

Nachschlagewerk: ja

Antliche Sammlung: nein

2225 073

Abkommen über den Internationalen Währungsfonds (BGBI 1952
II 637) Art. VIII Abschn. 2 b; EGBGB Art. 7 ff (Deutsches
internationales Privatrecht)

Das deutsche Gericht muß prüfen, ob der Forderung eines
Deutschen gegen einen Österreicher mit Wohnsitz in Öster-
reich österreichische Devisenvorschriften entgegenstehen,
welche im Rahmen des Abkommens über den Internationalen
Währungsfonds (sog. "Abkommen von Bretton Woods") in der
Bundesrepublik Deutschland zu beachten sind. (Im Anschluß
an BGHZ 31, 367).

BGB § 284 Abs. 2 Satz 1; HGB §§ 87 c Abs. 1, 87 a Abs. 4

Die Fälligkeit der Provisionen eines Handelsvertreters ist
regelmäßig nicht nach dem Kalender bestimmt.

BGH, Urt. v. 9. April 1962 - VII ZR 162/60 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

VII ZR 162/60

Verkündet

am 19. April 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Karl D. & Co. in H. bei B. am
Bodensee (Österreich), Alleininhaber Kommerzialrat Karl
D. ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann Willi L., Inhaber der Fa. Willi L.,
Chemische und Pharmazeutische Fabrik in F.,
F. Landstraße ,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. April 1962 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien,
Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt
am Main vom 29. März 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt bei Bregenz eine chemische Fabrik, in der sie u.a. im Wege der Lohnveredelung Mais zu Dextrose und Dextrose-Ablaufzucker verarbeitet.

Durch Vertrag vom 1. März 1948 übertrug sie dem Kläger, mit dem sie schon vorher solche Lohnveredelungsgeschäfte gemacht hatte und auch weiter machte, ihre Generalvertretung "für das gesamte deutsche Reichsgebiet" mit Ausnahme einiger im Vertrag namentlich genannter Firmen. Der Kläger verpflichtete sich, die Interessen der Beklagten nach bestem Können wahrzunehmen und sie mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln in der Rohstoffversorgung zu unterstützen. Für die Vertretung sollte er "Provision oder Ware" erhalten, und zwar auch für Lieferungen, die die Beklagte direkt in das Vertretungsgebiet des Klägers machte, jedoch mit Ausnahme der nicht in den Vertretervertrag einbezogenen Firmen. Als dem Kläger zustehende "Provisionsmenge" je 1 000 kg Mais vereinbarten die Parteien am 1. März 1948 30 kg Reindextrose und 60 kg Dextrose-Ablaufzucker, später, am 7. November 1948, "50 kg Reindextrose bei Verzicht auf Ablaufzucker".

Vom 16. Juni bis 16. September 1948 befand sich der Kläger wegen Verdachts eines Kriegswirtschaftsvergehens in Untersuchungshaft.

Spätestens Februar 1951 endete das Vertragsverhältnis der Parteien.

In den Jahren 1948 und 1949 verarbeitete die Beklagte unstreitig mindestens 1 085 482 kg Mais - nach der Behauptung des Klägers noch mehr - für die Firmen H [REDACTED] (Langen)



und He●. Beide Firmen haben ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland und gehören nicht zu den im Vertrag ausgenommenen Firmen.

- Der Kläger hat mit der Klage u.a. Geldersatz verlangt für die ihm nach seiner Ansicht aus den genannten Geschäften zustehende "Provisionsmenge" Dextrose, weil die Beklagte sich geweigert hat, ihm diese Dextrose zu liefern. Er hat seine Forderung hieraus auf 324.299,47 DM beziffert. Insgesamt hat er Zahlung von 451.049,97 DM nebst Zinsen gefordert.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat u.a. geltend gemacht: Auf die Vertragsbeziehungen der Parteien sei österreichisches Recht anzuwenden. Es fehle die erforderliche Devisengenehmigung. Die Verträge verstießen gegen Währungsvorschriften. Sie hätten schon infolge der Untersuchungshaft des Klägers ihr Ende gefunden. Der Kläger habe auf Ansprüche verzichtet. Diese seien auch verwirkt und verjährt. Jedenfalls seien sie überhöht.

Hilfsweise hat sich die Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Dieses hat sie u.a. daraus hergeleitet, daß der Kläger ihr Rechnung darüber legen müsse, ob und welche Mengen Dextrose und Ablaufzucker er aus den Rücklieferungen der Beklagten an die von seiner Vertretung ausgenommenen Firmen weiterveräußert habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil u.a. die Beklagte zur Zahlung von 173.134,38 DM nebst Zinsen verurteilt.

Hiergegen hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Das Oberlandesgericht hat, wiederum durch Teilurteil, die Verurteilung der Beklagten in Höhe von 121.458,65 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 1. Januar 1950 bestätigt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klagabweisung, hilfsweise auf Verurteilung nur Zug um Zug, weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht wendet auf das Vertragsverhältnis der Parteien deutsches Recht an. Das rügt die Revision.

Die Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht meint zwar, es fehle an Anhaltspunkten, aus denen auf einen stillschweigenden Parteiwillen geschlossen werden könnte, die Anwendung deutschen Rechts zu vereinbaren. Es stellt aber andererseits selbst solche Anhaltspunkte fest, indem es darauf hinweist, daß die Beklagte sich im Prozeß erstmals mit Schriftsatz vom 5. Februar 1955 gegen die Anwendung deutschen Rechts gewandt hat. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß der Beklagten unstreitig das Armenrechtsgesuch des Klägers bereits am 9. September 1952 mitgeteilt und die Klage am 18. März 1953 zugestellt worden ist. Es war für die Beklagte aus den Ausführungen des Klägers ersichtlich, daß dieser von der Anwendung deutschen Rechts ausging. Die Beklagte selbst hatte sich im Schriftsatz vom 13. November 1953 auf das Fehlen der deutschen Devisengenehmigung berufen (es ist dort vom Kläger als "Deviseninländer" die Rede), und hatte geltend gemacht, die Voraussetzungen des § 326 BGB seien nicht gegeben. Sie hatte auch ihren Vortrag über die Verjährung ersichtlich zunächst auf die deutschen Verjährungsvorschriften abgestellt.

Allein schon dieses Prozeßverhalten der Beklagten läßt den Schluß zu, daß die Parteien stillschweigend von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen sind (BGH LM Nr. 1 zu Art. 7 ff EGBGB (deutsches intern. Privatrecht); Entscheidung des Senats vom 21. November 1960 - VII ZR 235/59 -; RG WarnRspr 1911 Nr. 111). Dann liegt aber eine stillschweigende Parteivereinbarung über die Anwendung deutschen Rechts vor. Unter diesen Umständen bedarf es keines Eingehens mehr auf den Gesichtspunkt des "hypothetischen Parteiwillens".

2) Die Revision macht - wie schon in den Vorinstanzen - geltend, es fehle die österreichische Devisengenehmigung.

Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Es ist ersichtlich der Auffassung, da als Vertragsstatut deutsches Recht anzuwenden sei, komme es auf die österreichischen Devisenvorschriften nicht an. Das trifft nicht zu.

a) Die Anwendbarkeit des österreichischen Devisenrechts auf die Rechtsbeziehungen der Parteien hängt nicht davon ab, ob diese österreichischem oder deutschem Privatrecht unterliegen. Denn privates und öffentliches Kollisionsrecht sind grundsätzlich zu unterscheiden. Dem öffentlichen Kollisionsrecht wohnt der Gedanke der Territorialität inne. Bestimmungen des öffentlichen Rechts wirken grundsätzlich nicht über die Landesgrenzen hinaus. Devisenrechtliche Bestimmungen sind öffentliches Recht; sie bezwecken in aller Regel den Schutz von Währung und Wirtschaft des Staates, der sie erlassen hat, und dienen der Förderung von dessen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen (BGHZ 31, 367, 370-372; dazu Drobnig NJW 1960, 1088). Daß es hier bei den in Betracht kommenden österreichischen Devisenvorschriften anders wäre, ist nicht ersichtlich.

b) Im vorliegenden Falle macht der Kläger eine Forderung gegen die Beklagte geltend, die ihren Sitz in Österreich hat. Die Klageforderung ist daher in Österreich belegen (§ 23 ZPO; vgl. BGH aaO S. 372-373) und unterliegt infolgedessen den österreichischen Devisenbestimmungen (BGHZ 31, 367, 372-373).

c) Allerdings besteht hier die Möglichkeit, daß die Beklagte Vermögen in der Bundesrepublik hat. Das hat jedenfalls der Kläger behauptet und daraus die Zuständigkeit des Landgerichts in Frankfurt am Main hergeleitet.

Das Vermögen der Beklagten außerhalb eines Staates unterliegt an sich nach dem Territorialitätsprinzip nicht den Beschränkungen der Devisengesetzgebung dieses Staates (vgl. Drobnig aaO S. 1091; BGHZ 7, 397).

Dennoch kann der Kläger hier, auch wenn die Beklagte in der Bundesrepublik Deutschland Vermögen hat, vor deutschen Gerichten kein Urteil gegen die Beklagte erstreiten, wenn die österreichischen Devisenvorschriften der Geltendmachung seiner Forderung entgegenstehen. Denn im vorliegenden Fall ist zu beachten, daß sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch Österreich dem Abkommen über den Internationalen Währungsfonds (sog. Abkommen von Bretton Woods) beigetreten sind (vgl. deutsches BGBI 1952 II 637; österr. BGBI Nr. 105/1949). Damit ist auch Art. VIII Abschn. 2 b dieses Abkommens von beiden Staaten zu innerstaatlichem Recht erhoben worden. Diese Vorschrift besagt, daß aus Devisenkontrakten, die im Gegensatz stehen zu den von dem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Abkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen, in den Gebieten der Mitglieder nicht geklagt werden kann. Daraus ist zu folgern, daß die Mitgliedstaaten in dem im Abkommen vorgesehenen Rahmen sich vertraglich verpflichtet

haben, ihre Devisenvorschriften gegenseitig zu beachten (vgl. BGHZ 31, 367, 373; Staudinger BGB 11. Aufl. § 134, Anm. 20; OLG Schleswig in Jahrbuch für intern. ausl. öff. Recht 1955, 113 mit Anmerkung von Bülck; Mann JZ 1953, 442).

Unter diesen Umständen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht wird vielmehr prüfen müssen, ob österreichische Devisenvorschriften, die nach dem genannten Abkommen zu beachten sind, der Rechtsverfolgung des Klägers entgegenstehen oder nicht und ob eine etwa erforderliche österreichische Devisengenehmigung erteilt ist. Dabei kommen sowohl eine Genehmigung der Verträge vom 1. März und 7. November 1948 in Betracht als auch eine Genehmigung der jetzt mit der Klage geforderten Zahlung.

d) Ungeklärt ist auch, ob die Beklagte, wie der Kläger vorträgt, es schuldhaft unterlassen hat, die österreichische Devisengenehmigung einzuholen, und ob sie daher möglicherweise verpflichtet ist, den Kläger im Wego des Schadensersatzes so zu stellen, wie er bei Erteilung der österreichischen Devisengenehmigung stehen würde.

e) Das Berufungsgericht wird weiter noch der Behauptung des Klägers nachgehen müssen, die von der französischen Militärregierung in Deutschland erteilte Devisengenehmigung habe sich auch auf die französisch besetzte Zone Österreichs erstreckt.

3) Das Berufungsgericht führt aus, ein Verstoß gegen Art. II des MilRegGes. Nr. 51 und gegen § 3 des Währungsgesetzes liege nicht vor.

Das greift die Revision zu Unrecht an.

- a) Beide Gesetzesbestimmungen betreffen Geldschulden. Im vorliegenden Fall handelt es sich dagegen ursprünglich um eine Warenschuld (Dextrose). Der Kläger verlangt hier Geld nur als Schadensersatz für die nach seiner Behauptung nach dem Vertrag geschuldete Dextrose (§ 326 BGB).
- b) Daran, daß eine Schuld der Beklagten an den Kläger auf Lieferung einer Provisionsmenge Dextrose keine Geldschuld war, ändert auch der Umstand nichts, daß der Kläger nach dem Vertrag vom 1. März 1948 "Provision oder Ware" erhalten sollte. Das gilt selbst dann, wenn darin ein Wahlrecht des Klägers zu erblicken wäre (vgl. auch BGH V ZR 105/60 vom 8. Februar 1961 - WM 1961, 451 -; Entscheidung des Senats VII ZR 64/60 vom 24. April 1961).
- c) Unerheblich ist, ob aus 1 000 kg Mais bestenfalls 200 kg Reindextrose hergestellt werden können. Auch wenn das der Fall wäre, die Beklagte also von der rückzuliefernden Ausbeute des Maises die Provisionsmenge für den Kläger nicht hätte abzweigen können, so hätte das an dem Charakter der Dextroseschuld als Warenschuld nichts geändert.
- 4) Das Berufungsgericht legt dar, die Beklagte könne sich ihrer Provisionspflicht nicht mit der Begründung entziehen, der Kläger habe während seiner Haftzeit nur unzulänglich geliefert. Denn sie habe das Vertragsverhältnis unstreitig über die Haftzeit des Klägers hinaus fortgesetzt.

Hiergegen erhebt die Revision eine Reihe von Rügen. Sie sind nicht begründet.

a) Es bedurfte keines Beweises dafür, daß der Kläger auch während und nach seiner Haftzeit die Beklagte mit Mais beliefert hat; denn das war unstreitig, und zwar auch soweit es sich um Lieferungen während der Haftzeit handelt (vgl. S. 6 des Schriftsatzes der Beklagten vom 5. Februar 1955).

b) Die Beklagte hat unstreitig nicht wegen der Haft des Klägers fristlos gekündigt (S. 22 des Berufungsurteils). Das Berufungsgericht brauchte daher keinen Beweis darüber zu erheben, daß eine solche Kündigung erfolgt sei. Die dahingehende Behauptung der Beklagten war überholt.

c) Die Beklagte hatte in den Vorinstanzen nicht behauptet, die Treuhänder des Klägers hätten während seiner Haftzeit in seinem Namen das Vertragsverhältnis gekündigt. Diese Behauptung der Beklagten ist neu; sie kann damit in der Revisionsinstanz nicht gehört werden.

d) Da in den Tatsacheninstanzen unstreitig war, daß der Kläger in gewissem Umfang die Beklagte auch während seiner Haftzeit beliefert hat (S. 6 des Schriftsatzes der Beklagten vom 5. Februar 1955), kann keine Rede davon sein, daß dem Kläger Lieferungen während seiner Haftzeit unmöglich gewesen wären.

Durch seine Haft war der Kläger zwar vorübergehend gehindert, die Interessen der Beklagten persönlich wahrzunehmen. Eine dauernde Unmöglichkeit, welche die Rechtsfolgen der §§ 323 ff BGB auslösen würde, kann darin jedoch nicht gesehen werden. Die von der Revision angeführte Entscheidung RGZ 158, 321, 331 betrifft einen wesentlich anderen Sachverhalt. Dort war das Wiedermöglichwerden der Leistung sehr unwahrscheinlich und überhaupt nicht abschbar. So liegt der Fall hier aber nicht.

Ob die Untersuchungshaft des Klägers dazu hätte führen können, daß die Beklagte ihm aus den während dieser Zeit von ihr ausgeführten Lieferungen keine Provision schuldete, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn nach den von der Beklagten mit Schriftsatz vom 24. Juni 1959 überreichten Aufstellungen hat sie sämtliche Lieferungen, um deren Provisionen es hier geht, nach Beendigung der Untersuchungshaft des Klägers ausgeführt. Dafür, daß es dem Kläger nach seiner Haftentlassung nicht wieder möglich gewesen wäre, entsprechend dem Vertrag vom 1. März 1958 für die Beklagte tätig zu sein, fehlt jeder Anhaltspunkt.

e) Die Revision beruft sich darauf, der Kläger habe zu wenig Mais geliefert, und meint, da er selbst vertragsuntreu gewesen sei, dürfe er sich nicht auf Vertragsuntreue der Beklagten berufen.

Allerdings kann bei gegenseitigen Verträgen der Teil, der selbst vertragsuntreu ist, nicht die Rechte aus § 326 BGB für sich geltend machen (RGZ 152, 119, 123; RGRK BGB 11. Aufl. § 326 Anm. 8 mit weiteren Nachweisen). Auch trägt der Gläubiger, der die Rechte aus § 326 BGB verfolgt, die Beweislast für seine eigene Vertragstreue (RG HRR 1932 Nr. 436; RGRK aaO Anm. 28).

Die Revision übersieht aber, daß hinsichtlich des hier zu beurteilenden Teils der Klageforderung die Verpflichtung des Klägers, im Rahmen von Veredelungsverträgen (Kauf- oder Tauschverträgen) selbst Mais an die Beklagte zu liefern, nicht Bestandteil des Vertretervertrages der Parteien war. Eine vom Kläger möglicherweise verletzte Pflicht zu eigener Anlieferung von Mais steht daher zu seinen Provisionsansprüchen aus dem Vertretervertrag nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Die von der Revision angeführten Rechtsgrundsätze sind daher insoweit nicht anwendbar.

Ein Verzug des Klägers mit seinen eigenen Lieferpflichten hätte allerdings einen Verzug der Beklagten mit ihrer Verpflichtung zur Lieferung einer Provisionsmenge Dextrose an den Kläger dann ausschließen können, wenn die Beklagte damals wegen der Vertragsverletzung des Klägers ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hätte (§ 369 HGB; § 273 BGB). Die Beklagte hat aber nicht vorgetragen, daß dies geschehen wäre.

Die Beklagte hätte aus dem angeblichen damaligen Lieferverzug des Klägers eigene Ansprüche herleiten und sie gegenüber der Klageforderung zur Aufrechnung stellen können; sie hat in dieser Richtung jedoch bisher nichts vorgebracht.

f) Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind hier schon deswegen nicht anwendbar, weil die Beklagte den Vertretervertrag mit dem Kläger aus wichtigem Grunde jederzeit hätte kündigen können (BGHZ 24, 91, 95-96).

g) Unerheblich ist, ob die Firmen Langen (H[REDACTED]) und He[REDACTED] die Rücklieferung der vollen Ausbeute des von ihnen gelieferten Maises für sich beanspruchten. Das änderte nichts an der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger die ihm aus diesen Geschäften vertraglich zustehende Provisionsmenge Dextrose zu liefern. Wenn die Geschäfte dadurch für die Beklagte zu einem Verlust führten, so mußte sie sie entweder ablehnen oder dem Kläger kündigen.

5) Das Berufungsgericht legt dar, der Kläger habe nicht auf seine Ansprüche verzichtet.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte Verzicht, mindestens aber Verwirkung bejahen müssen.

a) Die Beklagte hatte in den Vorinstanzen einen Verzicht des Klägers aus seinem Schreiben vom 20. März 1949 herzu-
leiten versucht. Das Berufungsgericht würdigt dieses Schrei-
ben tatrichterlich und kommt zu dem Ergebnis, daß ihm ein
Verzicht des Klägers nicht zu entnehmen ist. Das läßt kei-
nen Rechtsirrtum erkennen.

Die Revision meint, der Kläger habe erstmalig mit
Schreiben vom 22. Juni 1950 die Provisionsfrage angeschnit-
ten.

Das Berufungsgericht weist demgegenüber auf das Schrei-
ben des Klägers vom 6. Dezember 1948 hin, welches seine Pro-
visionen für Direktgeschäfte der Beklagten mit der Firma
Westhandel! betrifft. Zwar waren diese Provisionen in der
Berufungsinstanz nicht im Streit; das Berufungsgericht
durfte dem Schreiben aber entnehmen, daß der Kläger allge-
mein nicht gewillt war, auf seine Provisionen zu verzichten.
Es hätte auch noch darauf hinweisen können, daß der Inhaber
der Beklagten seine Provisionspflicht dem Grunde nach anerkannt
hatte. Auch aus dem Inhalt des Schreibens vom 22. Juni 1950
läßt sich kein Verzicht des Klägers auf irgendwelche An-
sprüche herleiten. Die gegenteilige Auffassung der Revision
ist unhaltbar. Unter diesen Umständen brauchte das Beru-
fungsgericht sich in diesem Zusammenhang mit dem genannten
Schreiben nicht zu befassen.

b) Das Berufungsurteil enthält zwar keine ausdrücklichen
Ausführungen darüber, ob die Ansprüche des Klägers verwirkt
sind. Das Berufungsgericht hat aber eine Verwirkung verneint,
wie sich daraus ergibt, daß es den Anspruch zugesprochen hat.
Einer besonderen Begründung bedurfte es insoweit nicht, da
es hier schon an dem für eine Verwirkung erforderlichen
längeren Zeitablauf fehlt.

6) Das Berufungsgericht führt aus:

Der Kläger habe von der Beklagten 54 274,10 kg Dextrose an Provision zu fordern gehabt. Da die Beklagte die Lieferung dieser Provisionsmenge strikt abgelehnt habe, sei der Kläger berechtigt, an Stelle der Naturallieferung deren Wert zu verlangen, ohne daß es dazu noch einer besonderen Fristsetzung bedurft habe. Der Kläger habe die abstrakte Schadensberechnung gewählt, abgestellt auf den Zeitpunkt des ersten Verzuges. Dieser Zeitpunkt sei daher hier von erheblicher Bedeutung.

Spätestens durch das Schreiben vom 5. August 1950 sei die Beklagte an die Erfüllung ihrer Provisionsverpflichtungen gemahnt worden. Eine frühere Mahnung des Klägers sei nicht bewiesen. Einer Mahnung habe es aber überhaupt nicht bedurft, da nach § 88 Abs. 4 HGB a.F. die Abrechnung der Provisionen zum Schluß eines jeden Kalenderhalbjahres habe erfolgen müssen, die Leistung der Beklagten also kalendermäßig bestimmt gewesen sei.

a) Dem kann nicht gefolgt werden.

Kalendermäßig bestimmt im Sinne des § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB ist eine Leistung, wenn sie sich nur nach dem Kalender ermitteln läßt, wenn ein Kalendertag unmittelbar oder wenigstens mittelbar bezeichnet ist. Anders ist es dagegen, wenn die kalendermäßige Rechnung ihrerseits an ein ungewisses künftiges Ereignis anzuknüpfen hat (vgl. RGZ 103, 33, 34). So liegt der Fall hier.

§ 88 Abs. 4 HGB a.F., wonach am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres über die zu zahlenden Provisionen abzurechnen ist, besagt für sich allein nicht, über welche Pro-

visionen jeweils abzurechnen ist. Das ergibt sich vielmehr aus § 88 Abs. 1 und 2 HGB a.F. Danach ist zu dem in Abs. 4 genannten Zeitpunkt über die Geschäfte abzurechnen, die in dem betreffenden Halbjahr entweder ausgeführt worden sind (Abs. 1) oder deren Ausführung aus bestimmten Gründen unterblieben ist (Abs. 2). Es kommt also für die Fälligkeit der Provision entscheidend auf den Zeitpunkt an, in welchem das dem Provisionsanspruch des Handelsvertreters zu Grunde liegende Geschäft vom Geschäftsherrn ausgeführt worden ist oder ausgeführt worden wäre, wenn es nicht am Verhalten des Geschäftsherrn gescheitert wäre. Dieser Zeitpunkt, von dem ab dann allerdings kalendermäßig bis zum Schluß des betreffenden Kalenderhalbjahres weitergerechnet werden kann, läßt sich nicht kalendermäßig bestimmen. § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB ist mithin in einem solchen Fall nicht anwendbar (ebenso für die insoweit gleichartige Regelung nach neuem Handelsvertreterrecht gemäß § 87 c Abs. 1, § 87 a Abs. 4 HGB n.F.: OLG Oldenburg NJW 1959, 888; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 3. Aufl. § 87 a Rz 43; Baumbach-Duden HGB 14. Aufl. § 87 a Anm. 5 a.E.).

Das Berufungsgericht muß daher bei der Schadensberechnung und dem Zinsanspruch auf den Zeitpunkt der ersten verzugsbegründenden Mahnung abstellen.

Es meint zwar, der von ihm zuerkannte Betrag sei auch dann begründet, wenn man davon ausgehe, daß die Beklagte erst mit Schreiben des Rechtsanwalts Dr. M. [REDACTED] vom 6. (muß heißen: "5.") August 1950 in Verzug gesetzt worden sei. Einstweilen jehlt jedoch - auch für eine Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO - eine genügende Grundlage für die Annahme, der Preis für Dextrose am 5. August 1950 sei gleich dem Jahresdurchschnittspreis für 1950. Das Gutachten Dr. Götze stellt

auf den Jahresdurchschnittspreis ab. Es läßt nicht erkennen, ob der im Jahre 1950 eingetretene Preisrückgang sich gleichmäßig über das ganze Jahr verteilt hat. Im übrigen liegt es nahe, daß der Sachverständige, da er den Jahresdurchschnittspreis ermittelt hat, auch den Preis zum 5. August 1950 hätte feststellen können, wenn er danach gefragt worden wäre.

b) Die Revision bringt vor, dem Kläger dürfe als Schadensersatz nicht der Bruttoverkaufspreis zugesprochen werden, den er bei Lieferung der Dextrose seitens der Beklagten durch deren Weiterveräußerung hätte erzielen können; vielmehr müßten die von ihm ersparten Vertriebskosten und die Zuckersteuer abgesetzt werden.

Das ist an sich richtig. Doch braucht auf Einzelheiten zur Höhe hier nicht eingegangen zu werden, da die Beklagte Gelegenheit haben wird, ihre Einwendungen insoweit in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vorzubringen.

c) Die weiteren von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind nicht begründet:

aa) Es kann keine Rede davon sein, daß die Beklagte sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden hätte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätte sie vielmehr bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können und müssen, daß der Kläger auf seine Provisionsansprüche nicht verzichtet hatte und daß diese nicht verwirkt waren.

Es ist auch nicht ersichtlich, daß der Kläger längere Zeit hindurch von derselben Rechtsauffassung ausgegangen wäre wie die Beklagte, nämlich, daß ihm keine Provisionsansprüche zuständen. Für die dahingehende Annahme der Revision besteht kein Anhalt.

bb) Einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB bedurfte es nicht; denn das Berufungsgericht stellt tatbestandlich fest, daß die Beklagte es "strikt abgelehnt" hat, dem Kläger noch Provisionsmengen Dextrose zu liefern. Darin lag eine Erfüllungsweigerung, die, wenn sie rechtswidrig schuldhaft war, auch ohne Nachfristsetzung eine Schadensersatzpflicht der Beklagten auslösen konnte (RGRK BGB 11. Aufl. Anh. zu § 326 Anm. 9 mit Nachweisen).

cc) Die Bestimmung im Verträge vom 1. März 1948, daß die Provision "von Fall zu Fall" festgelegt werde, ist überholt durch die Zusatzvereinbarung vom 1. März 1948 sowie die vom 7. November 1948, deren Zweck es u.a. gerade war, die dem Kläger zustehenden Provisionsmengen festzulegen.

7) Die Revision meint, die Klageforderung sei, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, verjährt, soweit sie sich auf die Provisionen aus 1948 beziehe; der Kläger hätte auch seine Teilforderung aufgliedern müssen.

Die Rüge ist nicht begründet. Die Revision verkennt, daß der Kläger nicht mehr die ursprünglichen Provisionsansprüche auf Lieferung von Dextrose geltend macht, sondern einen einheitlichen Schadensersatzanspruch auf Geldzahlung, den er daraus herleitet, daß die Beklagte die Erfüllung seiner Provisionsansprüche endgültig verweigert hat (positive Vertragsverletzung). Wenn auch auf diesen Anspruch die für die ursprünglichen Provisionsansprüche geltende 4-jährige Verjährungsfrist ebenfalls anzuwenden ist (vgl. EGH LM Nr. 3 zu § 264 BGB), so beginnt doch die Verjährung des Schadensersatzanspruchs erst im Zeitpunkt seiner Entstehung (§ 198 BGB), d.h. hier im Zeitpunkt der Erfüllungsweigerung der Beklagten (vgl. RGZ 128, 76; BGH LM Nr. 2 zu § 198 BGB).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte erstmalig im Jahre 1950 die Erfüllung endgültig verweigert (vgl. ihr Schreiben vom 3. Juli 1950). Damals waren die Provisionsforderungen des Klägers aus 1948 und 1949 noch nicht verjährt. Der Kläger hat im Jahre 1953 beim Landgericht in Frankfurt zunächst 20.000 DM eingeklagt und die Klage noch im selben Jahr auf 200.000 DM erhöht. Jedenfalls dadurch war die Verjährung des Schadensersatzanspruchs unterbrochen, so daß es nicht mehr darauf ankommt, ob das nicht schon 1950 durch das Verfahren in Köln geschehen ist.

8) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beklagte ihr Zurückbehaltungsrecht zuletzt nur noch auf ihren angeblichen Anspruch auf Rechnungslegung gestützt hat, den sie daraus herleitet, daß der Kläger mit den im Vertretervertrag von seiner Vertretung ausgenommenen Firmen vertragswidrig Geschäfte gemacht habe, deren Umfang ihr nicht bekannt sei. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch nicht substantiiert vorgetragen; außerdem habe der Kläger Auskunft dahin erteilt, daß er solche Geschäfte nicht gemacht habe.

a) Die Revision meint, die Beklagte habe ihr Zurückbehaltungsrecht bis zuletzt auch auf ihren angeblichen Zahlungsanspruch über 3.129,58 US-Dollar gestützt.

Das trifft nicht zu. Ausweislich des Protokolls vom 29. Februar 1960 hat die Beklagte den Antrag zu II 1 ihres Schriftsatzes vom 5. März 1956 ("Mai" ist Schreibfehler im Protokoll) nicht mehr gestellt. Dieser somit fallen gelassene Antrag betraf das Zurückbehaltungsrecht wegen der vorgenannten Dollarforderung. Dasselbe ergibt sich aus den tatbestandlichen Feststellungen S. 13, 14 und 30 des Berufungsurteils.

b) Ob die Beklagte ihr Vorbringen wegen des Rechnungslegungsanspruchs, auf den sie ihr Zurückbehaltungsrecht zuletzt allein noch gestützt hat, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts genügend substantiiert hat, kann auf sich beruhen.

Denn der Kläger hat im Prozeß erklärt (S. 55 seines Schriftsatzes vom 11. Februar 1955), daß er keinen der im Antrag der Beklagten genannten Kunden beliefert habe. Damit hatte er die begehrte Auskunft in negativem Sinne erteilt. Der Auskunft- und Rechnungslegungsanspruch der Beklagten war mit dieser Erklärung des Klägers erschöpft. Das gilt auch dann, wenn die Auskunft falsch war, wie die Beklagte behauptet.

Es stand der Beklagten in den Tatsacheninstanzen allerdings frei, den Nachweis zu erbringen, daß der Kläger doch verbotene Geschäfte gemacht habe, daraus Schadensersatzansprüche gegen ihn herzuleiten und diese gegen die Klagorderung zur Aufrechnung zu stellen. Das hat die Beklagte jedoch nicht getan. Insbesondere findet sich an den von der Revision angeführten Schriftsatzstellen keine Aufrechnungs-erklärung.

Die Beklagte hat auch ihr Zurückbehaltungsrecht nicht auf einen Zahlungsanspruch gegen den Kläger gestützt, sondern lediglich auf ihren Rechnungslegungsanspruch. Das ergibt sich eindeutig aus ihren Anträgen.

9) Über den Anspruch des Klägers auf Rechnungslegung hat das Berufungsgericht in dem angefochtenen Teilurteil nicht entschieden, wie die Gründe des Urteils eindeutig ergeben. Daher braucht auf das, was die Revision dazu vorbringt, nicht eingegangen zu werden.

10) Nach alledem muß das Berufungsurteil aus den oben zu 2 und 6 a erörterten Gründen ("österreichische Devisengenehmigung" und "kalendermäßige Fälligkeit") aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Meyer Dr. Vogt Fink