

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2126 032

ZPO § 256

Bei einer im Revisionsrechtszuge anhängigen, entscheidungsreifen leugnenden Feststellungsklage entfällt nicht das Feststellungsinteresse, wenn der Gegner während des Revisionsverfahrens Klage auf Leistung vor einem Gericht erster Instanz erhebt.

BGH, Urt.v. 18. Oktober 1967 - VIII ZR 9/66 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 9/66

URTEIL

Verkündet am
18. Oktober 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Carl K[REDACTED] & Sohn Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung in Ha[REDACTED]-Her[REDACTED], Gr[REDACTED]-
[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer Kauf-
mann Johannes K[REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Holzagentur Max H. H[REDACTED] in St[REDACTED],
Bo[REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber Kaufmann Max H. H[REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Dr. Weber und Mormann

für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil des erkennenden Senats vom 20. September 1967 wird aufrechterhalten.

Die Beklagte trägt die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Maklerin auf dem Gebiete des Holzhandels. Die Beklagte befaßt sich mit der Einfuhr von Holz. Mit Schreiben vom 22. Juni 1962 wandte die Beklagte sich an eine jugoslawische Holzausfuhrgesellschaft, um eine Geschäftsverbindung aufzunehmen. Dieses Schreiben leitete die jugoslawische Holzausfuhrstelle an die Klägerin weiter, die der Beklagten am 10. Juli 1962 wie folgt antwortete:

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Betr.: Schnittholz aus Jugoslawien.

Wir sind eine speziell auf den jugosl. Holzmarkt ausgerichtete Holzagentur. Durch unsere Vermittlung wird nahezu der gesamte Holzexport aus Jugoslawien in die Bundesrepublik abgewickelt. Unserer Vermittlung bedienen sich die bekannten und von uns in das Jugoslawiengeschäft eingeführten deutschen Holzimporteure, wie auch die bestehenden jugosl. Holzexportgesellschaften.

Von der zuständigen jugosl. Holzausfuhrstelle sind wir davon unterrichtet worden, daß Sie am Direktimport von jugosl. Fi/Ta-Schnittmaterial interessiert sind. U.a. liegt uns auch Ihr an die Firma J [REDACTED], B [REDACTED], gerichtetes Schreiben - Dr.Bg/Jo - vom 22.6.62 zwecks Bearbeitung vor.

Zu Ihrem Anliegen nehmen wir wie folgt Stellung:

Die diesjährigen Vertragsabschlüsse sind in der Hauptsache im März/April in Höhe des festgelegten Exportkontingents getätigt worden. Berücksichtigt wurden ausnahmslos die bisherigen, d.h. langjährigen deutschen Holzimporteure. An eine Erweiterung der bestehenden deutschen Importeurekreise ist nicht gedacht. Ihre Firma ist uns jedoch als Großimporteur bekannt, so daß wir guten Grund hätten, Sie als Direktimporteur in Jugoslawien einzuführen. Wegen der Verteilung und Abschluß des jetzt genehmigten Zusatz-Exportkontingentes wird unser Herr H [REDACTED] am Mittwoch/Donnerstag dieser Woche nach Jugoslawien reisen. Wir haben somit noch die Möglichkeit, Ihnen ein Anfangsgeschäft mit ca. 1 000 - 2 000 cbm Normalware zu sichern.

Abschlüsse in größeren Mengen wären dann erst wieder im nächsten Jahr gegeben. Es wäre daher gut, wenn Sie uns Ihren Bedarf unverzüglich bekannt geben würden. Unser Herr H [REDACTED] würde es auch begrüßen, wenn Sie an der bevorstehenden Reise teilnehmen könnten, um Sie persönlich mit den autorisierten jugosl. Holzexportunternehmen und deren leitenden Direktoren bekanntzumachen.

Am besten wird es sein, wenn Sie uns sofort nach Erhalt dieses Schreibens anrufen würden, um alles weitere abzusprechen."

Am 11. oder 12. Juli 1962 führte der Inhaber der Klägerin mit dem Inhaber der Beklagten ein Ferngespräch, über das die Ehefrau des Inhabers der Klägerin mit Datum "12. 7.62" einen Vermerk anfertigte. Danach verlief die fernmündliche Unterhaltung folgendermaßen:

"Herr K (Beklagte): wollte grundsätzlich wissen, ob ihn Herr H (Kläger) in das Jugoslawien-geschäft hineinbringen und ihm sofort einen Ab-schluß über vorerst 5000 cbm vermitteln könne. Er ist daran äußerst interessiert, einmal zur Abrun-dung seines Verkaufsprogramms, zum anderen, damit seine Firma sich ebenfalls an Importen aus Jugosla-wien beteiligt und am meisten, damit er gegenüber seinem schärfsten Konkurrenten, der Firma Holz-He , G , auftreten könne.

Herr H: Die diesjährigen Verkäufe wären so gut wie schon abgeschlossen. Um den ersten Ab-schluß sicherzustellen, müßte sich Herr K allerdings schnellstens entscheiden. Er gab ihm eine Normal-Offerte mit den geltenden Preisen an.

Herr K: fragte, ob es sich hierbei um die gleichen Einkaufskonditionen wie bei anderen deut-schen Importeuren handelt.

Herr H: es sind die gleichen Vertragsbedin-gungen, beispielsweise wie auch bei der Firma Holz-He , die er 1956 ins Jugoslawien-Ge-schäft gebracht hat, mit der er aber nicht mehr zusammenarbeite.

Herr K: das trifft sich für ihn sehr gut, da ihm He ohnehin große Sorgen im Verkauf bereitet, Herr H möge doch den ersten Ab-schluß mit den Jugoslawen für ihn noch zu ord-nen versuchen. In Zukunft werde er jährlich min-destens 15.000 cbm kaufen, da aus Rumänien allein ca. 60.000 cbm bezogen würden.

Herr H: sagte ihm unter diesen Voraussetzungen jegliche Unterstützung zu und erwähnte, daß er die jugosl. Sprache beherrsche, sein Vater vor dem Kriege eigene Werke in Jugoslawien besessen hätte und er die wichtigsten Leute unten bestens kennen würde.

Herr K: fragte dann, wann Herr H nach Jugoslawien abreise und ob die Jugoslawen oder er seine Vermittlungsprovision zahlen müsse.

Herr H: sagte, daß er unmittelbar vor der Abreise stehe und er von den Jugoslawen keine Provision erhalte und daß seine Vermittlungsbedingungen mit 2 % Courtage und Lieferantenschutz auf 3 Jahre, sonst gemäß Tegernseer Gebräuche feststehen.

Herr K: akzeptierte die Bedingungen ohne Einwand und machte den Vorschlag, seinen Herrn K nach Jugoslawien mitzugeben. Um Einzelheiten seiner Kaufwünsche zu besprechen, bat Herr K um einen kurzen Besuch in Ha, welcher für den nächsten Vormittag verabredet wurde."

Aufgrund dieser Absprachen entwarf die Klägerin noch am selben Tag eine Vereinbarung, die am 13. Juli 1962 anlässlich des Besuches ihres Inhabers in Ha von der Beklagten ohne Änderung unterschrieben wurde. Sie hat folgenden Wortlaut:

- "1. Zur Erweiterung des Importgeschäfts und der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit den jeweils im Holzexport tätigen jugoslawischen Unternehmen und Lieferwerken übernimmt die Firma H für die Firma Carl K & Sohn GmbH die Beschaffung von Schnitthölzern und Holzwaren aller Art und Sortimente jugosl. Provenienzen.

Die Firma H verpflichtet sich, die Firma K & Sohn als Direktimporteur in Jugoslawien einzuführen und ihr den dortigen Holzmarkt zugänglich zu machen. Die Bedarfsein-

deckung soll im Rahmen der gegebenen Abnahme- und Liefermöglichkeiten erfolgen. Die Abwicklung der abgeschlossenen Geschäfte wird vom Makler nur treuhänderisch nach bestem Können und Wissen überwacht.

2. Die Maklergebühr beträgt 2 %. Der Lieferanten- schutz, bezogen auf das Gebiet der FVR-Jugoslawien, gilt für alle direkt oder indirekt getätigten Geschäfte und Anschlußgeschäfte grundsätzlich als vereinbart und ist mit 2 % courtagepflichtig.

Die Schutzfrist beträgt 3 Jahre, von der letzten Vertragslieferung ab gerechnet. Ansonsten gelten die in den "Gebräuchen für die Vermittlung von Holzgeschäften" vom 24.3.1952 festgelegten Bestimmungen, hier für jugosl. Rundholz, Schnittholz und Holzwaren angewandt."

Vom 18. bis 28. Juli 1962 unternahm der Inhaber der Klägerin mit dem Leiter der Einkaufsabteilung der Beklagten KÜ eine Geschäftsreise nach Jugoslawien, während deren er die Beklagte bei verschiedenen Holzfirmaen einführte. Es kam durch Vermittlung der Klägerin zu drei Geschäftsabschlüssen, darunter einem Vertrage vom 25. Juli 1962 mit der Firma S in Sa über 3000 cbm Fichten-Tannen-Schnittholz.

Die Beklagte rief trotz Mahnung der Klägerin bei der Firma S nicht vertragsgemäß ab. Da sie Bedenken hatte, die Lieferungen auch zu den von der Firma S eingeräumten späteren Lieferungsterminen abnehmen zu können, teilte sie der Klägerin mit, sie ziehe einen Neuabschluß über 1000 cbm vor. Die Klägerin bemühte sich hierum und schrieb am 29. November 1962 an die Beklagte u.a.:

"Entsprechend Ihrem fernmündlichen Ersuchen vom 24.11., für Sie unbedingt einen Neuabschluß bei S [REDACTED] durchzusetzen, geben wir Ihnen das Ergebnis unseres gestrigen Gesprächs mit der Geschäftsleitung in Sa [REDACTED] wie folgt bekannt:

Sipad ist bereit, mit Ihnen nochmals einen Abschluß zu versuchen bzw. zu tätigen, jedoch nicht über 1000 cbm, und zwar in einer Verteilung gemäß dem unerfüllten Vertrag vom 27.7.62 und zur Lieferung bis Ende Febr. 1963.

Die Zustimmung über den gestellten Antrag auf eine weitere Exportmenge von 1000 cbm wird uns bis Samstag bekanntgegeben. Ihre Abrufe 1 bis 9 würden dann im Rahmen des neuen Vertrages zur Abwicklung kommen können.

Vorausgesetzt, daß dieser Neuabschluß in Kürze zustande kommt und dann rechtens abgewickelt wird, bestünde für Sie auch die Gewähr, bei den Abschlüssen 1963 mit berücksichtigt zu werden.

Wir bitten Sie, dies auch inbezug auf unsere bisher geleistete Empfehlungs- und Vermittlungsarbeit zu beachten."

Unter dem 1. Dezember 1962 kam der Vertrag mit der Firma S [REDACTED] über 1000 cbm Schnittholz in prozentual gleicher Verteilung auf die verschiedenen Holzklassen wie beim Vertrag vom 25. Juli 1962 zustande.

Am 6. Juni 1963 schloß die Beklagte auf Vermittlung der Klägerin einen weiteren Vertrag mit der Firma S [REDACTED] über ca. 5000 cbm Schnittware.

Mit Schreiben vom 16. Juli 1963 focht die Beklagte die Vereinbarung vom 12. Juli 1962 an. Es lautet:

"Die Vereinbarung vom 12.7.62 betr. Holzimporte aus Jugoslawien fechten wir hiermit wegen arglistiger Täuschung an. Am Freitag, dem 12.7.63 haben wir davon Kenntnis erhalten, daß Ihre damalige Behauptung, Sie seien für alle deutschen Holzimporteure als Vermittler für jugoslawische Holzimportware tätig, nicht zutreffend ist. Wir sind damals die Vereinbarung vom 12.7.1962 nur eingegangen, weil Sie uns ausdrücklich in einer vorher eingehend erfolgten mündlichen Unterredung die Erklärung abgaben, daß Sie bereits für alle großen deutschen Holzimportfirmen aus Jugoslawien tätig sind und über beste Erfahrungen und Beziehungen zu den jugoslawischen Stellen verfügen. Wir haben jedoch nunmehr feststellen müssen, daß Ihre Erklärungen nicht der Wahrheit entsprechen, sondern vielmehr in der Absicht einer arglistigen Täuschung abgegeben worden sind, um uns zu der Vereinbarung vom 12.7.1962 zu bewegen.

Wir behalten uns vor, Sie wegen aller uns entstandenen Schäden haftbar zu machen."

An Maklerlohn stellt die Klägerin der Beklagten in Rechnung:

a) für den Vertrag vom 25. Juli 1962	DM 9 340,—
b) für den Vertrag vom 1. Dezember 1962 (3 000 DM abzüglich von der Beklagten gezahlter 1 293,69 DM)	DM 1 812,31
c) für den Vertrag vom 6. Juni 1963	<u>DM 5 282,03</u>
insgesamt	DM 16 434,34.

Mit der Klage macht die Klägerin von den Posten a) und c) Teilbeträge und den Restposten b) sowie Zinsen geltend.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin auf den Posten a) einen Betrag von 2 000 DM, auf den Posten b) einen weiteren Betrag von 1 812,31 DM und auf den Posten c) einen Teilbetrag von 2 000 DM, insgesamt 5 812,31 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsrechtszuge hat die Beklagte mit der Widerklage die Feststellung begehrt, daß der Klägerin auch über die geltend gemachten Ansprüche in Höhe von 5 812,31 DM hinaus weitere Ansprüche aus dem Maklervertrage vom 12. Juli 1962 nicht zustehen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und ihre Widerklage abgewiesen.

Die Beklagte hat Revision eingelegt. Im Termin vom 20. September 1967 hat sie keine Anträge gestellt. Auf Antrag der Klägerin ist durch Versäumnisurteil die Revision der Beklagten zurückgewiesen worden. Nach Einspruch gegen das Versäumnisurteil beantragt die Beklagte, das Versäumnisurteil aufzuheben und unter Abänderung des Berufungsurteils auf ihre Berufung die Klage abzuweisen. Die Widerklage beantragt die Beklagte in erster Linie für erledigt zu erklären, hilfsweise ihr zu entsprechen, und äußerst hilfsweise, die Widerklage als unzulässig abzuweisen. Die Kosten der Widerklage beantragt sie, der Klägerin aufzuerlegen. Die Klägerin ist mit der Erklärung der Beklagten, die Widerklage sei erledigt, nicht einverstanden. Sie beantragt, unter Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Versäumnisurteil des erkennenden Senats war aufrechtzuerhalten. Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

A. Klage

I. Die Parteien streiten lediglich darüber, ob die von der Beklagten erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durchgreift. Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen ihre Anfechtung im wesentlichen wie folgt begründet: Wegen der Angabe der Klägerin im Schreiben vom 10. Juli 1962, durch ihre Vermittlung werde nahezu der gesamte Holzexport aus Jugoslawien in die Bundesrepublik abgewickelt, sei sie, die Beklagte, davon ausgegangen, daß ebenso wie sie auch ihre Konkurrenzfirmen bei der Kalkulation eine übliche Maklergebühr von 2 % berücksichtigen müßten. Tatsächlich könnten die Konkurrenzfirmen, die sich der Klägerin nicht bedienten, ihren Kunden günstigere Preise berechnen.

1. Das Berufungsgericht stellt aufgrund der Bekundung der Zeugin H. [REDACTED] und ihrer "Aktennotiz" fest, daß der Inhaber der Klägerin und der Geschäftsführer K. [REDACTED] der Beklagten, bevor der Vertrag am 13. Juli 1962 unterschrieben worden sei, sich über die bedeutendste Konkurrenzfirma der Beklagten, die Firma Holz-He [REDACTED] in G. [REDACTED], unterhalten hätten und daß die Klägerin der Beklagten mitgeteilt habe, sie arbeite nicht mehr für Holz-He [REDACTED]. Da nach der eigenen Behauptung der Beklagten über die Firma Holz-He [REDACTED] etwa 50 % des ge-

samten Holzimports aus Jugoslawien gelaufen sein soll, meint das Berufungsgericht, der Vortrag der Beklagten, sie sei davon ausgegangen, daß ihre Konkurrenzfirmen ebenfalls eine Maklergebühr von 2 % zahlen müßten, könne nur einen unbeachtlichen Irrtum im Motiv dartun, jedoch nicht eine arglistige Täuschung durch die Klägerin. Das Berufungsgericht hält weiterhin die Behauptung der Beklagten für widerlegt, ihr sei allein und entscheidend darauf angekommen, daß die Klägerin für sämtliche deutschen Holzimporteure als Vermittler und Makler für Jugoslawien-Holzimporte tätig sei, oder daß die gesamte Konkurrenz der Beklagten, soweit sie umfangmäßig irgendwie von Bedeutung sei, sich der Vermittlung der Klägerin bediene. Daher ergäben sich, so meint das Berufungsgericht, erhebliche Zweifel, ob die Art, wie die Klägerin sich in dem Schreiben vom 10. Juli 1962 angepriesen habe, für die Beklagte bestimmend oder auch nur mitbestimmend gewesen sei, den Vertrag vom 12./13. Juli 1962 abzuschließen. Unter diesen Umständen bestehe auch nicht die sonst nach der Lebenserfahrung begründete Vermutung, daß eine arglistige Täuschung einen Einfluß auf die Entschließung des Getäuschten ausgeübt habe. Es habe vielmehr den Anschein, als versuche die Beklagte, sich über die Anfechtung der eingegangenen Verpflichtungen zu entledigen, nachdem der Handel mit jugoslawischem Holz nicht so eingeschlagen habe, wie sie es sich vorgestellt habe.

2. Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Soweit die Revision eine arglistige Täuschung daraus herleiten will, die Klägerin habe den irrigen

Eindruck erweckt, als ob die jugoslawischen Ausfuhr-
gesellschaften die Klägerin zwischengeschaltet hätten
und ihrerseits die Beklagte nur über die Klägerin zum
Export zulassen wollten, so scheitert die Rüge bereits
daran, daß es sich um ein neues tatsächliches Vorbrin-
gen handelt. Daß in dieser Hinsicht die Klägerin in ih-
rem Schreiben vom 10. Juli 1962 unrichtige Behauptungen
aufgestellt habe, hatte die Beklagte bisher nicht vor-
getragen.

b) Ob die Annahme des Berufungsgerichts zutrifft,
es handele sich um einen unbeachtlichen Kalkulations-
irrtum, die Klägerin habe die Beklagte - so will das
Berufungsgericht anscheinend sagen - gar nicht arg-
listig getäuscht, kann dahingestellt bleiben. Die
Entscheidung wird von der Feststellung des Berufungs-
gerichts getragen, die Beklagte habe vor Abschluß des
Maklervertrages bei der fernmündlichen Besprechung von
der Klägerin erfahren, daß diese die Firma Holz-He[REDACTED],
über die nach Ansicht der Beklagten etwa 50 % des Im-
ports liefen, nicht vertreten. Ist das richtig, so hat
die Beklagte bei Abschluß des Maklervertrages gewußt,
daß die Angabe der Klägerin, durch ihre Vermittlung
werde nahezu der gesamte Holzexport abgewickelt, über-
trieben und unzutreffend war. Dann kann die Beklagte
auch nicht angenommen haben, ihr größter Konkurrent,
die Firma Holz-He[REDACTED], müsse ebenfalls an die Kläge-
rin 2 % Maklergebühren zahlen. Sie kann deshalb auch
nicht durch die Annahme, die Klägerin arbeite mit na-
hezu allen Importeuren, zum Abschluß des Maklervertra-
ges auch nur mitbewogen worden sein. Es enthält deshalb

keinen Rechtsirrtum, wenn das Berufungsgericht meint, eine sonst nach der Lebenserfahrung begründete Vermutung, daß eine Täuschung ursächlich für das Verhalten des Getäuschten sei, sei ausgeräumt, die in diese Richtung gehende Behauptung der Beklagten sei widerlegt.

c) Ebenso ist die Rüge der Revision unbegründet, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Klägerin behauptet habe, es würden ausnahmslos die bisherigen deutschen Holzimporteure berücksichtigt und sie, die Klägerin habe die Möglichkeit, die Beklagte einzuführen und einen Posten von 1000 bis 2000 cbm Normalware zu vermitteln, während Abschlüsse in größeren Mengen erst im nächsten Jahre möglich seien. Die Revision meint, daraus, daß die Firma Holz-He [REDACTED] sich nicht mehr der Klägerin bedient habe, ergebe sich, daß die Beklagte auch unmittelbar ohne Vermittlung der Klägerin zum Zuge hätte kommen können. Daß sie in dieser Hinsicht getäuscht sei, hatte die Beklagte jedoch in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet. Insofern trägt die Revision in unzulässiger Weise neuen Tatsachenstoff vor. Im übrigen ergab sich für die Beklagte, mindestens nachdem sie erfahren hatte, daß die Klägerin die Firma Holz-He [REDACTED] nicht mehr vertrat, als selbstverständliche Folge die Erkenntnis, daß es möglich sei, auch ohne Vermittlung der Klägerin Importgeschäfte abzuschließen. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat die Beklagte aber die Schwierigkeiten des Holzhandels mit Jugoslawien gerade nicht selbst meistern wollen, sondern sich der Klägerin mit Erfolg bedient, um sich in den jugoslawischen Exporthandel einzuschleusen. Daß die Klägerin zur Leistung der ver-

sprochenen Maklerdienste nicht oder nur unvollkommen in der Lage gewesen sei, trägt die Beklagte selbst nicht vor.

d) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, daß nicht nur die Firma Holz-He[REDACTED], sondern auch die Firmen R[REDACTED], H[REDACTED] und P[REDACTED] und K[REDACTED] sich nicht der Vermittlung der Klägerin bedienten. Hatte die Anpreisung der Klägerin, mindestens nachdem die Beklagte das Ferngespräch vom 11. oder 12. Juli 1962 geführt hatte, keinen Einfluß auf den Entschluß der Beklagten, mit der Klägerin einen Maklervertrag zu schließen, so kommt es nicht darauf an, ob und welche anderen Firmen außer der Firma Holz-He[REDACTED] sich ebenfalls nicht der Klägerin bedienten. Es enthält deshalb entgegen der Meinung der Revision keinen Verfahrensverstoß, wenn das Berufungsgericht nicht die Klägerin zur Angabe aufgefordert hat, welcher Hundertsatz der Einfuhren durch ihre Vermittlung abgewickelt worden ist.

e) Fehlgehen schließlich die Rügen, mit denen die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts angreift, der Inhaber der Klägerin habe dem Geschäftsführer der Beklagten bei dem Ferngespräch vom 11. oder 12. Juli 1962 mitgeteilt, die Firma Holz-He[REDACTED] bediene sich nicht mehr der Klägerin. Das Vorbringen der Revision läuft dahin hinaus, die Zeugin H[REDACTED] sei unglaubwürdig. Damit begibt die Revision sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Beweiswürdigung. Verfahrensverstöße bei der Beurteilung der Aussage der Zeugin sind nicht ersichtlich. Die von der Revision ange-

fürten Umstände hat das Berufungsgericht berücksichtigt, sie aber anders gewertet, als die Revision will. Daß das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision über die Glaubwürdigkeit der Zeugin nicht das Gutachten eines Psychologen einzuholen brauchte, liegt auf der Hand. Das Berufungsgericht war auch nicht zur nochmaligen Vernehmung des Zeugen Kü[REDACTED], der im ersten Rechtszug gehört worden war, verpflichtet. Es hat nicht etwa den Zeugen im Gegensatz zum Landgericht für unglaubwürdig gehalten, sondern hat nur - ebenso wie das Landgericht - die Bekundung des Zeugen angesichts der Länge der seit Juli 1962 verflossenen Zeit und des Fehlens einer Aktennotiz nicht für hinreichend bestimmt gehalten, um die durch eine Aktennotiz gestützte Aussage der Zeugin H[REDACTED] zu entkräften. Unter diesen Umständen enthält es keinen Ermessensfehler, wenn das Berufungsgericht den Zeugen Kü[REDACTED] nicht beeidigt hat.

f) Ob die Erwägung des Berufungsgerichts angreifbar ist, auch andere Umstände als die durch das Ferngespräch gewonnene Kenntnis, daß die Klägerin nicht mehr für die Firma Holz-He[REDACTED] arbeite, sprächen für die Richtigkeit der gewonnenen Ansicht, braucht nicht entschieden zu werden. Das Berufungsgericht hat auf diese Umstände ausdrücklich nur als unterstützende Begründung hingewiesen. Es handelt sich also um eine Hilferwägung, auf der die Entscheidung nicht beruht.

II. 1. Die Beklagte ist der Auffassung, der Klägerin stehe, selbst wenn die Anfechtung des Vertrages vom 12./13. Juli 1962 nicht durchgreife, kein Provisionsanspruch aus dem Abschluß des Vertrages vom 25. Juli 1962 zu, weil die Verträge vom 1. Dezember 1962 und 6. Juni 1963 an die Stelle des ersten Vertrages getreten seien.

Das Berufungsgericht billigt demgegenüber der Klägerin einen Maklerlohn für die Vermittlung aller drei Verträge zu. Es stellt fest, die Beklagte habe wegen ihrer Bedenken, ob sie die mit Vertrag vom 25. Juli 1962 gekauften 3000 cbm Schnittholz fristgerecht abnehmen könne, die Klägerin beauftragt, einen "Neuabschluß" über 1000 cbm Nutzholz zu vermitteln. Diesen Auftrag habe die Klägerin durch Vermittlung des Vertrages vom 1. Dezember 1962 ausgeführt. Das Berufungsgericht wertet diesen Sachverhalt dahin, daß spätestens mit Abschluß des Vertrages vom 1. Dezember 1962 die Beklagte und die Firma S. im gegenseitigen Einvernehmen den Vertrag vom 25. Juli 1962 aufgehoben haben und der Vertrag vom 1. Dezember 1962 gegenüber dem aufgehobenen rechtlich und wirtschaftlich, nämlich hinsichtlich Menge, Abnahme- und Zahlungspflicht, ein neuer selbständiger Kaufvertrag sei, der durch erneute Tätigkeit der Klägerin zustande gekommen ist. Das Berufungsgericht würdigt dabei, daß die Beklagte gerade keine Änderung des Vertrages, sondern den Abschluß eines neuen Vertrages gewünscht habe, um an die Bestimmungen des alten Vertrages nicht mehr gebunden zu sein. Es meint, die Tatsache, daß die Beklagte, vielleicht auch die Firma S., den zweiten Vertrag als anstelle des am 25. Juli 1962 geschlossenen ersten Vertrages getreten ansehe, ändere an dieser Beurteilung nichts. Gegenteiliges könne auch nicht daraus hergeleitet werden, daß es sich bei beiden Verträgen um den gleichen Gegenstand, d.h. um die Lieferung von Nutzholz, handele; denn die Geschäftsbeziehungen der Beklagten zur Firma S. hätten sich nur auf den Kauf von Nutzholz erstreckt. Entsprechendes gelte für den durch Vermittlung der Klägerin zustande gekommenen Vertrag vom 6. Juni 1963,

der schon nach dem Zeitpunkt des Abschlusses und der Menge des zu liefernden Holzes offensichtlich mit dem Vertrag vom 25. Juli 1962 nichts mehr zu tun habe.

2. Wenn die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht den als Zeugen benannten Angestellten der Beklagten Kü[REDACTED] über die Behauptung vernommen, der übereinstimmende Wille der Parteien des Vertrages vom 1. Dezember 1962 sei gewesen, diesen Vertrag an die Stelle des ursprünglichen Vertrages vom 25. Juli 1962 zu setzen, so geht das fehl. Diesen Willen der Parteien hat das Berufungsgericht ausdrücklich unterstellt. Die Revision übersieht, daß es nicht darum geht, ob die Parteien den Vertrag vom 25. Juli 1962 durch den Vertrag vom 1. Dezember 1962 haben ersetzen wollen, sondern um die Auslegung der Provisionsabrede des Maklervertrages. Das Berufungsgericht legt unter Heranziehung des § 3 Abs. 3 S. 3 der Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften vom 24. März 1952, deren Geltung im Vertrag vom 12./13. Juli 1962 ausdrücklich vereinbart ist, die Provisionsvereinbarung des Maklervertrages dahin aus, daß der Klägerin Maklerlohn auch dann zustehe, wenn der vermittelte Vertrag ohne ihr Verschulden nicht durchgeführt werde. Wenn das Berufungsgericht annimmt, der Kaufvertrag vom 25. Juli 1962 sei im Sinne der "Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften vom 24. März 1952" ohne Verschulden des Maklers nicht durchgeführt worden, der Klägerin stehe daher der Maklerlohn zu, so läßt das einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es ist daher unrichtig, wenn die Revision glaubt, die Klägerin habe nur Provision nach den tatsächlich gelieferten Holzmengen zu verlangen. Eine solche Auslegung

ist auch entgegen der Meinung der Revision nicht aufgrund der Bestimmung des Maklervertrages geboten, wonach die Klägerin die Beschaffung von Schnitthölzern und Holzwaren übernommen hatte.

Daß die Beklagte provisionspflichtig auch für die Verträge vom 1. Dezember 1962 und 6. Juni 1963 ist, die die Klägerin unstreitig vermittelt hat, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen. Wenn die Klägerin es auftragsgemäß zuwege brachte, daß die Firma S [REDACTED] auf ihre Rechte aus dem Verträge vom 25. Juli 1962 verzichtete und einen neuen Vertrag über Lieferung von 1000 cbm und später noch einen weiteren Vertrag auf Lieferung von 5000 cbm Schnittholz mit der Beklagten schloß, so sind das vermittelte Verträge im Sinne des § 3 Abs. 3 S. 1 der "Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften", die den Anspruch auf Maklerlohn rechtfertigen.

Die Beklagte hat unstreitig am 28. Juni 1963 an die Klägerin 1 293,69 DM bezahlt. Diesen Betrag hat die Klägerin auf die ihr für die Vermittlung des Vertrages vom 1. Dezember 1962 zustehende Provision angerechnet. Ein Rückforderungsanspruch der Beklagten besteht nicht.

B. Widerklage

Auch hinsichtlich der Widerklage ist die Revision nicht begründet.

I. Die Beklagte trägt vor, die Klägerin habe nach Erlass des Berufungsurteils bei dem Landgericht Klage

auf Zahlung eines weiteren Betrages von 27 327,54 DM erhoben, der im vorliegenden Rechtsstreit Gegenstand der leugnenden Feststellungswiderklage der Beklagten sei. Die Beklagte ist der Auffassung, damit habe sich ihre Widerklage in der Hauptsache erledigt. Ihrem Antrage, die Widerklage für erledigt zu erklären, also über sie nicht sachlich zu entscheiden, kann aber nicht stattgegeben werden.

1. Eine übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien, die zur Folge hätte, daß das Revisionsgericht über die Widerklage nicht mehr entscheiden kann (BGH Urt.v. 12. Oktober 1951 - V ZR 39/50 = LM ZPO § 91a Nr. 2), liegt nicht vor, weil die Klägerin ihr Einverständnis verweigert. Die Klägerin ist befugt, trotz der Erklärung der Beklagten weiterhin die Abweisung der Widerklage als unbegründet zu verlangen. Das gilt auch, wie der Bundesgerichtshof im Urteil vom 25. November 1964 (V ZR 187/62 = LM ZPO § 91a Nr. 21 = BGHWarn 1964 Nr. 268) angenommen hat, wenn das Ereignis, das die Hauptsache erledigt haben soll, erst während des Revisionsrechtszuges eintritt. In dem erwähnten Urteil ist das mindestens für den Fall ausgesprochen, daß der Gegner desjenigen, der die Erledigung erklärt, ein berechtigtes Interesse an einem richterlichen Ausspruch darüber hat, daß die Klageforderung auch bis zu dem die Erledigung angeblich begründenden Ereignis nicht bestanden habe. Dieses Interesse besteht für die Klägerin auch hier. Denn bei einer Abweisung der leugnenden Feststellungswiderklage wäre die Beklagte mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die sie im Feststellungsrechtsstreit bis zur letzten

mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hätte vorbringen können.

2. Da die Beklagte die von ihr ursprünglich erstrebte Feststellung nicht mehr begehrt, hat der Senat nur noch darüber zu entscheiden, ob der mit der Widerklage verfolgte Anspruch ursprünglich begründet war und sich erledigt hat oder ob er von vornherein unbegründet war.

a) Die Revision meint, für die leugnende Feststellungsklage der Beklagten fehle nunmehr das Feststellungsinteresse, weil die Klägerin Leistungsklage erhoben habe. Da das Feststellungsinteresse eine Prozeßvoraussetzung ist, sei die Feststellungswiderklage unzulässig geworden und der mit ihr verfolgte Anspruch habe sich in der Hauptsache erledigt. Zu der Frage, wie weit ein im Revisionsrechtszuge erfolgter Wegfall des Feststellungsinteresses überhaupt zu berücksichtigen ist (vgl. BGHZ 18, 98, 106), braucht nicht Stellung genommen werden. Das Feststellungsinteresse der Beklagten besteht nämlich entgegen der Auffassung der Revision nach wie vor. Es ist zwar denkbar, daß das Feststellungsinteresse bei einer leugnenden Feststellungsklage ausgeräumt wird, wenn der Gegner Klage auf Erfüllung der Forderung erhebt, deren Nichtbestehen festgestellt werden soll, und diese Klage nicht mehr einseitig zurücknehmen kann (RGZ 151, 65 f). Das kann aber nur gelten, wenn die Leistungsklage in einer prozeßwirtschaftlich ebenso geeigneten Weise wie die leugnende Feststellungsklage das streitige Rechtsverhältnis klärt, es also zur Beseitigung der Unsicherheit nicht mehr des Feststellungsurteils bedarf. Im vorliegenden Fall liegt es aber auf der Hand, daß die Be-

klagte nach wie vor ein rechtliches Interesse daran hat, eine Entscheidung des Revisionsgerichts darüber zu erhalten, ob der Klägerin der nunmehr vor dem Landgericht geltend gemachte Anspruch zusteht. Würde die von der Beklagten bisher begehrte Feststellung rechtskräftig getroffen, so stände fest, daß die Klägerin keinen Anspruch hat. Damit würde sich die vor dem Landgericht erhobene Leistungsklage als von vornherein unbegründet erweisen (vgl. RG JW 1932, 3615; 1936, 3185). Daß trotz Erhebung der Leistungsklage die Beklagte die Feststellungswiderklage weiter durchführen darf wenn sie entscheidungsreif ist, gibt die Revision zu. Sie meint aber zu Unrecht, darauf komme es nicht an, weil die Beklagte ausdrücklich in erster Linie die Widerklage für erledigt erklärt habe und die Erledigungserklärung bedeute, daß materiell über die Widerklage nicht entschieden werden könne. Die Beklagte kann die anhängige Widerklage nicht gegen den Willen der Klägerin dadurch aus dem Rechtsstreit entfernen, daß sie, obwohl der der Widerklage zugrunde liegende Streit nicht erledigt ist und die Erledigung auch von der Klägerin bestritten wird, die Hauptsache der Wahrheit zuwider für erledigt erklärt. Sie würde sich sonst eine bessere Stellung verschaffen, als sie bei einer der prozessualen Lage allein entsprechenden Rücknahme der Revision oder der Widerklage oder bei einem Verzicht auf den Widerklageanspruch hätte.

Gewiß kann die Beklagte nicht genötigt werden, ein Feststellungsurteil zu erwirken. Sie kann, sofern die Klägerin der Rücknahme zustimmt, auch im

Revisionsrechtszuge die Widerklage zurücknehmen, sie kann auch auf ihren Anspruch verzichten. In der einseitigen Erledigungserklärung kann im Einzelfall auch die Rücknahme des Rechtsmittels zu erblicken sein (BGHZ 34, 200, 203). Die Beklagte hat indessen eine Rücknahme- oder Verzichtserklärung nicht abgegeben. Auch zu einer Umdeutung der Erledigungserklärung liegt im vorliegenden Fall kein Anlaß vor.

b) Nach den vorstehenden Ausführungen ist auch der "äußerst hilfsweise" gestellte Antrag, die Widerklage als unzulässig abzuweisen, unbegründet.

c) Die Widerklage war vielmehr entsprechend dem Antrage der Klägerin als von vornherein unbegründet abzuweisen. Was die Reichweite der Widerklage betrifft, so ist zu unterscheiden: Die Klägerin verlangt an Maklerlohn aus den drei Verträgen vom 25. Juli 1962, 1. Dezember 1962 und 6. Juni 1963 insgesamt 16 434,34 DM. Davon hat sie 5 812,31 DM mit der Klage geltend gemacht. Mit der Widerklage begehrt die Beklagte deshalb einmal die Feststellung, daß der Klägerin auch der Restbetrag von (16 434,34 DM - 5 812,31 DM =) 10 622,03 DM nicht zusteht. Die Klägerin hat sich darüber hinaus weiterer Ansprüche berührt und behauptet, sie habe außer den eingeklagten 5 812,31 DM weitere 27 327,54 DM zu beanspruchen. Das bedeutet, daß sie abgesehen von dem restlichen Maklerlohn für die drei Geschäfte von 10 622,03 DM aus anderen Gründen noch 16 705,51 DM beansprucht. Diese Forderung stützt sie auf die Bestimmung über die dreijährige Schutzfrist in Nr. 2

des Maklervertrages. Danach steht der Klägerin für alle Geschäfte und Anschlußgeschäfte, die die Beklagte auf dem Gebiete des jugoslawischen Staates während eines Zeitraumes von drei Jahren von der letzten Vertragslieferung ab gerechnet schließt, eine Maklergebühr von 2 % zu. Mit der Widerklage erstrebt die Beklagte also auch die Feststellung, daß die Klägerin keinen Anspruch aus dieser Bestimmung hat.

Daß der Anspruch der Klägerin auf den erstgenannten Posten begründet ist, ergibt sich aus den Ausführungen zur Klage. Gegen den zweiten Posten hat die Beklagte nur dieselben Einwendungen geltend gemacht, wie gegen den ersten Posten. Sie sind mithin nicht begründet. Die der Abweisung der Widerklage zugrunde liegende Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne aufgrund der Schutzklausel der Nr. 2 des Maklervertrages eine der Maklergebühr entsprechende Entschädigung aus dem Abschluß der von der Beklagten innerhalb der Schutzfrist anderweitig in Jugoslawien geschlossenen Kaufverträge verlangen, begegnet ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Die Revision hat insoweit auch keine Angriffe erhoben. Die leugnende Feststellungswiderklage der Beklagten ist daher hinsichtlich beider Posten nicht begründet.

C. Die Revision der Beklagten ist daher im Versäumnisurteil vom 20. September 1967 mit Recht zurückgewiesen worden. Dieses Urteil war deshalb aufrecht zu erhalten. Die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens waren der Beklagten nach §§ 91, 97, 344 ZPO aufzuerlegen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber

Mormann