

VII ZR 58/60

Verkündet
am 17. April 1961
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 Generalvertreters Bruno R [REDACTED], G [REDACTED]-B [REDACTED]
am G [REDACTED], Italien,

Klägers, Widerbeklagten, Berufungs-
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Emil M [REDACTED], R [REDACTED] bei B [REDACTED]
Bez. K [REDACTED], E [REDACTED]-E [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungs-
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. April 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien,
Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 21. Dezember 1959 aufgehoben, soweit darin
zum Nachteil des Klägers erkannt ist. In diesem
Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 11. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger - italienischer Staatsangehöriger - ist Generalvertreter einer Anzahl von italienischen Schuhfabriken, die auch Schuhe in die Bundesrepublik liefern. Der Beklagte war von Herbst 1956 bis Frühjahr 1958 gegen Provision als Bezirksvertreter des Klägers in einem Teilgebiet der Bundesrepublik tätig.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe noch während der Vertragsdauer Geschäfte mit Schuhen italienischer Schuhfabriken für eigene Rechnung getätigt und ihn, den Kläger, auch durch Vorenthaltung einer ihm übersandten Winterkollektion in seinen Geschäften behindert. Der Beklagte habe ihn ferner sowohl in einem Rundschreiben an italienische Lieferfirmen als auch durch Äußerungen bei deutschen Kunden herabgesetzt. Es sei zu besorgen, daß der Beklagte seine kränkenden Äußerungen fortsetzen werde. Durch das Verhalten des Beklagten sei ihm ein erheblicher Schaden entstanden. Hiervon hat der Kläger einen Teilbetrag von 7.000 DM geltend gemacht.

Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen:

- 1.) ihm 7.000 DM nebst Zinsen zu zahlen,
- 2.) es bei Vermeidung einer Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen, Äußerungen über ihn zu verbreiten wie "der Kläger zahle die erheblichen Provisionen nicht und komme auch sonst seinen Verpflichtungen nicht nach; er kümmere sich überhaupt nicht um seine Geschäfte, obwohl er 12 % Provision von seinen Fabriken erhalte".

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, das Klagevorbringen bestritten und erklärt, er werde über den Kläger nichts mehr verbreiten.

- 3 -

Der Beklagte hat ferner Widerklage erhoben, mit der er u.a. beantragt hat, den Kläger zu verurteilen,

ihm unter Vorlage eines ordnungsmäßigen Buchauszuges Abrechnung über alle Geschäfte zu erteilen, die mit seinen Kunden bis zum 3. April 1958 abgeschlossen worden seien einschließlich der sog. direkten Geschäfte und derjenigen Aufträge, die erst nach dem 3. April 1958 abgerufen oder ausgeliefert worden seien.

Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt und vorgetragen, der Beklagte habe jeweils die Originalabrechnungskopien der Schuhfabriken sowie Provisionsaufstellungen erhalten, sodaß ihm ein Abrechnungsanspruch nicht mehr zustehe. Außerdem habe der Beklagte mehr an Vorschüssen erhalten, als er an Provision verdient habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen, soweit er mit der Klage abgewiesen und auf die Widerklage verurteilt worden ist, Abrechnung zu erteilen und einen Buchauszug vorzulegen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge und den Antrag auf völlige Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Anzuwendendes Recht

Das Berufungsgericht hat die Rechtsbeziehungen der Parteien nach deutschem Recht beurteilt, ohne die Frage in



den Entscheidungsgründen zu erörtern. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden, da die Parteien in den Vorinstanzen der Anwendung deutschen Rechts nicht entgegengetreten sind, sich vielmehr selbst auf dieses berufen haben. Auch die Revision hat insofern keine Rüge erhoben.

II.

Zum Unterlassungsanspruch des Klägers

1.) Das Berufungsgericht hat die Wiederholungsgefahr verneint, weil der Beklagte in erster Instanz unverzüglich erklärt habe, daß er nichts mehr über den Kläger verbreiten werde, der Kläger auch nicht behauptet habe, daß der Beklagte seine Äußerungen wiederholt habe.

2.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Grundsätze verkannt, die die Rechtsprechung zur Wiederholungsgefahr entwickelt habe. Der Beklagte habe Abweisung des Unterlassungsanspruchs beantragt und sein Vorgehen zu rechtfertigen versucht. Der Kläger habe auch im ersten Rechtszug Beweis dafür angeboten, daß der Beklagte sein Verhalten fortsetze.

3.) Die Rüge hat Erfolg.

a) Die Beurteilung der Wiederholungsgefahr ist zwar vorwiegend tatsächlicher Natur. Das Revisionsgericht hat aber nachzuprüfen, ob der Tatrichter von unrichtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist (RGZ 148, 114, 119; 156, 372, 375)..

b) Im vorliegenden Falle hätte das Berufungsgericht die Wiederholungsgefahr nicht schon deshalb verneinen dürfen, weil der Beklagte seine Äußerungen nicht wiederholt habe.

Diese Erwägung allein trägt das Berufungsurteil nicht. Die Annahme liegt nahe, daß derjenige, der auf Unterlassung in Anspruch genommen wird, während der Dauer des Rechtsstreits seine Äußerungen nicht wiederholt, um einen für ihn günstigen Ausgang des Prozesses zu erzielen. Der Bundesgerichtshof hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts strenge Voraussetzungen für die Annahme eines Fortfalls der Wiederholungsgefahr aufgestellt (vgl. BGHZ 1, 241, 248; 14, 286, 291; LM Nr. 22 zu § 1 UWG; LM Nr. 11 zu § 1 ZugabeVO).

c) Das Berufungsgericht wird hiernach zu prüfen haben, ob die Wiederholungsgefahr nicht aus anderen Gründen fortbesteht. Ein Anhaltspunkt dafür könnte sich, wie die Revision mit Recht geltend macht, schon daraus ergeben, daß der Beklagte im Verlauf des Rechtsstreits den Unterlassungsanspruch nicht anerkannt, sondern seine Äußerungen zu rechtfertigen versucht hat. Von Bedeutung kann auch sein, ob der Beklagte jetzt in unmittelbaren Geschäftsbeziehungen zu italienischen Schuhfabriken oder Vertriebsfirmen steht und deshalb Konkurrent des Klägers ist.

III.

Zum Schadensersatzanspruch des Klägers.

1.) Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der Beklagte in dem vom Kläger behaupteten Sinne sich vertragswidrig verhalten und daß der Kläger hierdurch einen Schaden erlitten habe. Es meint aber, der Kläger habe keinen detaillierten Schaden dargetan. Durch Vernehmung der italienischen Fabrikanten könne nicht bewiesen werden, daß der Kläger ohne das Verhalten des Beklagten in der fraglichen Zeit dieselben Einnahmen erzielt haben würde wie in der

entsprechenden Zeit des Vorjahres. Der Umsatz sei von den verschiedensten hypothetisch nicht erfaßbaren Umständen abhängig. Eine Schätzung gemäß § 287 ZPO würde wegen Fehlens geeigneter Anhaltspunkte auf Willkür hinauslaufen.

2.) Auch die hiergegen gerichtete Rüge der Revision ist begründet.

a) Die Vorschrift des § 287 ZPO ist dazu bestimmt, dem Geschädigten den Nachweis seines Schadens zu erleichtern, indem sie an die Stelle des sonst erforderlichen konkreten Schadensnachweises das freie Ermessen des Tatrichters setzt. Dieser kann dabei sogar nicht vorgetragene Tatsachen berücksichtigen. Rechtsgrundsätzlich ist dem Berufungsgericht zwar darin beizutreten, daß auch im Rahmen des § 287 ZPO zum Nachteil der beweispflichtigen Partei entschieden werden muß, wenn mangels greifbarer Anhaltspunkte keine Grundlage für die Ermittlung des Schadens zu gewinnen ist und das richterliche Ermessen völlig in der Luft schweben würde (LM Nr. 3 zu § 287 ZPO). Bevor das Gericht zu einem solchen Ergebnis kommt, muß es jedoch das einschlägige Vorbringen und Beweiserbieten der Parteien vollständig würdigen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 287 ZPO, wonach das Gericht unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden hat (RGZ 130, 108, 112; RG JW 1939, 650; LM Nr. 1 zu § 287 ZPO). Das Gericht muß auch im Urteil erkennen lassen, weshalb es das Parteivorbringen nicht als beachtlich angesehen hat (RGZ 83, 65; BGH NJW 1952, 978).

b) Diesen zu § 287 ZPO entwickelten Rechtsgrundsätzen ist das Berufungsgericht nicht gerecht geworden. Es führt lediglich an, ein geringerer Umsatz des Klägers könne auf

den verschiedensten Umständen beruhen. Dabei hat es aber, wie die Revision mit Recht rügt, das Vorbringen und Beweiserbieten des Klägers unvollständig gewürdigt. Es braucht nicht im einzelnen darauf eingegangen zu werden, ob ein Teil der in der Revisionsbegründung (S. 3 u. 4) enthaltenen Beweiserbieten wegen unzureichender Substantiierung oder aus anderen Gründen nicht erheblich war. Mindestens hätte das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers in folgenden Punkten nicht unberücksichtigt lassen dürfen:

aa) Der Kläger hat in der Berufungsbegründung (S. 11 ff) und im Schriftsatz vom 27. Juli 1959 (S. 22 ff) seinen Schadensersatzanspruch auf mehrere Umstände gestützt. In erster Linie hat er behauptet und unter Beweis gestellt, der von ihm geltend gemachte Schaden in Höhe von 7.000 DM sei ihm allein schon durch die Vorenthaltung der Winterkollektion entstanden. Es handelt sich dabei um ganz bestimmte Behauptungen, die durch die allgemeinen Erwägungen des Berufungsgerichts nicht ausgeräumt werden. Wenn der Kläger, wie er behauptet, Schuhe bestimmter Firmen für die fragliche Wintersaison überhaupt nicht verkaufen konnte, während er mit diesen im Vorjahr hohe Umsätze erzielt hatte, so kann das auf die von ihm behauptete Vorenthaltung der Winterkollektion durch den Beklagten zurückgeführt werden, ohne daß ein solcher Schluß willkürlich zu nennen wäre.

bb) Für diese Instanz ist von der Unterstellung des Berufungsgerichts auszugehen, daß dem Kläger durch vertragswidriges Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden ist. Das Berufungsgericht wird in eine nähere Prüfung dieser Frage einzutreten haben, insbesondere nach der Richtung, ob der Beklagte vertragswidrig verursacht hat, daß der Kläger die Vertretung einiger Schuhfabriken verloren hat.

Falls es ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten feststellen sollte, wird es unter Benutzung des in der Revisionsbegründung (S. 3/4) im einzelnen angeführten Vorbringens und Beweiserbietens des Klägers die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zu prüfen und die Höhe eines etwaigen Schadens gemäß § 287 ZPO nach freiem Ermessen zu beurteilen haben. Sollte beim Kläger im Jahre 1958 entgegen der allgemeinen Entwicklung im Absatz der italienischen Schuhfabriken ein auffälliger Rückgang eingetreten sein, so könnte sich daraus eine ausreichende Grundlage für die gemäß § 287 ZPO zu treffende Feststellung ergeben, daß dem Kläger durch das Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden sei.

IV.

Zur Widerklage

1.) Den mit der Widerklage verfolgten Anspruch des Beklagten auf Abrechnung unter Vorlage eines ordnungsmäßigen Buchauszuges hat das Berufungsgericht zuerkannt mit der Begründung, die vom Kläger in der Berufungsinstanz eingereichten Aufstellungen seien jedenfalls noch nicht vollständig; sie enthielten insbesondere noch nichts über die sog. direkten Geschäfte und über später abgerufene oder ausgeführte Aufträge.

2.) Die Revision macht geltend, der Kläger führe, worauf er in der Berufungsinstanz hingewiesen habe, keine Bücher, sei hierzu nach italienischem Recht auch nicht verpflichtet; ein Buchauszug könne schon aus diesem Grunde von ihm nicht gefordert werden. Der Kläger habe auch für die Richtigkeit der mit der Berufungsbegründung eingereichten Abrechnung Beweis erboten. Wenn die Abrechnung

unvollständig sein sollte, könne allenfalls Leistung des Offenbarungseides, aber nicht eine nochmalige Abrechnung verlangt werden.

3.) Auch diese Rügen der Revision greifen durch.

Der Beklagte hat den Anspruch auf Abrechnung (§ 87 c Abs. 1) und das Verlangen auf Vorlegung eines Buchauszuges (§ 87 c Abs. 2) in einem Antrag vereinigt.

a) Was zunächst den Buchauszug betrifft, so hat das Berufungsgericht die nach dem Akteninhalt vom Beklagten nicht bestrittene Behauptung des Klägers, daß er keine Bücher führe und hierzu nach italienischem Recht nicht verpflichtet sei, bei seiner Entscheidung nicht erkennbar berücksichtigt. Darin liegt ein Verstoß gegen § 286 ZPO.

Falls der Kläger keine Bücher führt, hat seine Verurteilung zur Erteilung eines Buchauszuges zu unterbleiben, weil eine Partei nicht zu einer unmöglichen Leistung verurteilt werden darf (RGZ 107, 15, 18; 160, 257, 263). Zwar gilt dieser Rechtssatz nur, wenn die Unmöglichkeit der Leistung zur Zeit des Urteilserlasses bereits feststeht. Das Berufungsgericht hätte aber bei richtigem Verfahren die Behauptung des Klägers wahrscheinlich als unbestritten und demgemäß die Unmöglichkeit als feststehend ansehen müssen. Immerhin ist nicht auszuschließen, daß der Beklagte die Behauptung des Klägers in der mündlichen Verhandlung bestritten hat. Die weitere Aufklärung in diesem Punkte muß daher dem Tatrichter überlassen werden.

b) Auch gegen die Verurteilung des Klägers zur Erteilung einer vollständigen Abrechnung bestehen rechtliche

Bedenken. Zwar ist das vom Kläger mit der Berufungsbegründung vorgelegte, als "Gesamtabrechnung" bezeichnete Schriftstück nicht als Abrechnung im Sinne des Gesetzes anzusehen, weil es keine Angaben über die einzelnen Geschäfte mit den Kunden enthält, für die der Beklagte Provision zu beanspruchen hat. Der Kläger hat aber als Anlage zu seinem Schriftsatz vom 27. Juli 1959 auch die Provisionsaufstellungen der einzelnen Firmen vorgelegt, aus denen die erforderlichen Angaben über die einzelnen Geschäfte ersichtlich sind.

Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß die Aufstellung des Klägers nicht vollständig sei. Die Revision rügt aber mit Recht, daß sich daraus kein Anspruch des Beklagten auf nochmalige Erteilung der ganzen Abrechnung ergibt. Ein solcher Anspruch käme nur in Betracht, wenn das, was der Kläger bisher mitgeteilt hat, überhaupt keine geordnete Abrechnung im Sinne des Gesetzes wäre. Behauptet der Handelsvertreter aber lediglich, die vom Unternehmer erteilte Abrechnung sei unvollständig, so ist ihm, sofern er bestimmte Teile der Abrechnung als fehlend bezeichnet, der Anspruch auf entsprechende Ergänzung der Abrechnung zuzuerkennen (vgl. dazu Schlegelberger/Schröder Komm. z. HGB 4. Aufl. Anm. 4 - 6 zu § 87 c). Soweit der Handelsvertreter bezüglich einzelner provisionspflichtiger Geschäfte Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Angaben behauptet, kommen abgesehen von dem im Normalfall gegebenen Recht auf Erteilung eines Buchauszuges die Ansprüche aus § 87 c Abs. 3 und 4 sowie auf Leistung des Offenbarungseides in Betracht (vgl. dazu auch RGZ 100, 150, 152).

Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung dieser Hinweise zu prüfen haben, inwieweit noch ein Anspruch des Beklagten auf Abrechnung besteht; gegebenenfalls wird der Beklagte zu einer sachgemäßen Änderung seines Antrages zu veranlassen sein.

V.

Die Revision des Klägers hat hiernach in vollem Umfang Erfolg. Soweit das Berufungsgericht zu seinem Nachteil erkannt hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die Vorinstanz zurückzuverweisen; und zwar an den 11. Zivilsenat des Berufungsgerichts (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Meyer

Dr. Vogt Finke