

VII ZR 146/61

Verkündet
am 8. Oktober 1962
[REDACTED] Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2195 032

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

des Kaufmanns Bartel G [REDACTED], A [REDACTED], M [REDACTED]
Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
gegen

die Firma Francesco Q [REDACTED] & Co., P [REDACTED] (Italien),
C [REDACTED] Postale [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heilmann-Trosien und
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Köln vom 8. März 1961 wird zu-
rückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revi-
sion zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien standen in den Jahren 1957 und 1958 in Geschäftsverbindung.

Die Klägerin hat mit der Klage vom Beklagten Bezahlung von Stofflieferungen in Höhe von 25.118,75 DM nebst Zinsen verlangt. Hiervon sind in diesem Rechtszug 14.604,98 DM streitig.

Der Beklagte hat insoweit mit einem Gegenanspruch aufgerechnet. Er hat behauptet, die Klägerin habe ihm bei einer Besprechung in Düsseldorf im Dezember 1957 ihre Vertretung für ganz Deutschland außer dem Rheinland und Süddeutschland fest zugesagt. Mit Rücksicht auf ihr erst am 30. Juni 1958 auslaufendes Vertreterverhältnis mit der Firma Layton in Berlin habe er auf Wunsch der Klägerin bis dahin deren Stoffe in eigenem Namen verkauft. Dadurch, daß sie ihm trotz Zusage die Winterkollektion 1958/59 nicht zur Verfügung gestellt und damit seine weitere Tätigkeit unmöglich gemacht habe, sei ihm ein Einnahmenausfall von 15.000 - 20.000 DM entstanden.

Die Klägerin hat bestritten, daß sie den Beklagten zu ihrem Handelsvertreter bestellt oder ihm den Abschluß eines Handelsvertretervertrages fest zugesagt habe. Sie hat vorgetragen, der Beklagte habe ihre Stoffe im wesentlichen im eigenen Namen verkauft; dabei habe er von ihr die Rechnungen erhalten und seinerseits die Zahlungen der Kunden entgegengenommen. Nur in Einzelfällen habe er in ihrem Namen Geschäfte abgeschlossen. Sie habe

- 3 -

die Geschäftsverbindung mit dem Beklagten nicht fortgesetzt, weil er trotz häufiger Mahnungen ihre Rechnungen nicht bezahlt habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, 14.604,98 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte insoweit den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat den vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch wegen Vorenthaltung der Winterkollektion verneint und hierzu ausgeführt:

Der Beklagte habe zwar geltend gemacht, die Klägerin habe mit ihm einen Handelsvertretervertrag geschlossen, zumindest ihm den Abschluß eines solchen bindend zugesagt. Er habe aber diese Behauptung nicht zu beweisen vermocht. Sein eigener Sachvortrag reiche nicht einmal aus, um daraus den Vertragsabschluß oder auch nur eine bindende Zusage der Klägerin hierfür entnehmen zu können. Aus dem Schriftwechsel ergebe sich lediglich, daß die Einstellung des Beklagten als Vertreter der Klägerin in Aussicht genommen war und der Beklagte einzelne Geschäfte für



Hinweis: Auch Teile der Originalsammlung sind als Dokumenten im System ohne Gewähr.

die Klägerin gegen Provision vermittelt habe. Im übrigen sei er als Eigenhändler aufgetreten. Zu einer auf Dauer gerichteten Bindung sei es zwischen den Parteien weder vor noch nach dem 30. Juni 1958, dem Zeitpunkt der Beendigung des Vertreterverhältnisses zwischen der Klägerin und der Firma Layton, gekommen.

Vergebens versucht die Revision durch eine Reihe von Rügen die Entscheidung des Berufungsgerichts zu Fall zu bringen.

1. Sie rügt zunächst, das Berufungsgericht habe sich mit dem Schriftwechsel der Parteien nur in Bausch und Bogen befaßt; sie verweist auf die in der Berufungsbegründung hervorgehobenen Stellen, an denen die Klägerin zum Ausdruck gebracht habe, daß sie den Beklagten als Bezirksvertreter haben wolle.

Die Würdigung und Auslegung des Schriftwechsels war Sache des Tatrichters. Daß dieser ihn insgesamt gewürdigt hat, hat die Revision nicht bezweifelt. Eines ausdrücklichen Eingehens in den Entscheidungsgründen auf Einzelheiten des Schriftwechsels bedurfte es unter den hier gegebenen Umständen nicht. Die Revision vermag keine einzige Stelle aus dem Schriftwechsel anzuführen, aus der eindeutig der Abschluß eines Handelsvertretervertrags zwischen den Parteien zu entnehmen wäre. Ein Schreiben vom 18. Juli 1957 ist bei den Akten nicht zu finden. Mit dem von der Revision angeführten Schreiben der Klägerin vom 29. Dezember 1958 hat sich das Berufungsgericht näher befaßt; es verneint, daß sich daraus eine verbindliche Zusage der Klägerin ergebe. (S. 10, 11). Daß sonst die Aus-

legung des Berufungsgerichts einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen allgemeine Auslegungsgrundsätze enthielte, ist von der Revision nicht geltend gemacht worden.

2. Das Berufungsgericht hat als Anzeichen dafür, daß zwischen den Parteien kein Handelsvertretervertrag zustande gekommen sei, angeführt, daß derartige Verträge regelmäßig schriftlich abgefaßt oder mindestens alsbald schriftlich bestätigt würden.

Auch darin ist kein Rechtsirrtum zu erkennen. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß ein Handelsvertretervertrag mündlich geschlossen werden kann und nicht etwa der Schriftform bedarf. Es war aber rechtlich nicht gehindert, das Fehlen eines schriftlichen Vertrages dahin zu werten, daß es gegen das Zustandekommen einer vertraglichen Bindung der Parteien spreche.

3. Das Berufungsgericht hat auch entgegen der Auffassung der Revision kein entscheidungserhebliches Vorbringen oder Beweiserbieten des Beklagten übergangen.

a) Die Revision weist darauf hin, der Beklagte habe in der Berufungsbegründung (§. 5) Beweis durch Vernehmung "der Parteien" dafür angetreten, daß er von Anfang an die Vertretung der Klägerin gewollt, diese das auch gewußt und sie ihm zugesagt habe, wenn der Firma Layton gekündigt sei.

Der angeführten Stelle der Berufungsbegründung ist aber ein Beweisantritt für das von der Revision bezeich-

nete Vorbringen nicht zu entnehmen. Das Berufungsgericht konnte annehmen, daß der Beweisantritt die unmittelbar vor ihm gebrachten Behauptungen des Beklagten betreffe, zumal die dort erwähnte Vorlage der Bücher und die Einholung eines Sachverständigengutachtens sich offensichtlich nur auf diese bezog.

b) Mit Recht hat ferner das Berufungsgericht den Beweisantritt im Schriftsatz vom 14. Februar 1961 als verspätet gemäß § 529 ZPO zurückgewiesen. Es brauchte nicht Rückfrage nach der fehlenden Anschrift der Zeugin zu halten. Übrigens wäre es auch nicht angängig gewesen, die im Ausland wohnende Zeugin gemäß § 272 b ZPO noch zum Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht zu laden. Zu Unrecht vermißt die Revision auch, daß das Berufungsgericht kein Verschulden des Beklagten an der Verspätung festgestellt habe. Es war gemäß § 529 Abs. 2 ZPO Sache des Beklagten, seine Verspätung zu entschuldigen. Da er dafür nichts vorgebracht hatte, brauchte das Berufungsgericht keine diesbezügliche Prüfung vorzunehmen.

4. Der Beklagte ist über den ganzen streitigen Sachverhalt vor dem Landgericht eingehend als Partei vernommen worden. Das Berufungsgericht bemerkt dazu, den eigenen Aussagen des Beklagten könne nicht einmal mit genügender Sicherheit entnommen werden, daß zwischen den Parteien für die Zeit nach dem 30. Juni 1958 ein Handelsvertretervertrag abgeschlossen worden sei. Abgesehen davon stelle die "eigene Parteivernehmung" kein zulässiges Beweismittel für den beweispflichtigen Beklagten dar.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte sich mit den Bekundungen des Beklagten bei seiner Parteiver-

nehmung auseinandersetzen müssen, es sei ihm in Gegenwart der Frau Aichinger mündlich fest zugesagt worden, daß er ab 30. Juni 1958 als Vertreter der Klägerin in Deutschland tätig werden sollte. Das Berufungsgericht habe ferner die Vorschrift des § 448 ZPO verletzt; aus dem Schriftwechsel ergebe sich soviel für den Standpunkt des Beklagten, daß es seine Parteivernehmung nicht als unzulässiges Beweismittel habe ansehen dürfen.

Die Würdigung des Sachverhalts und Beurteilung der tatsächlichen Voraussetzungen des § 448 ZPO ist Sache des Tatrichters. Dieser war rechtlich nicht gehindert die Angaben des Beklagten bei seiner Parteivernehmung als nicht ausreichend zum Beweise seines Vorbringens anzusehen.

5. Zu Unrecht beanstandet die Revision weiter, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob zwischen den Parteien nicht wenigstens ein auf Abschluß eines Handelsvertretervertrages gerichteter Vorvertrag zustande gekommen sei.

a) Das Berufungsgericht hat das erwogen (S. 7). Es hat ausdrücklich nicht nur den Abschluß eines Handelsvertretervertrages, sondern auch eine bindende Zusage der Klägerin hierfür verneint. Mit letzterem ist ersichtlich nichts anderes als ein Vorvertrag gemeint. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Rechtslage nach dem 30. Juni 1958 (S. 9, 10) lassen mit Sicherheit erkennen, daß es die Möglichkeit eines Vorvertrages geprüft und abgelehnt hat. Es konnte ohne Rechtsverstoß im Rahmen der ihm obliegenden Würdigung des Sachverhalts aus den Umständen folgern und hat daraus

gefolgert, daß die zwischen den Parteien gepflogenen mündlichen und schriftlichen Erörterungen noch zu keiner Bindung, auch nicht zu einer vorvertraglichen, geführt haben.

b) Das Berufungsgericht hätte zur Bestätigung dieser Auffassung darauf hinweisen können, daß ausweislich des Schriftwechsels der Beklagte selbst weder vor noch nach dem 30. Juni 1958 jemals auf Grund eines Vorvertrages den Abschluß des eigentlichen Handelsvertretervertrages verlangt oder sonst daraus irgendwelche Rechte hergeleitet hat.

Der Beklagte hat ferner selbst nicht vorgetragen, daß er die Klägerin nach dem 29. Dezember 1958 nochmals um Übersendung der Kollektion gebeten und auf den ihm drohenden Schaden hingewiesen habe. Auch daraus hätte das Berufungsgericht den Schluß ziehen können, daß er damals selbst nicht an eine Bindung der Klägerin geglaubt hat.

c) Ohne Erfolg macht die Revision in diesem Zusammenhang geltend, das Berufungsgericht habe damit einen Umstand verwertet, auf den die Klägerin sich selbst nicht berufen habe; es habe den § 128 ZPO verletzt. Es handelt sich hier nicht um die Verwertung einer Tatsache, die des Vortrages durch eine Partei bedurft hätte, sondern darum, daß etwas nicht geschehen war. Das Gericht konnte das bei seiner Meinungsbildung berücksichtigen. Im übrigen hatten die Parteien den Schriftwechsel vorgelegt und damit alles, was in diesem enthalten und nicht enthalten war, zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung gemacht.

d) Das Berufungsgericht hatte bei der gegebenen Sachlage auch keine Fragepflicht nach § 139 ZPO. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, von sich aus weitere Schriftstücke vorzulegen, wenn er dies für erheblich hielt.

6. Das Berufungsgericht, das hiernach ohne Rechtsirrtum sowohl den Abschluß eines Handelsvertretervertrages als auch eines Vorvertrages hierzu abgelehnt hat, hat noch geprüft, ob sich eine Verpflichtung der Klägerin zur Übersendung der Winterkollektion 1958/59 aus ihrem Schreiben vom 29. Dezember 1958 ergebe, aber auch das mit in der Revisioninstanz nicht angreifbarer Begründung verneint. Die Revision meint hierzu lediglich, zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen hätte es einer Kündigung der Klägerin bedurft. Sie übersieht dabei, daß das Berufungsgericht eine auf Dauer gerichtete Bindung der Parteien verneint hat. Dann war eine Kündigung nicht erforderlich.

7. Die Revision macht schließlich noch geltend, der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch des Beklagten sei äußerstenfalls aus dem Gesichtspunkt eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht erörtert. Das stellt aber den Bestand des angefochtenen Urteils nicht in Frage.

Der Beklagte hat hierfür im wesentlichen nicht mehr und nichts anderes vorgetragen, als das, woraus er das Zustandekommen eines Handelsvertretervertrages oder eines Vorvertrages folgert, nämlich eine "feste

5

Zusage" der Klägerin (S. 5 der Berufungsbegründung). Dieses Vorbringen genügt nicht, um die Voraussetzungen einer Haftung der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen darzutun. Dazu hätte es, zumal der Schriftwechsel in dieser Beziehung nichts Eindeutiges erbringt, der Anführung bestimmter Äußerungen der Klägerin oder sonstiger Umstände bedurft, aus denen zu folgern wäre, daß die Klägerin in dem Beklagten das Vertrauen erweckt habe, sie werde ihn mit Sicherheit zu ihrem Vertreter bestellen (vgl. dazu das Urt.d. erkennenden Senate vom 17. Mai 1962 VII ZR 224/60). An einem solchen hinreichend substantiierten Vorbringen fehlt es.

Im übrigen hat das Berufungsgericht ohne Rechts- und Verfahrensverstoß die Erklärungen des Beklagten bei seiner Parteivernehmung nicht als zum Beweise seines Sachvortrages ausreichend angesehen. Auch insoweit scheitert daher die Klage am Mangel des Beweises.

8. Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten erkennen läßt, ist dessen Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Finke