

Verkündet
am 24. Juni 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2188 029

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

In dem Rechtsstreit

- 1) des Kaufmanns Ewald K [REDACTED] in P [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
 - 2) der Ehefrau Maria K [REDACTED] in P [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
- Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]

gegen

den Kaufmann Sybrand M [REDACTED] in R [REDACTED],
Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1963 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom 21. Dezember 1961 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war ursprünglich Alleininhaber einer Firma Sybrand M■■■■, die elektrostatisch gesteuerte Unterwindgebläse als Einbaugeräte für Zentralheizungen zur automatischen Zugreglung unter der Bezeichnung "S■■■■" vertreibt. Im März 1958 wurde die Firma in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt.

Am 1. Oktober 1955 schloß der Kläger mit den Beklagten einen Handelsvertretervertrag, der den Vertrieb der S■■■■-Geräte zum Gegenstand hatte. Mit Schreiben vom 13. August 1958 kündigte die OHG den Vertretervertrag fristlos.

Der Kläger, dem die OHG ihre Ansprüche gegen die Beklagten abgetreten hat, hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 6.100 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Er hat vorgetragen, der Beklagte Ewald Königsmann habe mit Wissen und unter Duldung seiner Ehefrau, der Beklagten Maria Königsmann, sich mit dem Kaufmann Hubert C■■■■ (ebenfalls einem Handelsvertreter der OHG) zusammengetan, um auf eigene Rechnung Konkurrenzerzeugnisse zu vertreiben. In Verfolgung dieser Absicht hätten die Beklagten mindestens seit Anfang 1958 den Vertrieb der S■■■■-Geräte absichtlich gedrosselt und vorliegende Aufträge durch Lieferung ihrer Konkurrenzgeräte ausgeführt. Der OHG sei dadurch ein Schaden von mindestens 40.000 DM entstanden, von dem mit der Klage ein Teilbetrag geltend gemacht werde.

Gegen eine etwaige noch ausstehende Provisionsforderung der Beklagten, die der Kläger mit 1.473,72 DM, die Beklagten mit 5.558,85 DM beziffern, hat die OHG mit Schreiben vom 23. Dezember 1958 mit ihrer Gesamtschadensersatzforderung (auch soweit sie nicht eingeklagt worden ist) aufgerechnet.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Sie haben bestritten, gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertretervertrag verstoßen zu haben. Ferner haben sie vorgetragen, die Verringerung des Umsatzes im Jahre 1958 sei nicht auf ihr Verhalten zurückzuführen, sondern darauf, daß in dem vergleichsweise herangezogenen Jahr 1957 durch einen Werbefeldzug der Ruhrkohleberatung ein wesentlich höherer Umsatz erzielt worden sei. Ferner habe der Umstand, daß die OHG zum Teil fehlerhafte Geräte geliefert habe, zu einer Verminderung des Umsatzes beigetragen. Schließlich habe auch die allgemeine Umstellung auf Ölheizung ein Sinken des Umsatzes herbeigeführt. Für all das hätten die Beklagten aber nicht einzustehen.

Das Landgericht hat den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Im Verfahren über die Höhe des Anspruchs haben die Beklagten mit einer weiteren Gegenforderung von 11.388 DM aufgerechnet. Sie haben dazu vorgetragen, sie hätten in den etwa 3 Vertragsjahren 146 Geräte aus- und umbauen müssen, wofür sie für jedes Gerät im Durchschnitt 78 DM aufgewendet hätten. Diese Kosten müsse die OHG tragen.

Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Ihre Berufung wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

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



Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

I.

Die Schadensersatzforderung des Klägers:

1) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beklagten in den Monaten der Vertragsuntreue von April bis Mitte August 1958 insgesamt nur 13 Geräte verkauft haben, während der Umsatz in dem entsprechenden Zeitabschnitt des Jahres 1957 noch 209 Geräte betragen habe. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß durch den Werbefeldzug der Ruhrkohleberatung im Jahre 1957 günstigere Verkaufsmöglichkeiten bestanden haben, legt es für die Berechnung des Schadens einen von den Beklagten verschuldeten Minderumsatz von nur 150 (statt 196) Geräten zugrunde. Bei einem Reingewinn von mindestens 80 DM für jedes Gerät schätzt das Berufungsgericht den der OHG durch die Beklagten schuldhaft verursachten Schaden auf mindestens 12.000 DM, so daß auch nach Abzug einer etwaigen Provisionsforderung von höchstens 5.558,85 DM noch eine Forderung des Klägers von mehr als 6.100 DM verbleibe.

Weiter stellt das Berufungsgericht fest, daß im Laufe der fast 3-jährigen Vertragszeit bei einem Gesamtumsatz von etwa 1.600 Geräten höchstens 60, also kaum 4 %, fehlerhaft gewesen seien. Das könne, so meint das Berufungsgericht, für einen so erheblichen Rückgang des Umsatzes nicht ursächlich gewesen sein.

2) Die nach § 287 ZPO von dem Berufungsgericht vorgenommene Schätzung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Das Berufungsgericht hat von der Umsatzminderung von 196 Geräten im Hinblick auf den Werbefeldzug der Ruhrkohleberatung im Jahre 1957 nur eine Minderung von 150 Geräten den Beklagten angelastet.

Die Beklagten halten diese Schätzung für "willkürlich". Dieser Vorwurf geht jedoch fehl. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten seien nicht in der Lage gewesen, den Anteil von Geräteverkäufen im Jahre 1957 auf Grund des Werbefeldzugs der Ruhrkohleberatung zu beziffern. Dann blieb dem Berufungsgericht aber nichts anderes übrig, als diesen Anteil gemäß § 287 ZPO frei zu schätzen, ohne daß es auf die Beweislast der Parteien ankommt. Das Berufungsgericht hat auch trotz der vielleicht mißverständlichen Wendung in seinen Urteilsgründen "haben die Beklagten nicht bewiesen" (BU S. 5 letzter Absatz) offensichtlich nicht auf die Beweislast, sondern auf die von den Beklagten nicht beachtete Notwendigkeit einer substantiierten Behauptung abgestellt.

Es ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, inwiefern die von dem Berufungsgericht nach § 287 ZPO vorgenommene Schätzung, die durch das Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler nachgeprüft werden kann, willkürlich gewesen sein soll.

b) Wenn das Berufungsgericht der Mangelhaftigkeit von knapp 4 % der Geräte keine entscheidende Bedeutung für den Rückgang des Umsatzes im Jahre 1958 beigemessen hat, so lag das ebenfalls im Bereich seines nicht nachprüfbaren Ermessens und läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

c) Die Beklagten rügen, das Berufungsgericht habe die in ihrem Schriftsatz vom 15. September 1960 S. 5 unter Beweis gestellte Behauptung, daß auch bei anderen Generalvertretern im Jahre 1958 ein Rückgang des Umsatzes eingetreten sei, nicht berücksichtigt.

Diese Rüge ist nicht begründet. Denn die Behauptung der Beklagten ist nicht substantiiert, da sie keinerlei nähere Angaben über den behaupteten Rückgang gemacht haben. Zu einer solchen Darlegung hätte umso mehr Anlaß bestanden, als die von dem Kläger im Schriftsatz vom 27. September 1960 (S. 8) mitgeteilten Zahlen aus einer Reihe von Vertreterbezirken den Angaben der Beklagten widersprechen.

d) Die Beklagten meinen schließlich, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß durch die zunehmende Umstellung auf Heizöl die Verwendung von Koksheizungen und damit die Absatzmöglichkeit für Reglergeräte nachgelassen hätten.

Auch das geht fehl. Eine "Lebenserfahrung", daß dies im Jahre 1958 im Vergleich zum Jahre 1957 zu einem nennenswerten Rückgang des Absatzes von Reglergeräten geführt hat, besteht nicht. Die Beklagten hätten daher Anlaß gehabt, ihre Behauptung mit entsprechenden Vergleichszahlen näher zu belegen. Das haben sie nicht getan. Das Berufungsgericht konnte dies daher ohne Rechtsfehler bei seiner Schätzung außer acht lassen.

e) Die Höhe des Schadens (entgangener Reingewinn) von mindestens 80 DM für jedes Gerät wird mit der Revision nicht beanstandet.

II.

1) Die zur Aufrechnung gestellte Provisionsforderung der Beklagten.

Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsfehler die Beklagten mit ihrer Provisionsforderung auf den nicht eingeklagten Teil der Schadensersatzforderung des Klägers verweisen, denn die OLG hatte mit Schreiben vom 23. Dezember 1958 die Aufrechnung erklärt, bevor die Beklagten dies in ihrem Schriftsatz vom 1. Dezember 1959 getan haben.

Da die OHG in ihrem Schreiben vom 23. Dezember 1958 die Provisionsforderung der Beklagten nicht beziffert hat, gilt die Aufrechnungserklärung für die gesamte Provisionsforderung, soweit sie besteht, als abgegeben, gegebenenfalls also bis zu der von den Beklagten behaupteten Höhe von 5.558 DM.

2) Die zur Aufrechnung gestellte Forderung der Beklagten von 11.388 DM:

Das Berufungsgericht hält diese Forderung für unbegründet.

Das ist verfahrensrechtlich fehlerhaft. Das Berufungsgericht durfte über die Forderung nicht sachlich entscheiden, bevor es nicht geprüft hat, ob diese Aufrechnung im Hinblick auf § 393 BGB überhaupt zulässig ist. Diese Prüfung war schon wegen § 322 ZPO erforderlich, da bei einer unzulässigen Aufrechnung die Gegenforderung nicht berücksichtigt und über sie sachlich nicht entschieden werden darf mit der Folge, daß die Rechtskraftwirkung des § 322 ZPO sich nicht auf sie bezieht und der Schuldner seine Gegenforderung in einem besonderen Rechtsstreit noch geltend machen kann (RGZ 132, 306; BGH Urteil vom 10. Juli 1961 - VII ZR 64/60 - = MDR 61, 932 = LM Nr. 5 zu § 33 ZPO).

Hätte das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Aufrechnung geprüft (und sie verneint), so hätte es sich einer sachlichen Entscheidung über die Gegenforderung enthalten müssen.

Einer Aufhebung des Urteils aus diesem Grunde bedarf es indessen nicht, da die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 6.100 DM im Ergebnis zu Recht erfolgt ist.

Der Beklagte Ewald K. [REDACTED] hat sich, wie sich aus dem Grundurteil ergibt, durch sein Verhalten auch nach § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 UWG schadenersatzpflichtig gemacht. Er hat die OHG somit auch durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung geschädigt, so daß eine Aufrechnung, wie das Landgericht auch angenommen hat, gemäß § 393 BGB unzulässig war.

Für die Beklagte Maria K. [REDACTED] kann nichts anderes gelten. Das Grundurteil sagt zwar nicht ausdrücklich, daß auch sie sich einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat. Daran kann jedoch kein Zweifel bestehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfang sie sich bei dem Vertrieb der Konkurrenzzeugnisse aktiv beteiligt hat. Jedenfalls hat sie, wie sich aus den Feststellungen des Grundurteils ergibt, über das Verhalten ihres Ehemanns Bescheid gewußt und von sich aus nichts unternommen, den Vertrieb der Konkurrenzzeugnisse und die Drosselung des Verkaufs der Symos-Geräte zu unterbinden, obwohl sie hierzu nach dem Vertretervertrag verpflichtet gewesen wäre. Diese Unterlassung ist eine so gröbliche Verletzung der ihr aus dem Vertretervertrag obliegenden Treupflicht, daß sie eine Schadensersatzpflicht auch nach § 826 BGB begründet.

Die Beklagten haben den sie beschwerenden Fehler des Berufungsgerichts zwar nicht gerügt; dieser ist jedoch von Amts wegen zu beachten (RG und BGH aaO).

III.

Die Revision der Beklagten ist daher mit der Maßgabe, daß über die zur Aufrechnung gestellte Forderung von 11.388 DM sachlich nicht entschieden ist, als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Winkelmann Rietschel Meyer Dr. Vogt Finke