

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 119/64**URTEIL****Verkündet am****22. Dezember 1966,
Jodas, Justiz-
angestellter****als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle****in dem Rechtsstreit****des Gastwirts Helmut R [REDACTED] in K [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],****Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,****- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -****gegen****die unter der Firma Max E [REDACTED] handelnde Kauffrau
Helene E [REDACTED] geb. Ha [REDACTED] in W [REDACTED]-B [REDACTED],
O [REDACTED]-Straße [REDACTED],****Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,****- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.**

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finko:

für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil vom 3. November 1966 wird aufrechterhalten.

Der Kläger hat auch die weiteren Kosten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war von 1957 bis zum 31. Mai 1962 auf Grund eines mündlich geschlossenen Vertrages Handelsvertreter der Beklagten für Wuppertal und Umgebung. Diese erteilte ihm monatlich Provisionsabrechnungen.

Der Kläger hat vorgetragen: Die Abrechnungen der Beklagten seien unvollständig. Es fehlten darin die Geschäfte mit dem Großhändler S [REDACTED] und mit den meisten Einzelhändlern. Als Bezirksvertreter habe er Provision für alle Geschäfte mit Kunden in seinem Bezirk zu beanspruchen.

Der Kläger hat zunächst beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder Buchsachverständigen Einsicht in ihre Bücher zu gewähren.

- 3 -

Die Beklagte hat geltend gemacht: Der Kläger habe vereinbarungsgemäß nur Verkäufe an Großhändler vermitteln und nur für Geschäfte mit diesen Provision erhalten sollen. Für den Besuch der Einzelhändler sei ihm bis Ende 1960 eine Festvergütung von 200 DM monatlich gezahlt worden. Mit S [REDACTED] habe der Kläger sich überworfen, dieser habe verlangt, daß der Kläger ihn nicht mehr aufsuche und auch keine Provision für Geschäfte mit ihm erhalten solle; der Kläger habe das ohne Widerspruch hingenommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug hat der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

- 1) nach ihrer Wahl ihm oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in die Geschäftsbücher und die sonstigen Urkunden zu gewähren, soweit dies zur Feststellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm erteilten Provisionsabrechnungen über die Zeit vom 1. Januar 1959 bis zum 31. Mai 1962 erforderlich sei,
- 2) ihm den Betrag zu zahlen, der sich über die ihm gutgeschriebenen Provisionen hinaus aus der Bucheinsicht ergeben werde.

Hilfsweise hat der Kläger Erteilung eines Buchauszuges für die Zeit ab 1. Januar 1959 begehrt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung über seine Revision vom 3. November 1966 hat der Kläger sich nicht vertreten

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



lassen. Auf Antrag der Beklagten ist die Revision daher durch Versäumnisurteil zurückgewiesen worden. Hiergegen hat der Kläger form- und fristgerecht Einspruch erhoben. Er beantragt, das Versäumnisurteil aufzuheben, und verfolgt seine Berufungsanträge weiter. Die Beklagte bittet, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat Provisionsansprüche des Klägers und daher auch den Anspruch auf Gewährung von Bucheinsicht zur Durchsetzung solcher Ansprüche verneint.

I.

1.) Zu dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Provision aus Geschäften mit dem Großhändler S [REDACTED] hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Der Zeuge Ha [REDACTED] (Geschäftsführer der Beklagten) habe glaubhaft bekundet, er erinnere sich, über die Angelegenheit S [REDACTED] mit dem Kläger gesprochen zu haben, dieser habe seines Wissens keinen Wert darauf gelegt, daß die Sache näher aufgeklärt werde, und ihn gebeten, nichts in der Angelegenheit zu unternehmen.

Damit habe der Kläger sich einverstanden erklärt, daß ihm aus Aufträgen von S [REDACTED] keine Provision mehr gezahlt wurde. Er habe auch nach der Bekundung von Ha [REDACTED] bis zur Klage keinen Widerspruch dagegen erhoben, daß die Beklagte über Geschäfte mit S [REDACTED] nicht abrechnete, obwohl er gewußt habe, daß die Geschäftsverbindung zu diesem weiterbestand.

2.) Die Revision macht geltend, der Zeuge Ha[REDACTED] habe seine Bekundungen mit dem Zusatz "meines Wissens" eingeschränkt. Das Berufungsgericht hätte dazu Stellung nehmen müssen, warum es dieser Einschränkung keine Bedeutung beigemessen habe. Daraus, daß es das unterlassen habe, müsse entnommen werden, daß es sich der Beweislast der Beklagten nicht bewußt gewesen sei und auch verkannt habe, daß ein Verzicht unzweifelhaft ausgesprochen werden müsse. Der ganze Vorgang sei auch zeitlich nicht festgelegt.

3.) Die Rüge hat keinen Erfolg.

Es fehlt an jedem Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht den Wortlaut der Aussage des Zeugen Ha[REDACTED], den es zum Teil wörtlich angeführt hat, und die darin enthaltenen unbestimmten Wendungen nicht beachtet hätte. Das macht auch die Revision nicht geltend.

Der Tatrichter ist rechtlich nicht gehindert, Feststellungen auf Grund der Aussage eines Zeugen zu treffen, auch wenn dieser sich einschränkend dahin geäußert hat, es sei "seines Wissens" oder "nach seiner Erinnerung" so gewesen, oder "er möchte glauben", daß etwas geschehen oder gesagt worden sei. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Bekundungen eines solchen Zeugen durch andere Umstände bestätigt werden. Hier hat der Kläger unbestritten wegen des Zerwürfnisses mit S[REDACTED] diesen Kunden nicht mehr aufgesucht. Er hat ferner in der Berufungsbegründung (S. 8) selbst eingeräumt, sich bis zu seinem Ausscheiden nicht dagegen gewandt zu haben, daß ihm für die Lieferungen an S[REDACTED] keine Provision gezahlt wurde. Sein Hinweis, er sei davon ausgegangen, daß die Beklagte keine Geschäfte

mit S [REDACTED] mehr getätigt habe, ist mit der Feststellung des Berufungsgerichts unvereinbar, er habe aus dem Gespräch mit Ha [REDACTED] gewußt, daß diese Geschäftsverbindung weiter bestand.

Unter diesen Umständen ist die Annahme des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, der Kläger habe auf die Zahlung von Provisionen aus Geschäften der Beklagten mit Schweiß verzichtet. Es ist nicht ersichtlich, daß es dabei die Beweislast verkannt hätte. Es hat, wie seine Ausführungen ergeben, den Beweis eines Verzichts des Klägers als erbracht angesehen und in dieser Beziehung keinen Zweifel gehabt. Daß es das Gespräch des Klägers mit Ha [REDACTED] nicht "zeitlich festgelegt" hat, ist unerheblich.

II.

Das Berufungsgericht hat den Kläger als beweispflichtig dafür angesehen, daß er auch von Aufträgen der Einzelhändler Provision erhalten sollte, und diesen Beweis für nicht erbracht gehalten. Es hat dazu ausgeführt, der Zeuge Ha [REDACTED] habe bekundet, er habe mit dem Kläger wie mit allen Vertretern ausgemacht, daß er nur Verkäufe beim Großhandel tätigen solle; für den Besuch der Einzelhändler, der nur der Aufklärung und Beratung habe dienen sollen, sei dem Kläger eine Festvergütung von monatlich 200 DM bezahlt worden.

1.) Die Revision macht unter Hinweis auf § 314 ZPO geltend, nach dem Tatbestand des Berufungsurteils (S. 2) sei der Kläger Bezirksvertreter der Beklagten gewesen; daraus ergäben sich die Rechtsfolgen des § 87 Abs. 2 HGB.

Damit hat sie keinen Erfolg. Es heißt zwar im Tatbestand des angefochtenen Urteils, der Kläger sei für die Beklagte als Handelsvertreter "für den Bezirk Wuppertal und Umgebung" tätig gewesen. Dem kann aber, zumal kein schriftlicher Vertrag vorliegt, keine Feststellung dahin entnommen werden, daß der Kläger schlechthin Bezirksvertreter im Sinne des § 87 Abs. 2 HGB gewesen sei. Einer solchen Annahme stehen die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils entgegen.

Die Vorschriften des § 87 HGB, auch die des Absatzes 2, sind nachgiebigen Rechtes, lassen also im Einzelfall Raum für abweichende Vereinbarungen der Parteien (vgl. dazu die Urteile des Senats vom 9. Januar 1964 VII ZR 107/62 und vom 1. Oktober 1964 VII ZR 65/63). Es kann einem Handelsvertreter zwar ein bestimmter Bezirk zugewiesen werden, aber mit der Maßgabe, daß er sich auf einen bestimmten Kundenkreis beschränken soll (so auch Schröder, Recht der Handelsvertreter, § 87 Anm. 33). Hier hat das Berufungsgericht eine Beschränkung auf den Kreis der in dem Bezirk ansässigen Großhändler angenommen. Diese Feststellung bindet das Revisionsgericht.

2.) Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß das Berufungsgericht die Beweislast verkannt habe. Wie erwähnt, steht es den Parteien frei, nach welchen örtlichen oder sonstigen Merkmalen der dem Handelsvertreter zugewiesene Kundenkreis bestimmt werden soll. Eine Vermutung besteht in dieser Beziehung nicht. Deshalb hatte der Kläger nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen den von ihm behaupteten ihm günstigen Vertragsinhalt zu beweisen. Da dieser Beweis hier nicht geführt war, ist das Berufungs-

gericht mit Recht von dem beschränkten Vertragsinhalt ausgegangen, den die Beklagte vorgetragen hatte.

3.) Das Berufungsgericht hält den dem Kläger obliegenden Beweis auch nicht dadurch für erbracht, daß die Beklagte in einer Reihe von Fällen dem Kläger tatsächlich Provisionen für Aufträge von Einzelhändlern abgerechnet und gezahlt habe. Es hat dazu ausgeführt, das sei nur bei einem kleinen Bruchteil der Einzelhändler der Fall gewesen. In der Abrechnung vom Oktober 1957 seien 20, in den Abrechnungen von 1961 und 1962 6 Firmen verzeichnet, die nach der Behauptung des Klägers Einzelhändler seien. Der Kläger habe aber nicht vorgetragen, daß sich seine Aufgaben auf diesen Teil der Einzelhändler beschränkt hätten. Er könne daraus nicht das Recht herleiten, neben der Pauschale von 200 DM monatlich für Geschäfte mit allen Einzelhändlern Provision zu verlangen.

Auch diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

a) Die Revision versucht unzulässigerweise an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung der Umstände ihre eigene zu setzen. Sie erkennt auch bei ihren gesamten weiteren Darlegungen, daß das Berufungsgericht unter den hier gegebenen Umständen mit Recht den Kläger als beweispflichtig für den von ihm behaupteten Inhalt des Vertrages angesehen hat. Es war rechtlich nicht gehindert, die Anführung einer geringen Anzahl von Einzelhändlern in den Provisionsabrechnungen der Beklagten nicht als ausreichend zur Führung dieses Beweises anzusehen. Die Revision hat nicht dargelegt, daß es dabei wesentliche Umstände übersehen

habe. Es konnte davon ausgehen, daß die Zahl der Einzelhändler in einem bestimmten Gebiet die der Großhändler meist erheblich übersteigt. Die Revision vermag nicht zu behaupten, daß es sich damit in Widerspruch zu einem allgemeinen Erfahrungssatz gesetzt hätte. Wenn es in diesem Zusammenhang bemerkt hat, das werde auch auf die Kunden der Beklagten zutreffen, statt sich sprachlich ganz bestimmt in der Gegenwartsform auszudrücken, so ist das unschädlich.

b) Das Berufungsgericht brauchte keine bestimmten Feststellungen darüber zu treffen, wie es in einer Reihe von Fällen zu den Provisionsgutschriften für Aufträge von Einzelhändlern gekommen ist. Dies mag, wie die Beklagte behauptet hat, auf einem Versehen in ihrem Bürobetrieb beruhen. Ein solches wird nicht, wie die Revision meint, dadurch ausgeschlossen, daß die Anschreiben zu den Provisionsabrechnungen jeweils von dem Inhaber der Beklagten unterschrieben worden sein mögen. Es kann auch sein, daß der Kläger in einigen Fällen tatsächlich Aufträge von Einzelhändlern vermittelt hat und deshalb nach der von dem Zeugen Hamann bekundeten Gepflogenheit der Beklagten hierfür Provision erhalten hat.

Das Berufungsgericht konnte im übrigen den Umstand als wesentlich ansehen, daß die Beklagte dem Kläger für die Betreuung der Einzelhändler bis Ende 1960 eine Festvergütung von 200 DM monatlich gezahlt hat.

4.) Auch die weiteren Rügen der Revision greifen nicht durch.

a) Der Kläger hat die Firmen P[REDACTED] und E[REDACTED] selbst nicht als Großhändler bezeichnet (vgl. dazu die Berufungsbegründung S. 4 und die Provisionsabrechnung vom Oktober 1957, in der er beide Firmen als nicht zu den Großhändlern gehörig gekennzeichnet hat). Da ihm hiernach für Aufträge dieser Firmen keine Provisionsansprüche zustanden, kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang Lieferungen an diese Firmen in den Provisionsabrechnungen der Beklagten nicht enthalten sind.

b) Die Revision macht ferner geltend, der Zeuge Ha[REDACTED] habe bekundet, er habe Ende 1960 bei dem Gespräch mit dem Kläger über die Streichung des Fixums von 200 DM nicht gesagt, daß eine "Verprovisionierung" von Geschäften mit Einzelhändlern damit restlos weggefallen sei. Der Zeuge hat aber weiter ausgesagt, das sei für ihn klar gewesen, er sei der Auffassung, daß der Kläger die neue Regelung nur so habe verstehen können.

Jedenfalls brauchte das Berufungsgericht daraus, daß die Festvergütung für den Besuch der Einzelhändler wegfiel - nach der Bekundung von Ha[REDACTED] deshalb, weil der Kläger diese gar nicht besucht habe - nicht zu folgern, der Kläger habe nunmehr für alle Aufträge von Einzelhändlern Provision verlangen können. Wie die Revision zu einer solchen Annahme kommt, ist nicht verständlich. Ein Provisionsanspruch des Klägers könnte höchstens für von ihm tatsächlich vermittelte Aufträge von Einzelhändlern im Hinblick auf die bereits erwähnte, von Ha[REDACTED] bekundete Gepflogenheit der Beklagten in Betracht kommen. Der Kläger hat aber nicht dargelegt, daß ihm in bestimmten Fällen für solche Aufträge keine Provision gezahlt worden sei.

Aus der Bekundung von Ha[REDACTED], Ende 1960 sei eine "Verprovisionierung" der Geschäfte mit den Einzelhändlern restlos weggefallen, brauchte das Berufungsgericht auch nicht, wie die Revision meint, zu schließen, der Zeuge habe damit zum Ausdruck gebracht, daß der Kläger bisher Provision für diese Geschäfte zu beanspruchen gehabt habe. Diese Ausdrucksweise des Zeugen ist im Hinblick auf die Streichung der Festvergütung von 200 DM zu verstehen. Das Berufungsgericht konnte das dahin auffassen, dem Kläger, der bisher die Festvergütung erhalten hatte, hätten nunmehr aus Geschäften der Beklagten mit den Einzelhändlern keinerlei Ansprüche mehr zustehen sollen.

III.

Da das Urteil des Berufungsgerichts auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers erkennen läßt, ist das Versäumnisurteil, durch das die Revision des Klägers zurückgewiesen wurde, aufrechtzuerhalten (§§ 343, 557 ZPO). Der Kläger hat gemäß § 344 ZPO auch die weiteren Kosten zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke