

BUNDESGERICHTSHOF

2066 008:

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 37/65

URTEIL

Verkündet am
10. Juli 1967
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Wilhelm T [REDACTED] in W [REDACTED]
[REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Matthias P [REDACTED] in K [REDACTED], G [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 3. Dezember 1964 wird zurückgewiesen.

Jedoch wird der Urteilssatz dahin berichtigt, daß die Klage abgewiesen wird, soweit es sich um die Anträge zu 1, 2 und 4 handelt.

Ferner fallen in dem Urteilssatz zu Ziff. 1 der Widerklage die Worte "im Werte von 21.183 DM" weg.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte vertreibt Gemälde, deren Rahmen er teils selbst anfertigt, teils ankauft. Der Kläger war vom 19. April 1961 bis 1. März 1962 als Handelsvertreter bei ihm tätig. Der Beklagte hatte ihm ein Auslieferungslager zur Verfügung gestellt, das er von Zeit zu Zeit auffüllte. Ein bestimmter Bezirk war dem Kläger nicht zugeteilt.

Der Kläger macht Provisions- und Ausgleichsansprüche geltend. Er hat vorgetragen, der Beklagte habe das Auslieferungslager nicht vertragsgemäß aufgefüllt und Bestellungen auf Rahmen, die nicht im Auslieferungslager vorhanden, aber auf einer Preisliste als lieferbar bezeichnet gewesen seien, nicht ausgeführt. Ferner habe er andere Vertreter zu seinen, des Klägers, Kunden geschickt und solche auch direkt beliefert, ohne ihm dafür Provision zu bezahlen.

Mit der Klage hat er zuletzt u.a. beantragt:

1. den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu erteilen und Rechnung darüber zu legen,
 - a) welche Bestellungen zur demnächstigen Lieferung von Bildern und Bilderrahmen in der Zeit vom 1. Mai 1961 bis zum 28. Februar 1962 dem Beklagten durch den Kläger zugebracht worden sind;
 - b) welche Nachbestellungen dieser Kunden der Beklagte in der angegebenen Zeit erhalten und ausgeführt hat;
 - c) welche Kunden und mit welchem Umsatz insgesamt, und zwar einschließlich der Nachbestellungen während der Zeit vom 1. Mai 1961 bis 28. Februar 1962 durch den Kläger mit dem Beklagten geschäftlich in Verbindung gebracht worden sind;
2. den Beklagten zur Erteilung eines Buchauszugs zu den Anträgen 1) a-c) zu verurteilen;
3. den Beklagten zu verurteilen, nach Rechnungslegung als Provision aus den Geschäftsvorgängen zu 1) und 2) 5.000 DM zu zahlen;
4. den Beklagten zur Zahlung eines Ausgleichs von 3.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.
5. und 6.

Der Beklagte bestreitet, daß der Kläger noch Provisionsansprüche habe; dieser sei weder Bezirks- noch Kundenkreisvertreter gewesen. Gewisse Lieferungsschwierigkeiten seien von ihm, dem Beklagten, nicht verschuldet.



Er hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zur Herausgabe von 771 Bildmotiven im Wert von 21.183 DM zu verurteilen.

Der Kläger macht an diesen Bildmotiven wegen der von ihm behaupteten Ansprüche ein Zurückhaltungsrecht geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Der Beklagte hat Anschlußberufung eingelegt und seine Widerklage erweitert. Er hat beantragt, den Kläger auch noch zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 1546,40 DM nebst Zinsen zu verurteilen, weil er ihm zu wenig und minderwertigere Rahmen zurückgegeben habe, und ferner um Abwendung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung gebeten.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil den Beklagten verurteilt,

- 1.) dem Kläger darüber Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, welche Kunden und mit welchem Umsatz der Kläger insgesamt während der Zeit vom 1. Mai 1961 bis 28. Februar 1962 mit dem Beklagten geschäftlich in Verbindung gebracht hat;
- 2.) dem Kläger einen Auszug aus seiner Buchführung über die zu 1) genannten Geschäfte, sowie über die in der dort angegebenen Zeit von diesen Kunden erhaltenen und ausgeführten Nachbestellungen zu erteilen.

Im übrigen hat es die Klage hinsichtlich der Anträge zu 1) und 2) abgewiesen. Ebenso hat es die Klage zu 4) (Ausgleichsanspruch) abgewiesen, ohne das allerdings im Tenor des Urteils zum Ausdruck zu bringen. Über den Antrag zu 3) (be-

zifferter Provisionsanspruch) hat es noch nicht entschieden. Der Widerklage hat es in vollem Umfang stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge, soweit sie von dem Oberlandesgericht abgewiesen worden sind, und seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision mit der Maßgabe, daß in Ziff. 1 des Urteilspruchs zur Widerklage die Wertangabe entfällt.

Entscheidungsgründe:

I. Klage:

1.) Anspruch auf Auskunft und Erteilung eines Buchauszuges über provisionspflichtige Geschäfte:

a) Das Berufungsgericht hat Provisionsansprüche des Klägers gem. § 87 Abs. 2 HGB verneint, da ihm nach dem Vertrag weder ein bestimmter Bezirk noch ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen worden sei. Der von dem Kläger in Ablichtung vorgelegte Vertragsentwurf, der einen Kundenschutz enthalte, sei nicht Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien geworden; für seine dahingehende Behauptung sei der Kläger beweisfällig geblieben.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen des Klägers sind nicht begründet.

aa) Der Kläger beanstandet, das Berufungsgericht habe, dem Antrag des Klägers auf seine Vernehmung nach § 448 ZPO nicht stattgegeben, obwohl "maßgebliche Anhaltspunkte" für die Richtigkeit seiner Behauptung gegeben seien, daß der Ver-

tragsentwurf bereits Gegenstand einer mündlichen Vereinbarung geworden sei.

Diese Rüge ist unbegründet. Von "maßgeblichen Anhaltspunkten" für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers kann keine Rede sein. Der Umstand, daß der Beklagte diesen Entwurf nicht unterschrieben hat, spricht eher für das Gegenteil. Auch die als Zeugin vernommene Ehefrau des Klägers konnte nicht mehr bekunden, als daß der Beklagte den Entwurf zur Durchsicht an sich genommen habe. Zu einer Parteivernehmung des beweispflichtigen Klägers bestand daher kein Anlaß. Der Kläger hatte jedenfalls keinen Anspruch darauf, daß seinem Antrag stattgegeben wurde. Ob eine Partei nach § 448 ZPO zu vernehmen ist, liegt allein im Ermessen des insoweit an Anträge nicht gebundenen Gerichts. Daß sich das Berufungsgericht nicht im Rahmen dieses Ermessens gehalten hat, ist nicht ersichtlich. Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn der Beklagte zu Unrecht den Empfang des Vertragsentwurfs abgestritten haben sollte.

bb) Dem Kläger war unstreitig kein bestimmter Bezirk zugewiesen. Einen Provisionsanspruch nach § 87 Abs. 2 HGB könnte er also nur daraus herleiten, daß ihm ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen worden sei. Diesen will der Kläger in dem von ihm eingebrachten "Kundenstamm" sehen. Ein eingebrachter Kundenstamm ist aber noch kein zugewiesener Kundenkreis. Er kann ein solcher zwar durch eine ausdrückliche Vereinbarung werden. Das Berufungsgericht hat aber rechtsfehlerfrei eine solche Vereinbarung als nicht erwiesen angesehen.

Der Kläger rügt hierzu noch, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß ihm in der Abrechnung vom 1. - 10.

Februar 1962 55 DM Provision aus "unberechtigtem Verkauf Schmoldt (sein anderer Vertreter des Beklagten) bei G. [REDACTED] [REDACTED]" gutgeschrieben worden sei. Er weist darauf hin, daß er im Schriftsatz vom 4. April 1964 S. 4 noch zwei weitere Kunden benannt habe, bei denen er nachträglich die ihm zustehende Provision erhalten habe.

Seine Rüge geht fehl. Aus dem Umstand, daß der Kläger im Falle G. [REDACTED] und möglicherweise auch noch in zwei weiteren Fällen Provision nachvergütet erhalten hat, brauchte das Berufungsgericht nicht den Schluß zu ziehen, daß sich der Beklagte dazu bekannt habe, dem Kläger eine Provision gem. § 87 Abs. 2 HGB zu schulden. Es fehlt im Vortrag des Klägers auch an einer substantiierten Darlegung, aus welchen Gründen diese angeblichen Nachvergütungen erfolgt sind.

b) Der Kläger rügt, das Berufungsgericht habe ihm zu Unrecht Provisionsansprüche aus nicht ausgeführten Bestellungen gem. § 87 a Abs. 3 S. 2 HGB abgesprochen.

Diese Rüge ist nicht begründet.

aa) Der Provisionsanspruch des Klägers würde von vornherein entfallen, wenn er über die aus seinem Auslieferungslager getätigten Verkäufe hinaus keine Abschlußvollmacht gehabt hätte. Das Berufungsgericht hat dazu (BU S. 14) ausgeführt, daß "der Kläger im wesentlichen nur aus dem Auslieferungslager verkaufen" sollte. Daraus kann noch nicht die Feststellung entnommen werden, daß der Kläger keine generelle Abschlußvollmacht im Rahmen der Preisliste gehabt hat. Für die Revisionsinstanz ist deshalb das Vorhandensein einer solchen Vollmacht zu unterstellen. Des-

halb gehen die in dieser Richtung erhobenen Revisionsrügen ins Leere.

bb) Das Berufungsgericht hat jedoch einen Provisionsanspruch aus nichtausgeführten Geschäften gem. § 87 a Abs. 3 S. 2 HGB verneint. Es sieht den dem Beklagten obliegenden Beweis als erbracht an, daß ihm die Belieferung des Auslieferungslagers und der Kunden durch von ihm nicht zu vertretende Umstände teilweise unmöglich geworden ist.

Was die angeblich unzureichende Belieferung des Auslieferungslagers betrifft, so könnte der Kläger hieraus überhaupt keine Provisionsansprüche herleiten, sondern allenfalls nur Schadensersatzansprüche, die aber nach den im zweiten Rechtszug gestellten Anträgen nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreits sind. Der Kläger könnte seinen Anspruch also nur darauf gründen, daß der Beklagte, die von ihm, dem Kläger, abgeschlossenen Geschäfte nicht ausgeführt hat.

Insoweit hat das Berufungsgericht einen Provisionsanspruch des Klägers ohne Rechtsfehler verneint.

Der Kläger rügt, daß das Berufungsgericht hierzu den beweispflichtigen Beklagten gem. § 448 ZPO als Partei vernommen hat und daß es zudem über das Thema des Beweisbeschlusses hinausgegangen sei.

Diese Rügen sind nicht begründet. Eine Verletzung der Vorschrift des § 448 ZPO ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht konnte es zur Klärung der Frage, ob den Beklagten an der Nichtausführung der abgeschlossenen Geschäfte ein Verschulden trifft, ohne Rechtsfehler für angezeigt halten, diesen gem. § 448 ZPO zu vernehmen.

Gegen die Überschreitung des Themas des Beweisbeschlusses haben der bei der Vernehmung des Beklagten anwesende Kläger und sein Anwalt keinen Widerspruch erhoben. Auch in den nachfolgenden Schriftsätzen des Klägers ist das nicht beanstandet worden. Ein etwaiger Prozeßverstoß in dieser Richtung ist somit durch Rügeverzicht geheilt (§ 295 ZPO).

Die zur Sache erhobenen Rügen des Klägers richten sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

c) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch den Kläger zu seiner Behauptung, der Beklagte hätte bei seinen Kunden Nachbestellungen entgegengenommen, für beweisfällig erklärt. Dem Schriftsatz des Klägers vom 4. April 1964 sind keine ordnungsgemäßen Beweisanträge zu entnehmen. Der Kläger begnügt sich aaO. mit der Aufzählung einer Reihe von Firmen, die der Beklagte angeblich direkt oder durch andere Vertreter beliefert haben soll, ohne aber die genauen Adressen der Firmen und deren zu vernehmende Inhaber oder Angestellte anzugeben und ohne überhaupt einen ausdrücklichen Beweisantrag zu stellen.

2.) Ausgleichsanspruch

a) In den Entscheidungsgründen vertritt das Berufungsgericht die Ansicht, daß die Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch nicht gegeben seien. Es stützt sich hierbei auf die eigenen Angaben des Klägers bei seiner Parteivernehmung vom 1. Oktober 1964.

Der Revisionskläger rügt, dazu, das Berufungsgericht habe insoweit seine Angaben, wie sie im Protokoll nieder-

8

gelegt sind, nicht genau beachtet. Er habe nämlich ausgesagt, daß ein Teil der Kunden nicht mit ihm gekommen sei, jedenfalls nicht anfangs, und daß er einen Kunden sogar erst nach 2 1/2 Jahren wiederbekommen habe.

Es ist dem Kläger zuzugeben, daß das Berufungsgericht mehr in die protokollierte Aussage hineingelegt hat, als darin steht. Trotzdem hat auch diese Rüge keinen Erfolg.

Aus den Erklärungen des Klägers läßt sich nämlich nicht entnehmen, daß der Beklagte von etwa ihm verbliebenen Kunden noch erhebliche Vorteile gehabt hätte, wie dies nach § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB Voraussetzung für die Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs ist; die Revision legt auch nicht dar, daß der Kläger Beweis in dieser Richtung angetreten hat.

Die im Urteil enthaltene Ungenauigkeit ist also im Ergebnis bedeutungslos und ein Verstoß gegen den § 286 ZPO deswegen zu verneinen.

b) Das Berufungsgericht hat es unterlassen, die in den Entscheidungsgründen ausgesprochene Abweisung des Ausgleichsanspruchs zu vermerken. Das hat der Senat durch Berichtigung der Urteilsformel gemäß § 319 ZPO nachgeholt (Urt. d. Sen. NJW 1964, 1858).

II. Widerklage:

1.) Zurückbehaltungsrecht:

Das Berufungsgericht hat ein Zurückbehaltungsrecht des Klägers an den in seinem Besitz befindlichen 771 Motiven

verneint, weil er von der Beklagten weder Provision noch Schadensersatz verlangen könne (BU S. 21).

Das steht allerdings im Widerspruch damit, daß es in seinem Teilurteil über den bezifferten Provisionsanspruch auf Zahlung von 5.000 DM nicht befunden hat; denn es hätte diesen auf Grund der erwähnten Feststellung abweisen können und müssen. Damit erweist sich aber die Verurteilung des Beklagten zur Auskunft und auf Erteilung eines Buchauszugs als unrichtig; denn diese war nur zulässig, wenn dahinter die Möglichkeit von Provisionsansprüchen gestanden hätte. Gerade das hat das Berufungsgericht aber verneint. Die von ihm insoweit als Beleg angeführte Stelle im Kommentar von Schröder, Recht des Handelsvertreters § 87 c Anm. 5 hat es mißverstanden.

Da der Beklagte keine Anschlußrevision eingelegt hat, muß dieser Urteilsausspruch allerdings hingenommen werden. Er kann aber kein Zurückbehaltungsrecht begründen. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB ist nur ein Sonderfall des allgemeinen Gedankens des § 242 BGB, wonach treuwidrig handelt, wer fordert, ohne selbst seinen Verpflichtungen nachzukommen. Daraus folgt aber auch umgekehrt, daß es bei Wertlosigkeit dieser Verpflichtungen gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Schuldner daraus dennoch ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, ähnlich wie auch bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des Anspruchs des Schuldners kein Zurückbehaltungsrecht an der ganzen Leistung geltend gemacht werden kann (RGZ 61, 133). Hier ist der dem Kläger zuerkannte Auskunftsanspruch wertlos, weil auf Grund der übrigen Feststellungen des Oberlandesgerichts sicher ist, daß er zu keiner Zahlungsverpflichtung des Beklagten führen kann.

Die Verurteilung des Klägers zur Herausgabe der 771 Motive besteht daher zu Recht. Entsprechend dem in der Revisionsverhandlung gestellten Antrag des Beklagten ist in dem Urteilsspruch lediglich die Wertbezeichnung zu streichen.

2. Schadensersatzanspruch:

Das Berufungsgericht hat dem Beklagten einen Schadensersatzanspruch von 1.546,40 DM zugesprochen, weil der Kläger die Rahmen teilweise nicht, teilweise in verschlechtertem Zustande zurückgegeben habe. Der Kläger habe für seine Behauptung, daß ihn insoweit kein Verschulden treffe, keinen Beweis angetreten.

Die auf Verletzung des § 139 ZPO gestützte Rüge des Klägers ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hatte keine Veranlassung, den durch einen Anwalt vertretenen Kläger zu veranlassen, Beweisanträge zu stellen. Auch sonst ist ein den Beklagten belastender Rechtsfehler nicht zu erkennen.

Die Höhe des Anspruchs ist mit der Revision nicht angefochten worden.

III.

Die Revision des Klägers ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen. Der Urteilsspruch ist lediglich dahin zu berichtigen, daß auch der Ausgleichsanspruch abgewiesen wird.

Ferner entfällt in dem Urteilsspruch zur Widerklage auf Herausgabe der 771 Motive die Wertbezeichnung.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt