sectolin unberechtigt geführt habe, verhältnismäßig kurz gewesen sei, da ihm der Gebrauch der Bezeichnung Sectolin bereits durch Urteil des Landgerichts Münster vom 7. Februar 1962 (7 O 332/61) untersagt worden sei. Gegenüber den in erster Linie zur Aufrechnung gekommenen Provisionsforderungen des Beklagten könne der Kläger wegen dieser Schadensersatzforderung aber ein Zurückbehaltungsrecht deshalb nicht geltend machen, weil genügend hohe andere Forderungen des Beklagten vorhanden seien, an denen der Kläger sich sichern könne.

Daß diese, von der Revision zu Recht angegriffenen Ausführungen der rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten, ergibt sich bereits aus den vorstehenden Darlegungen zu Ziff. IV 2. Soweit es sich um die Höhe des dem Kläger entstandenen Schadens handelt, wird das Berufungsgericht den Kläger gemäß § 139 ZPO zur Vervollständigung seines Tatsachenvortrages veranlassen müssen, um die Höhe des Schadens gegebenenfalls nach § 287 ZPO schätzen zu können. Zunächst aber wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzansprüche und die zur Aufrechnung gestellten Provisionsansprüche des Beklagten auf "demselben rechtlichen Verhältnis" im Sinne von § 273 BGB beruhen.

VI. Demnach war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Pehle

Sprenkmann

Simon

Bökelmann