

VII ZR 57/60
Verkündet
am 4. Mai 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2212 058

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Günter W [REDACTED] in B [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED] Aktiengesellschaft in B [REDACTED]
[REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch die Vor-
standsmitglieder Dr. Oskar B [REDACTED], Joseph L [REDACTED]
und Adolf O [REDACTED], ebenda,
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Mai 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braun-
schweig vom 26. Januar 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Bezirksvertreter der Klägerin in Berlin (West). Er unterhielt dort ein Auslieferungslager für die Klägerin. Das Vertreterverhältnis fand auf Grund schriftlicher Kündigung der Klägerin vom 14. Juni 1957 mit dem 31. Dezember 1957 sein Ende.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten jetzt noch die Zahlung eines Kaufpreisrestes von 77.914,13 DM nebst Zinsen für Photokameras und Zubehör. Sie hat behauptet, sie habe dem Beklagten gestattet, diese Artikel in geringem Umfange ihrem Berliner Lager zu entnehmen und sie als Eigenhändler an Kunden in der Sowjetzone und den Ostblockländern, insbesondere an ihren früheren Vertreter P. [REDACTED] in Dresden, zu verkaufen. Nach Gutschrift eines Betrages von 5.000 DM für Provisionen hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 77.914,13 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 1. Februar 1958 abzüglich der am 1. August 1958 gutgeschriebenen 5.000 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er hat eine Verpflichtung zur Bezahlung der aus den Verkäufen noch offen stehenden Beträge in Abrede gestellt und hierzu vorgetragen, die Klägerin habe bei den sog. Ostgeschäften nicht nach außen hervortreten wollen. Entsprechend den zwischen der Klägerin und P. [REDACTED] getroffenen mündlichen Abmachungen sei er aus Tarnungsgründen als Verkäufer vorgeschoben worden. In Wirklichkeit habe er diesen Geschäften nur seinen Namen geliehen. Die Klägerin müsse sich wegen der Bezahlung des Kaufpreises an die von ihr belieferten Ostkunden halten.

Hilfsweise hat der Beklagte gegenüber der Klageforderung mit einem nicht näher bezifferten Ausgleichsanspruch aufgerechnet. Diesen leitet er daraus her, daß die Klägerin den Vertretervertrag fristgemäß gekündigt habe.

Die Klägerin hält einen Ausgleichsanspruch nicht für begründet, weil der Beklagte in einer Reihe von Fällen gegen seine Pflichten aus dem Vertreterverhältnis schuldhaft verstoßen und ihr einen wichtigen Grund zur Kündigung des Vertrages gegeben habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Im Gegensatz zum Landgericht sieht das Oberlandesgericht den Beweis dafür, daß der Beklagte die Artikel der Klägerin von dieser gekauft und sie im eigenen Namen und für eigene Rechnung an Ostkunden weiterverkauft habe, nicht für voll erbracht an. Es verneint also einen Anspruch der Klägerin aus einem mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrage.

Dagegen hält es den Beklagten nach Maßgabe der §§ 86 Abs. 3 HGB, 276 BGB im gleichen Umfange für schadensersatzpflichtig. Hierzu führt es aus, der nicht allein vertretungsberechtigte Prokurist K. sei nicht befugt ge-



wesen, für die Klägerin eine wirksame Vereinbarung über die Lieferung von Kameras mit P[REDACTED] zu treffen. Da das Vorstandsmitglied der Klägerin O[REDACTED] einem solchen Vertrag nicht zugestimmt habe, sei die Abrede zwischen K[REDACTED] und P[REDACTED] nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam gewesen. Sie sei nach den glaubwürdigen Angaben O[REDACTED]s auch in der Folgezeit nicht durch eine Genehmigung wirksam geworden.

Infolgedessen habe der Beklagte kein Recht gehabt, dem Lager der Klägerin Waren zu entnehmen und an Ostabnehmer auszuhändigen. Hätte er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beachtet, so wären ihm mindestens Zweifel an K[REDACTED]s Befugnis gekommen, und er hätte die Artikel nicht ohne Rückfrage bei der Klägerin herausgegeben. Der hiernach von dem Beklagten zu vertretende Schaden der Klägerin bestehe darin, daß dieser ein Teil der ihrem Lager entnommenen Waren verloren gegangen sei, ohne daß sie einen vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung erlangt habe.

1) Mit dieser Begründung kann der Beklagte für einen bei der Klägerin eingetretenen Schaden nicht verantwortlich gemacht werden. Das Oberlandesgericht prüft die Frage, ob die zwischen K[REDACTED] und P[REDACTED] getroffenen Vereinbarungen von der Klägerin genehmigt worden sind, nur in der Richtung, ob ihnen das Vorstandsmitglied O[REDACTED] zugestimmt hat.

Hiergegen wendet die Revision mit Recht ein, daß die Abmachung auch auf andere Weise Wirksamkeit erlangt haben könne.

a) Allerdings brauchte das Oberlandesgericht nicht auf den Gedanken zu kommen, eine Genehmigung des Vertrages liege schon in der zwischen der Klägerin und K[REDACTED] ge-

troffenen Vereinbarung vom 7. Mai 1958, wie die Revision meint. Weder der Wortlaut noch der Sinn dieses Vertrages lassen die Deutung zu, daß es den Beteiligten dabei um mehr gegangen ist als um eine abschließende Bereinigung der gegenseitigen Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis K[REDACTED]s bei der Klägerin. Dafür, daß die in dem Abkommen bereinigten Ansprüche der Klägerin mit der in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Forderung etwas zu tun haben, ist von den Parteien nichts vorgetragen worden. Ebenso wenig ergeben sich aus dem Vorbringen in den Tatsacheninstanzen Anhaltspunkte, daß hinsichtlich dieses Anspruches ein Gesamtschuldverhältnis zwischen K[REDACTED] und dem Beklagten besteht, das durch den mit K[REDACTED] vereinbarten Erlaß gemäß § 423 BGB zu einem auch nur teilweisen Erlöschen der Klageforderung geführt hat.

b) Die von K[REDACTED] vorgesehene oder eine in der Durchführung abweichende Belieferung von Ostkunden mit Artikeln der Klägerin kann aber von dieser in anderer Weise nachträglich gebilligt worden sein. Insoweit rügt die Revision mit Recht, daß der Berufungsrichter den Parteivortrag nicht vollständig gewürdigt und dadurch gegen § 286 ZPO verstoßen habe.

Unstreitig haben sich die Geschäfte, bei denen der Beklagte in den Lieferscheinen und Rechnungen der Klägerin als deren Abnehmer bezeichnet ist, über mehr als ein Jahr erstreckt. Die "Verkäufe an das Privatkonto" des Beklagten in dieser Zeit umfaßten nach einer Aufstellung der Klägerin vom 10. März 1958 allein 2.451 Kameras, darunter bedeutende Einzelposten. Wie die Revision weiter geltend macht, hat der Beklagte vorgetragen, daß die Rechnungen über die Ostlieferungen durch die Buchhaltung der Klägerin gegangen seien, die einem anderen verantwortlichen Vertreter unterstellt gewesen sei als dem Prokuristen K[REDACTED];

ferner daß der Prokurist M. der Klägerin Anfang des Jahres 1957 eine Überweisung des Beklagten von 14.500 oder 14.700 DM auf das Privatkonto K. beanstandet und Zahlung an die Klägerin verlangt habe. Der Beklagte hat hierzu in den Tatsacheninstanzen unter Beweisantritt vorgetragen, er habe sich gegenüber den Vorwürfen M. auf die zwischen K. und P. getroffene Zahlungsabrede berufen, in der Folgezeit aber die Verkaufserlöse unmittelbar an die Klägerin abgeführt.

Der Beklagte war Handelsvertreter der Klägerin in West-Berlin. Daneben betätigte er sich, obwohl dies in dem Vertretervertrage vom 7./12. Januar 1952 nicht vorgesehen war, unter Duldung aller in Betracht kommenden Stellen der Klägerin länger als ein Jahr wie ein Eigenhändler. Nach dem Inhalt der dem Beklagten erteilten Lieferscheine und Rechnungen der Klägerin konnte es sich bei den in Frage stehenden Geschäften nicht um Lieferungen an die Berliner Kundschaft der Klägerin handeln. Verkäufe an Kunden in der Bundesrepublik waren dem Beklagten ohnehin nicht gestattet. Gleichwohl hat die Klägerin jene Art von Geschäften bis zur Beendigung des Vertreterverhältnisses mit dem Beklagten geduldet.

Unter diesen Umständen beanstandet die Revision zu Recht, daß der Berufungsrichter bei der Prüfung der Frage, ob eine mangels Vertretungsmacht unwirksame Vereinbarung K. mit P. von der Klägerin genehmigt worden ist, wesentliches Vorbringen der Parteien außer acht gelassen habe (§ 286 ZPO). Allerdings ist die Zustimmung eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 182 Abs. 1 BGB); sie kann aber dem anderen Teil auch stillschweigend oder durch schlüssige Handlungen übermittelt werden (RG Warn Rspr. 1919 Nr. 132). Eine Genehmigung in dieser Weise

könnte in der vom Beklagten durch das Zeugnis der Frau St[REDACTED] und des Prokuristen M[REDACTED] unter Beweis gestellten Behauptung erblickt werden, daß M[REDACTED], nachdem er von dem Beklagten über die zwischen K[REDACTED] und P[REDACTED] getroffene Abrede unterrichtet worden war, Zahlung an die Klägerin verlangt, sonst jedoch gegen die Fortsetzung der Ostgeschäfte unter Einschaltung des Beklagten keine Einwendungen erhoben habe.

Hätte aber die Klägerin die zwischen K[REDACTED] und P[REDACTED] vereinbarten Geschäfte genehmigt, so entfielen eine wesentliche Voraussetzung für den vom Berufungsgericht zuerkannten Schadensersatzanspruch, nämlich eine allgemein unberechtigte Entnahme von Artikeln aus dem Lager der Klägerin durch den Beklagten.

2) Das Oberlandesgericht erblickt eine schuldhaftes Verletzung der Vertragspflichten des Beklagten darin, daß er es ohne nähere Prüfung und ohne Rückfrage bei der Klägerin für möglich gehalten habe, ein Unternehmen vom Range der Klägerin werde wegen eines für sie kaum ins Gewicht fallenden Vorteils die mit den Ostgeschäften verbundenen Risiken und die Gefahr einer Minderung ihres Ansehens auf sich nehmen. Besonders auffallen müssen hätte dem Beklagten die Weisung, die aus den Ostgeschäften eingehenden Gelder nicht an die Klägerin, sondern auf das Privatkonto K[REDACTED]s abzuführen.

Auch gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts erhebt die Revision beachtliche Einwände.

a) Sie weist zutreffend darauf hin, daß die Klägerin selbst nicht ernstlich in Abrede gestellt habe, derartige Geschäfte, wenn auch in anderer Form, bereits früher Jahre hindurch mit P[REDACTED] gemacht zu haben. Auch sei sie im

Herbst 1956 auf Grund der Rücksprache K[REDACTED]s mit P[REDACTED] bereit gewesen, photographische Erzeugnisse an P[REDACTED] zu liefern, nach den Angaben des Direktors O[REDACTED] (S. 9 f BU) freilich nur in beschränktem Umfange und unter Einschaltung des Beklagten als Verkäufer.

b) Ferner beruht die Auffassung, daß die Weisung, die Erlöse aus den Ostverkäufen auf das Privatkonto K[REDACTED]s zu zahlen, dem Beklagten besonders befremdlich hätte erscheinen müssen, nach Ansicht der Revision auf einer unzureichenden Würdigung des dem Berufungsgericht unterbreiteten Sachverhalts.

Der Beklagte hatte vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß die mit K[REDACTED] anlässlich der Fotokina-Ausstellung in Köln im Herbst 1956 vereinbarte Lieferung von Artikeln der Klägerin an P[REDACTED] nur die Fortsetzung ähnlicher Geschäfte in früheren Jahren (1949 - 1955) dargestellt habe. Er hat mit Schriftsatz vom 16. September 1958 eine Anzahl von Postabschnitten zu den Akten gereicht, aus denen zu entnehmen ist, daß im Jahre 1953 fortlaufend recht erhebliche Beträge auf das Postscheckkonto K[REDACTED]s eingezahlt worden sind. Der Beklagte hat hierzu vorgetragen, es habe sich auch bei diesen Überweisungen um Erlöse aus Ostverkäufen gehandelt. Nach seinen vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Angaben ist dem Beklagten im Herbst 1956 von K[REDACTED] und P[REDACTED] eröffnet worden, die Klägerin sei zur Lieferung ihrer Artikel an P[REDACTED] bereit, sofern die Verkäufe als Eigengeschäfte des Beklagten getarnt würden und der Erlös auf das Privatkonto K[REDACTED]s abgeführt würde. Dem Beklagten soll nach dieser Darstellung bekannt gewesen sein, daß K[REDACTED], bevor er diese Abreden mit P[REDACTED] traf, mit Direktor O[REDACTED] gesprochen und dessen Zustimmung eingeholt habe.

Hätte das Berufungsgericht dieses Vorbringen des Beklagten - gegebenenfalls nach einer Beweiserhebung - gewürdigt, so wäre es möglicherweise nicht zu der Auffassung gelangt, dem Beklagten hätte es absonderlich erscheinen müssen, daß die Erlöse aus den Ostgeschäften auf das Privatkonto K[REDACTED]s zu überweisen seien. Dann aber würde der Annahme, der Beklagte habe bei der Aushändigung der Ware an die Ostkunden schuldhaft gehandelt, die bisherige Grundlage entzogen sein.

c) Die vorstehenden Erwägungen führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Der Beklagte erhält damit zugleich Gelegenheit, in der neuen Verhandlung die im Revisionsrechtszuge vorgetragenen Gründe, die für das Vorliegen einer Anscheins- oder einer Duldungsvollmacht der Klägerin bei den Abmachungen K[REDACTED]s mit P[REDACTED] sprechen sollen, dem Berufungsgericht zu unterbreiten.

3) Bei der neuen Verhandlung des Rechtsstreits wird das Oberlandesgericht noch folgendes zu beachten haben:

a) Seine vom Landgericht abweichende Auffassung, der Beweis für das Zustandekommen von Kaufverträgen zwischen den Parteien sei nicht voll erbracht, gründet das Berufungsgericht vornehmlich auf das in das Zeugnis des Handelsvertreters P[REDACTED] und zum Teil auch in das des Prokuristen K[REDACTED] gestellte Vorbringen des Beklagten. Es glaubt angesichts des Umstandes, daß P[REDACTED] sich wegen politischer Gefährdung weder vor dem Prozeßgericht oder einem ersuchten Richter in Westberlin stellen noch vor einem sowjetzonalen Gericht vernehmen lassen könne, die von ihm zu bekundenden Tatsachen als wahr unterstellen zu müssen (BU S. 13).

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird das Berufungsgericht überprüfen müssen. Der Beklagte ist für sein Vorbringen,

er sei bei den Ostgeschäften der Klägerin als Käufer nur vorgeschoben gewesen, namentlich im Hinblick auf die bei den Akten befindlichen Lieferscheine und Rechnungen beweispflichtig. Er hat sich für diese Darstellung auf das Zeugnis K■■■■s und P■■■■s berufen. K■■■■ ist dem Berufungs-urteil zufolge wegen Krankheit voraussichtlich dauernd vernehmungsunfähig. Daß auch Pfeiffer für absehbare Zeit als Zeuge nicht gehört werden kann, beruft auf dessen von dem Beklagten dem Gericht übermittelten Erklärung gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz des Beklagten. Dieser hat sich somit für seine Darstellung auf untaugliche Zeugen berufen, also keinen geeigneten Beweis angetreten. Die daraus sich ergebenden Folgen treffen den Beklagten. Sie können nicht durch Unterstellung der Aussagen als wahr der Klägerin angelastet werden.

Aus demselben Grunde sind die im Revisionsrechtszuge erhobenen Beanstandungen des Beklagten, mit denen er die unterlassene Vernehmung P■■■■s rügt, nicht begründet.

b) Würde es sich herausstellen, daß die Parteien, wie der Beklagte es darstellt, zum Schein einen auf Einschaltung des Beklagten als Eigenhändler abzielenden Vertrag geschlossen haben, so wäre zu prüfen, welchen rechtlichen Charakter der durch das nichtige Scheingeschäft verdeckte Vertrag hatte (§ 117 Abs. 2 BGB). Nach der Art, wie der Beklagte bei den Ostverkäufen für die Klägerin tätig sein sollte, käme nur eine Geschäftsbesorgung in Betracht, die neben dem Vertreterverhältnis einhergegangen sein würde. Danach hätte es dem Beklagten obgelegen, die für die Ostkunden bestimmten Waren in dem von der Klägerin zugelassenen Umfang und zu den von dieser festgesetzten Preisen aus dem Berliner Lager auszuliefern und die dafür erhaltenen Erlöse an die Klägerin abzuführen. Der Beklagte

könnte in diesem Falle nicht auf Bezahlung der noch ausstehenden Kaufpreise in Anspruch genommen werden, sondern wäre der Klägerin schadensersatzpflichtig, wenn er deren Weisungen zuwidergehandelt, insbesondere für Ostkunden bestimmte Artikel an Firmen in der Bundesrepublik verkauft oder solche Verkäufe durch P. [REDACTED] ermöglicht, wenn er F. [REDACTED] oder anderen Kunden, namentlich kurz vor Beendigung seines Vertreterverhältnisses, mehr Waren ausgeliefert hätte, als ihm von der Klägerin zugestanden war oder wenn er abredewidrig den Kunden Waren auf Kredit anstatt gegen Barzahlung überlassen hätte. Ein solcher Schadensersatzanspruch würde sich allerdings mit der Klageforderung der Höhe nach nicht decken. Er wäre ebenso wie ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises wirksam nur dann entstanden, wenn K. [REDACTED] dahingehende Vereinbarungen mit Wirkung für und gegen die Klägerin hätte treffen können oder wenn die Klägerin eine mangels Vertretungsmacht unwirksame Vereinbarung genehmigt hätte.

c) Die vorstehenden Erörterungen erübrigten sich freilich zum großen Teil, wenn die mit dem Beklagten getroffenen Abmachungen, soweit sie Lieferungen in die Sowjetzone oder in die Ostblockländer betrafen, wegen Verstoßes gegen die einschlägigen Außenhandelsbestimmungen, insbesondere mangels devisenrechtlicher Genehmigung (vgl. Art. I und VII n.F. des MilRegG Nr. 53) unwirksam wären (§ 134 BGB). In diesem Falle ständen der Klägerin vertragliche Ansprüche weder aus einem Kaufvertrage noch aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis zu. Auch mit Hilfe eines Schadensersatzanspruchs könnte der mit den verbotenen Geschäften angestrebte Erfolg nicht erreicht werden (BGHZ 18, 248, 252; RGRK BGB 11. Aufl. Anm. 33 zu § 433). Wohl aber wäre die Klägerin unter Umständen in der Lage, Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluß oder insoweit geltend zu machen, als der Beklagte über das ihm zugestandene Maß hinaus Ware an Ostkunden geliefert hätte.

Für den Fall einer Nichtigkeit der Lieferungsverträge wäre auch die Erhebung von Bereicherungsansprüchen nicht ausgeschlossen, wenn der Beklagte bei der Abwicklung der Geschäfte etwas auf Kosten der Klägerin erlangt hätte (§ 812 BGB). Auf die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB könnte sich der Beklagte in diesem Falle nicht berufen, weil er nach dem Sinn und Zweck der den Ostgeschäften zugrunde liegenden Vereinbarungen weder die auszuliefernde Ware noch das dafür vereinbarte Entgelt für die Dauer behalten, sondern dieses - wirtschaftlich gesehen - für die Klägerin in Empfang nehmen und alsbald an sie abführen sollte (BGHZ 28, 255, 257).

II. Sofern das Berufungsgericht nach erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagte der Klägerin aus einem der vorstehend erörterten rechtlichen Gesichtspunkte zur Zahlung verpflichtet ist, wird es darauf ankommen, ob die von dem Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Ausgleichsforderung nach § 89 b HGB berechtigt ist.

Das Oberlandesgericht hat das Bestehen eines solchen Anspruchs verneint, weil die Klägerin mindestens aus zwei Gründen berechtigt gewesen sei, das Vertreterverhältnis wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten des Beklagten fristlos zu kündigen.

Einen dieser Gründe bezeichnet der Beklagte als nicht stichhaltig und rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung des § 286 ZPO.

Die Beanstandung ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, eine auf Erfordern der Klägerin erteilte Auskunft des Beklagten vom 4. Mai 1957, er sei an der Firma Fotohaus Hermann T. GmbH in B. weder direkt beteiligt noch habe er in dieser Firma eine Funktion, sei falsch gewesen. Der Beklagte habe verschwiegen, daß seine Mutter, seine mit ihm in wilder Ehe lebende Freundin und sein Angestellter an der Firma beteiligt gewesen seien und daß er selbst der Firma T. wenige Tage zuvor ein Darlehen von mehr als 35.000 DM gewährt habe.

Diese Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch wenn die Auskunft formell zutraf, hat der Beklagte gröblich gegen die ihm der Klägerin gegenüber obliegende Wahrheitspflicht verstoßen. Denn er wollte nach Lage der Umstände bei der Klägerin den - tatsächlich unrichtigen - Eindruck erwecken, als habe er mit der Firma T. nichts zu tun. Ein solches Vorgehen war, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, eine bewußte Irreführung der Klägerin.

Das Schreiben des Beklagten vom 26. April 1957 hat das Berufungsgericht berücksichtigt. Es brauchte diesen Brief nicht zugunsten des Beklagten zu werten. Abgesehen davon, daß er aus einem ganz anderen Anlaß geschrieben und an eine andere als die anfragende Stelle der Klägerin gerichtet war, gibt die Wendung, er habe bei der Entstehung der Firma "etwas mitgeholfen", den wirklichen Anteil des Beklagten an der Gesellschaft und seine engen persönlichen Beziehungen zu den Gesellschaftern auch nicht entfernt wieder.

Demgegenüber ist der Beweisantritt des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 13. (nicht 10.) Oktober 1958, S. 19, er sei an der Firma T. nicht beteiligt gewesen und habe

keine eigene Einflußnahme auf das Unternehmen, unerheblich. Denn der erste Teil dieses Beweisantritts ist unstreitig. Der zweite Teil stellt ein Werturteil dar, das das Gericht sich aus dem im wesentlichen unbestrittenen Parteivortrag selbst zu bilden vermochte.

Der vom Berufungsgericht angeführte weitere Grund für eine außerordentliche Kündigung des Vertreterverhältnisses ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision hat insoweit Angriffe auch nicht erhoben.

Das Berufungsgericht hat hiernach rechtsirrtumsfrei und ohne Verfahrensverstöß angenommen, daß dem Beklagten der zur Aufrechnung gestellte Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 3 HGB nicht zusteht.

III. In Übereinstimmung mit dem Landgericht hat das Oberlandesgericht der Klägerin Zinsen auch für den Teil des Klageanspruchs zugesprochen, der durch die Gutschrift einer Provisionsforderung des Beklagten von 5.000 DM am 1. August 1958 erloschen ist. Die Beanstandung der Revision, daß nicht geprüft worden sei, ob die Klägerin den Provisionsbetrag schon früher hätte gutbringen müssen, ist möglicherweise begründet. Nach § 389 BGB wirkt die durch die Gutschrift ausgedrückte Aufrechnung auf den Zeitpunkt zurück, in dem beide Forderungen sich aufrechenbar gegenüberstanden. In diesem Augenblick würde auch der Zinsenlauf enden (RGZ 101, 111, 114). Allenfalls könnten Zinsen bis zu einem späteren Zeitpunkte gefordert werden, wenn die Klägerin befugt gewesen wäre, mit der Erfüllung des Provisionsanspruches des Beklagten gemäß § 273 BGB zurückzuhalten, und eine solche Einrede geltend gemacht hätte.

Das wird das Berufungsgericht gegebenenfalls noch zu prüfen haben.

IV. Das Oberlandesgericht hat es gebilligt, daß dem Beklagten vom Landgericht die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt worden sind.

Soweit es sich hierbei auf § 91 a ZPO bezieht, sind seine Ausführungen rechtlich bedenkenfrei.

Dagegen wird das Berufungsgericht bei der neu zu treffenden Entscheidung nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen (zu III) zu prüfen haben, ob der Klägerin gemäß § 92 ZPO diejenigen Kosten aufzuerlegen sind, die durch die infolge verzögerter Gutschrift des Provisionsanspruchs des Beklagten bedingte Mehrforderung von 5.000 DM entstanden sind.

Glanzmann Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Finke