

VII ZR 248/62

2232 021

Verkündet  
am 25. Mai 1964  
Woitscheck,  
Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Nikanor de L [REDACTED] in  
W [REDACTED], O [REDACTED]strasse [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers  
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

gegen

die Firma Lanificio B [REDACTED] & L a [REDACTED] in  
P [REDACTED] (I [REDACTED]), Via C [REDACTED] [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1964 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter  
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Finko  
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das  
Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandes-  
gerichts in Frankfurt (Main) vom 26. Okto-  
ber 1962 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision  
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wegen des Sach- und Streitstandes wird zunächst auf den Tatbestand des in dieser Sache ergangenen Urteils des erkennenden Senats vom 5. Dezember 1960 - VII ZR 256/59 - Bezug genommen.

Der Beklagte hatte damals das Berufungsurteil nur insoweit angefochten, als dieses die von ihm zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche auf Zahlung einer Provision von 6.000 DM und auf Leistung von Schadensersatz wegen des von der Klägerin veranlaßten Wechselprotestes nicht anerkannt und seine Widerklage abgewiesen hatte (vgl. den ersten Absatz der Entscheidungsgründe des Urteils vom 5. Dezember 1960).

In der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist der Beklagte wieder darauf zurückgekommen, daß er als Generalvertreter der Klägerin die von dieser bezogenen Waren nicht fest gekauft habe und nur insoweit zur Zahlung verpflichtet sei, als er die Ware verkauft und den Erlös erhalten habe. Der Beklagte hat ferner sein Vorbringen zu den von ihm geltendgemachten Gegenansprüchen noch erweitert.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten wiederum im wesentlichen zurückgewiesen; es hat lediglich im Hinblick auf die inzwischen erfolgte Aufwertung der Deutschen Mark die Verurteilung des Beklagten dahin eingeschränkt, daß er den Gegenwert von 1.697,68 \$ nebst Zinsen in Deutscher Mark nach dem zur Zeit der Zahlung geltenden Kurswert zu zahlen hat.

Mit seiner Revision gegen dieses Urteil verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage und die Widerklage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Klageforderung in seinem neuen Urteil zunächst ausgeführt (BU 7 ff): Die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung der ihm gelieferten Waren ergebe sich schon aus seinem eigenen Vortrag, wonach er sich verpflichtet habe, die Waren spätestens 120 Tage nach Empfang zu bezahlen, sowie aus einer entsprechenden Bekundung der bei ihm tätig gewesenen Frau M. Der Beklagte sei aber auch nach den übrigen Umständen des Falles als echter Käufer der von der Klägerin gelieferten Ware, nicht nur als Kommissionär anzusehen.

Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht bindet das Revisionsgericht. Die Revision hat insoweit auch keinen Rechtsfehler des angefochtenen Urteils aufzuzeigen vermocht.

Es braucht daher nicht darauf eingegangen zu werden, ob der Beklagte, nachdem er das erste Berufungsurteil nur wegen seiner Gegenforderungen angegriffen hatte, noch berechtigt war, Einwendungen gegen die Klageforderung vorzubringen.

#### II.

Das Berufungsgericht hat ferner nicht für bewiesen erachtet, daß der Beklagte von der Klägerin zum Bezirksvertreter im Sinne des § 87 Abs. 2 HGB bestellt worden sei.



(BU 13 ff). Seine Ausführungen hierzu lassen gleichfalls keinen sachlich-rechtlichen Rechtsirrtum erkennen. Die Revision hat einen solchen auch nicht geltend gemacht. Die von ihr in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen haben keinen Erfolg.

1.) Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe den vom Beklagten angetretenen Beweis nicht erhoben, daß die Niederschrift über die Vernehmung des Mitinhabers der Klägerin La [REDACTED] durch den ersuchten Richter in Italien unrichtig sei, La [REDACTED] vielmehr in Wirklichkeit folgendes erklärt habe: Man habe in Wiesbaden über die Übergabe der Generalvertretung für ganz Deutschland an den Beklagten gesprochen, aber eine endgültige Entscheidung sei nicht angenommen worden, es sei vereinbart worden, daß seine Firma dies zu einem späteren Zeitpunkt schriftlich bestätige.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt (BU 19): Weder der Beklagte noch sein Anwalt hätten auf einer Richtigstellung der Niederschrift bestanden. Zudem spreche die von dem Beklagten behauptete Erklärung La [REDACTED] eher dafür, daß die Bestellung des Beklagten zum Generalvertreter erst für einen späteren Zeitpunkt ins Auge gefaßt worden sei, als daß sie schon am 20. Januar 1957 vereinbart worden wäre.

Wenn das Berufungsgericht insbesondere mit der letzteren Begründung den vom Beklagten erbotenen Beweis als unerheblich angesehen hat, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

2.) Der Beklagte hatte durch Benennung eines gewissen Ba[REDACTED] als Zeugen unter Beweis gestellt, daß der Mitinhaber der Klägerin La[REDACTED] bei einer Besprechung in Mailand am 6. Januar 1958 auf den Vorhalt, die Klägerin habe für einen Verkauf von 20.000 m Ware an einen Kunden in Süddeutschland dem Beklagten Provision zu zahlen, gesagt habe: "Sie machen mir sagen, was ich nicht sagen muß". Sinngemäß habe er damit die Bestellung des Beklagten zum Bezirksvertreter für ganz Deutschland und damit die Provisionspflicht der Klägerin für Direktaufträge anerkannt.

Das Berufungsgericht hatte zunächst die Erhebung dieses Beweises beschlossen. Nachdem sich dann ergeben hatte, daß Ba[REDACTED] unter der vom Beklagten angegebenen Anschrift nicht zu finden war, hat der Beklagte beantragt, der Klägerin aufzugeben, dessen neue Anschrift mitzuteilen mit dem Bemerken, sie sei hierzu in der Lage, da Barberis ihr Vertreter sei.

Das Berufungsgericht wies diesen Antrag des Beklagten durch Beschluß zurück, da es an einer Rechtsgrundlage dafür fehle. Im Urteil hat es dazu ausgeführt (BU 19/20): Eine schuldhafte Vereitelung der Beweisführung des Beklagten durch die Klägerin, die eine entsprechende Anwendung des § 444 ZPO rechtfertige, sei nicht festzustellen. Die Klägerin habe unwiderlegt erklärt, daß ihr die Anschrift der vom Beklagten als Zeugen benannten Person nicht bekannt sei, weil sie zu ihr seit mehreren Jahren keine Verbindung mehr habe, und daß sie die Anschrift auch nicht feststellen könne.

Die Revision ist der Meinung, die Klägerin wäre nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, die auch den Prozeß beherrschten, zur Mitteilung der Anschrift des Zeugen Ba[REDACTED] verpflichtet gewesen. Nach dem Grundgedanken des § 444 ZPO sei daher die Behauptung des Beklagten als bewiesen anzusehen.

Die Revision übersieht hierbei, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin unwiderlegt angegeben hat, die Anschrift des Zeugen nicht zu kennen, weil sie seit Jahren keine Verbindung mehr zu ihm habe. Es fehlt daher schon an den subjektiven Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 444 ZPO. Die Revisionsbegründung enthält auch keine Verfahrensrüge dahin, daß der Beklagte Beweis für ein treuwidriges Prozeßverhalten der Klägerin angetreten und das Berufungsgericht den Beweisantritt nicht berücksichtigt hätte.

Unter diesen Umständen bedarf es keines Eingehens auf die Hilfsbegründungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine entsprechende Anwendung des § 444 ZPO verneint.

3.) Die Revision macht ferner geltend, das Berufungsgericht habe überschen, daß die Zeugin M[REDACTED] ausdrücklich erklärt habe, bei der Besprechung vom 20. Januar 1957 sei übereinstimmend die Stellung des Beklagten mit den Worten "agent générale" gekennzeichnet worden.

Das Berufungsgericht hat diese Bekundung der Zeugin eingehend gewürdigt (BU 16/17). Es hat dadurch nicht als bewiesen angesehen, daß der Mitinhaber der Klägerin La[REDACTED] dem zugestimmt habe. Im übrigen hat es Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugin gehabt.

In der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist kein in der Revisionsinstanz zu beachtender Rechtsfehler zu erkennen.

4.) Die Revision weist ferner darauf hin, die Klägerin habe in ihrem Schreiben vom 18. Februar 1957 ausdrücklich bestätigt, daß sie mit dem Beklagten auch als Vertreter zusammenarbeiten wolle; damit könne nur der Vertreter im Sinne der Besprechung in W■■■■■■■■■■, also der "agent générale" von dem die Zeugin M■■■■■■■■■■ bekundet habe, gemeint sein.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat das Schreiben der Klägerin vom 18. Februar 1957 gewürdigt und dazu bemerkt (BU 15), in diesem Schreiben sei nur zum Ausdruck gebracht, daß der Beklagte mit der Klägerin als Importeur und Vertreter zusammenarbeiten solle. Wie bereits unter 3. erwähnt, hält das Berufungsgericht durch die Bekundungen der Frau M■■■■■■■■■■ nicht für erwiesen, daß La■■■■■■■■■■ der Bestellung des Beklagten zum "agent générale" zugestimmt habe (BU 16). Die Annahme der Revision, Vertreter im Sinne des Schreibens der Klägerin vom 18. Februar 1957 könne nur der "agent générale" sein, ist daher mit den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vereinbar.

### III.

Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, ob die Klägerin berechtigt war, den Wechsel auf den Beklagten zu ziehen und ihn mangels Zahlung protestieren zu lassen. Es hat auf Grund der Auskünfte der Dresdener Bank in W■■■■■■■■■■ und der Zweigstelle der Bank von Rom in P■■■■■■■■■■ nicht als bewiesen angesehen, daß dem Beklagten durch den

Wechselprotest ein Schaden entstanden sei, und ferner ausgeführt, aus der vom Beklagten behaupteten Tatsache, daß zwei italienische Firmen die Geschäftsbeziehungen zu ihm abgebrochen hätten, könne allein nicht der Schluß gezogen werden, daß dies wegen des Wechselprotestes geschehen sei (BU.20 - 21).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte zu diesem Punkt gemäß den Beweisangeboten im Schriftsatz vom 19. April 1961 S. 18 und 19 auch Frau M. und die Inhaber der beiden Firmen hören müssen. In dem Hinweis auf die Firmennamen und der Behauptung, daß die Bank die Firmen vor dem Beklagten gewarnt habe, habe stillschweigend ein Beweisantritt durch die Firmeninhaber gelegen. Das wäre auf Frage nach § 139 ZPO entsprechend aufgeklärt worden.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

Der Beklagte hatte an den angegebenen Schriftsatzstellen durch Frau M. nur Verhandlungen mit den zwei italienischen Firmen unter Beweis gestellt, nicht auch, daß diese Firmen die Verhandlungen abgebrochen hätten, weil sie eine ungünstige Bankauskunft über ihn wegen des Wechselprotestes erhalten hätten.

Beweis durch die Inhaber der beiden Firmen hat der Beklagte nicht angetreten. Durch die Äußerung der Zweigstelle der Bank von Rom in P. ist die Behauptung des Beklagten nicht bestätigt worden. Die Bank hat vielmehr erklärt, sie führe keine Wechselprotestlisten über Nichtitaliener, nach ihren Unterlagen habe sie auch keine Auskunft über den Beklagten erteilt. Danach wäre es Sache des Beklagten gewesen, gegebenenfalls ausdrücklich weiteren Beweis für seine Sachdarstellung anzutreten. Er ist aber auf

seine angebliche Schädigung durch den Wechselprotest und ungünstige Bankauskünfte nach Eingang der Äußerung der Bank in P. in seinem Schriftsatz vom 4. Oktober 1962 überhaupt nicht mehr eingegangen. Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, ihn gemäß § 139 ZPO zu befragen, ob er noch die Firmeninhaber als Zeugen benennen wolle.

#### IV.

Der Beklagte hat ferner noch einen Schadensanspruch geltendgemacht, da die Klägerin ihre Preise erhöht habe und ihm dadurch Aufträge entgangen seien.

Das Berufungsgericht hat zu diesem Punkt ausgeführt (BU 22): Die dem Beklagten von den Firmen F. und E. erteilten Aufträge seien nicht ausgeführt worden, weil die Klägerin inzwischen ihre Preise erhöht habe. Es könne ihr daraus aber kein Vorwurf gemacht werden. Auch andere Firmen hätten damals ihre Preise erhöht, wenn auch nach der Darstellung des Beklagten nicht in demselben Maße wie die Klägerin. Der Beklagte sei durch die Preiserhöhung nicht überrascht worden; die Klägerin habe ihm schon einige Zeit vorher angekündigt, sie könne die bisherigen Preise nicht halten, wenn der Beklagte nur helle Farben bestelle. Der Beklagte habe selbst nicht behauptet, daß sich die Klägerin ihm gegenüber an bestimmte Preise gebunden habe. Seine Behauptung, sie habe ihre Preise willkürlich erhöht und dabei das Ziel verfolgt, ihn um die Früchte seiner Arbeit zu bringen, entbehre einer hinreichenden Grundlage.

Die Revision bittet um Nachprüfung, ob nicht ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten der Klägerin darin liege, daß sie ihre Preise einseitig in stärkerem Maße als die Konkurrenzfirmen erhöht habe, so daß dem Beklagten erteilte Aufträge nicht ausgeführt werden konnten.

Nach der von ihr nicht angefochtenen Feststellung des Berufungsgerichts hatte die Klägerin sich dem Beklagten gegenüber hinsichtlich der Preise nicht gebunden. Es war daher ihr Recht als Unternehmerin, die Preise zu erhöhen, so lange sie ein bestimmtes einzelnes Geschäft noch nicht fest abgeschlossen hatte. Eine Schadensersatzpflicht der Klägerin gegenüber dem Beklagten könnte unter diesen Umständen höchstens dann in Betracht, wenn sie bei der Preiserhöhung treuwidrig und mit der Absicht gehandelt hätte, den Beklagten zu schädigen. Das eigene Vorbringen des Beklagten enthält aber keine tatsächlichen Angaben, aus denen das zu folgern wäre.

V.

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

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Finke