

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 68/65

URTEIL

Verkündet am
25. April 1967
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Hakim B [REDACTED], O [REDACTED] (Algerien),
Rue de N [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers,
Berufungsbeklagten, Anschluß-
berufungsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ingenieur-Büro Dipl.-Ing. Erich W [REDACTED], N [REDACTED],
Inh. Dipl.-Ing. Erich W [REDACTED], N [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin, Anschluß-
berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1a Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 28. Oktober 1964 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Sommer 1962 führten die Parteien Gespräche über eine künftige geschäftliche Zusammenarbeit. Der Beklagte, der aus Algerien stammt, unternahm im August und September 1962 mit seiner Frau, einem Neffen und der 18-jährigen Angestellten S. eine Reise nach Nordafrika. Er sollte dort geschäftliche Beziehungen für die in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft anknüpfen. Der Inhaber der Klägerin übergab ihm kurze Zeit vor der Abreise einen Scheck über 2 000 DM. Er ließ den Scheck jedoch sperren, bevor der Beklagte die Bundesrepublik verlassen hatte, angeblich weil die Angestellte S. gegen seinen Willen den Beklagten auf der Reise begleitete.

Nach Rückkehr des Beklagten schlossen die Parteien am 26. September 1962 einen schriftlichen Vertrag, in dem die Klägerin den Beklagten mit der Durchführung von bestimmten Aufgaben (Kanalisationen und Kläranlagen) beauftragte. Der Beklagte sollte für die Arbeiten eine monatliche Vergütung von 1 600 DM erhalten und, soweit er hierbei seinen eigenen Wagen benutzte, eine Entschädigung von 0,18 DM je km. Die Parteien wollten im Laufe der Zeit prüfen, ob eine weitere ersprießliche Zusammenarbeit in Betracht komme. Eine Lösung des Vertrages sollte nur jeweils nach Beendigung eines der vorgesehenen Projekte möglich sein; sofern ein Vertragsteil vorzeitig die Lösung des Vertrages herbeiführte, sollte er verpflichtet sein, dem anderen eine angemessene Ausfallsvergütung zu zahlen, mindestens 1 000 DM.

Im Dezember 1962 entstanden zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten. Die Klägerin ließ einen dem Beklagten am 21. Dezember 1962 zur Bezahlung seiner Dezembervergütung gegebenen Scheck über 1 600 DM am 24. Dezember 1962 sperren. Am 3. Januar 1963 schlossen die Parteien eine Vereinbarung folgenden Wortlauts:

- "1. Sobald von der Stadtverwaltung R [REDACTED] die Zusage darüber vorliegt, daß der von Herrn W [REDACTED] gemachte Vorschlag, nämlich nach Zahlung von DM 3 000,-- Vertragsauflösung für die Projektbearbeitung Kanalisation und Kläranlage angenommen wird, erhält Herr H [REDACTED] von Herrn W [REDACTED] durch Freigabe des gesperrten Schecks den Betrag von DM 1 600,--
2. Bei Vorlage des eingabefähigen Projektes Ruppertshütten einschließlich Kläranlage für mechanische Klärung erhält Herr H [REDACTED] einen weiteren Betrag von 1 600,--



Damit sind sämtliche Ansprüche beider Seiten sowohl von Seiten des Herrn W. als auch von Seiten des Herrn Hakim aus dem Vertrag vom 26. 9. 62 abgegolten und der Vertrag rechtsunwirksam."

Der Beklagte erhielt die in dieser Vereinbarung ihm zugesagten Beträge.

Mit der Klage hat die Klägerin vom Beklagten Herausgabe eines ihr gehörigen Nivelliergerätes nebst Zubehörteilen verlangt.

Der Beklagte hat ein Zurückbehaltungsrecht an den herausverlangten Sachen geltend gemacht, weil er für deren Instandsetzung 300 DM aufgewendet habe. Ferner hat er mit der Widerklage Zahlung von 8 500 DM nebst Zinsen begehrt.

Er hat die Vereinbarung vom 3. Januar 1963 wegen widerrechtlicher Drohung angefochten und sich auch darauf berufen, daß die Klägerin bei Abschluß dieser Vereinbarung seine Notlage ausgenutzt habe. Es ständen ihm hiernach noch Ansprüche aus dem Vertrag vom 26. September 1962 zu, nämlich eine Ausfallsvergütung von 1 000 DM und km-Gelder in Höhe von 1 500 DM. Weiter habe er außerhalb des Vertrages die Bauleitung in Steinbach übernommen und hierfür 1 000 DM zu fordern. Schließlich habe die Klägerin sich verpflichtet, ihm für seine Afrikareise einen Unkostenbeitrag von 7 000 DM zu zahlen, wovon er zunächst einen Teilbetrag von 5 000 DM verlange.

Das Landgericht hat den Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt, jedoch Zug um Zug gegen Zahlung von 2 000 DM

nebst Zinsen, und hat die Klägerin zur Zahlung dieses Betrages verurteilt; im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat, abgesehen von der Abweisung der Klage hinsichtlich eines Winkelspiegels, im vollen Umfang zugunsten der Klägerin erkannt; die Anschlußberufung des Beklagten hat es zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte die Widerklage und gegenüber der Klage das Zurückbehaltungsrecht weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Seine Verurteilung zur Herausgabe des Nivelliergerätes und des Zubehörs als solche bekämpft der Beklagte nicht. Er nimmt ihr gegenüber jedoch ein Zurückbehaltungsrecht in Anspruch, weil er 300 DM für Reparaturen an dem Gerät aufgewandt habe.

Das Berufungsgericht hat das Zurückbehaltungsrecht verneint und dazu ausgeführt, der Beklagte habe die behaupteten Verwendungen im einzelnen nicht dargetan. Er habe lediglich vorgetragen, er habe keine Ersatzteile eingebaut, sondern nur Konusachse, Schraubfüße und optische Zentrierung mit Pariser Pulver nachgeschliffen. Es möge dahingestellt bleiben, ob er damit seine Verwendungen ausreichend dargelegt habe. Selbst wenn man dieser Meinung sei, sei sein erstmals in der Anschlußberufungsschrift vom 9. September 1964 S. 3 erfolgter

Beweisantritt als verspätet gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht mehr zugelassen.

Die Revision rügt, eine Verzögerung des Rechtsstreits wäre nicht eingetreten, wenn der Vorsitzende des Berufungsgerichts gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO den vom Beklagten benannten Zeugen zur mündlichen Verhandlung am 14. Oktober 1964 geladen hätte.

Hierauf und auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in solchen Fällen (vgl. LM Nr. 2 und 3 zu § 272 b ZPO sowie das Urteil des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1964 VII ZR 85/63) braucht nicht eingegangen zu werden; denn es fehlt jedenfalls an einem hinreichenden Sachvortrag des Beklagten.

Bei seiner Anhörung vor dem Amtsgericht im Termin vom 9. April 1963 hat er erklärt, bei der angeblichen Reparatur keine Ersatzteile gebraucht, sondern lediglich das Gerät auseinandergenommen, die einzelnen Teile mit Benzin gewaschen und unter Verwendung eines Pariser Pulvers nachgeschliffen zu haben. Es ist nicht ersichtlich, wie sich hieraus ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen in Höhe von 300 DM ergeben soll. Auch im weiteren Verlauf des Rechtsstreits hat der Beklagte keine näheren Angaben gemacht. In der Anschlußberufungsschrift hat er nur vorgetragen, das Gerät habe erhebliche Mängel aufgewiesen und nicht funktioniert, seine Verwendungen hätten mindestens 300 DM ausgemacht.

Dem Beklagten ist daher ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen jedenfalls deshalb mit Recht nicht zuerkannt worden, weil er

es trotz gerichtlicher Aufforderung schon im ersten Rechtszug an hinreichend substantiierten Angaben hat fehlen lassen. Ohne solche brauchte das Berufungsgericht den von ihm benannten Zeugen nicht zu vernehmen.

II.

Den vom Beklagten mit der Widerklage begehrten Ersatz von Kosten der Nordafrikareise, den das Landgericht ihm in Höhe von 2 000 DM zuerkannt hatte, hat das Berufungsgericht in vollem Umfang abgelehnt. Es hat dazu ausgeführt:

Unstreitig habe die Klägerin sich an diesen Kosten beteiligen wollen. Sie habe mit dem Beklagten aber vereinbart, daß sie einen Beitrag nur als Vorschuß für die beabsichtigte Zusammenarbeit leiste, der später als ihre Einlage verrechnet werden sollte. Diese Bekundung des Inhabers der Klägerin (vgl. GA 31, 53) sei nicht widerlegt, auch nicht durch die Bekundung der Zeugin S. und das Schreiben des Inhabers der Klägerin vom 27. Juli 1962. Eine vom Beklagten behauptete Zusage ohne jede Gegenleistung entspreche kaufmännischen Gepflogenheiten nicht, zumal die Parteien sich erst gerade kennengelernt hätten. Die Hingabe des Schecks über 2 000 DM beweise nur die unstreitige Tatsache, daß die Klägerin zu den Reisekosten des Beklagten habe beisteuern wollen; die näheren Umstände lasse sie ebensowenig erkennen wie das Schreiben vom 27. Juli 1962.

Der Beklagte habe auch nach seiner Rückkehr aus Afrika von der Klägerin den Reisekostenbeitrag nicht gefordert. Im Vertrag vom 26. September 1962 sei davon

keine Rede. Wenn der Beklagte in dieser Beziehung von seinem Recht überzeugt gewesen wäre, hätte er nicht, wie er bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht erklärt habe, versucht, sich auf andere unkorrekte Weise für die Reisekosten bezahlt zu machen. Da die Zusammenarbeit der Parteien gescheitert sei, könne der Beklagte daher jedenfalls jetzt einen Reisekostenbeitrag von der Klägerin nicht mehr verlangen.

1. Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht hätte die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme nicht anders als dieses würdigen dürfen, ohne sie selbst zu wiederholen.

Damit hat sie keinen Erfolg. Der erkennende Senat hat zwar ausgesprochen (LM Nr. 3 zu § 398 ZPO und Urteil vom 10. März 1966 VII ZR 138/64), das Berufungsgericht dürfe die Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht anders als die erste Instanz beurteilen, ohne ihn erneut zu vernehmen und sich einen unmittelbaren eigenen Eindruck von ihm zu verschaffen. Der Senat hat eine neue Beweisaufnahme aber ausdrücklich nur für den Fall als erforderlich bezeichnet, daß dem Berufungsgericht kein anderes Beweismaterial zur Verfügung steht und daß nicht weitere vom Landgericht nicht berücksichtigte Umstände für seine Auffassung sprechen.

Hier haben die Vorinstanzen nicht entscheidend auf die Frage der Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der Zeugin S. abgestellt. Diese ist übrigens nicht vor dem Landgericht selbst, sondern vom ersuchten Richter vernommen worden. Landgericht und Oberlandesgericht unterscheiden sich in der Wertung der Gesamtumstände des Falles. Hierbei konnte

das Berufungsgericht von der Auffassung des Landgerichts abweichen, ohne, wie die Revision meint, gegen Verfahrensvorschriften zu verstoßen.

2. Das Berufungsgericht ist in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts, die das Revisionsgericht bindet, zu der Auffassung gekommen, die Klägerin habe dem Beklagten einen Reisekostenbeitrag nur als Vorschuß für die beabsichtigte Zusammenarbeit leisten wollen, der später habe verrechnet werden sollen.

Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß diese Würdigung unmöglich wäre. Die Hingabe eines Schecks kann sehr wohl auch eine solche Vorschußleistung bezwecken. Die Revision berücksichtigt bei ihren Darlegungen nicht, daß das Berufungsgericht die Bekundungen des Inhabers der Klägerin über die Gespräche und Abreden der Parteien als nicht widerlegt erachtet hat. Darin ist kein Rechtsfehler zu finden, da der Beklagte die Beweislast für seinen mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch hat, wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht.

Das Berufungsgericht konnte auch das spätere Verhalten des Beklagten als wesentlich für die Bildung seiner Überzeugung ansehen. Er hat unbestritten weder bei Abschluß des Vertrages vom 26. September 1962 noch vorher oder nachher bis zur Erhebung der Widerklage einen Anspruch auf Erstattung von Reisekosten geltend gemacht. Daraus konnte das Berufungsgericht folgern, er habe selbst damals nicht an das Bestehen eines solchen Anspruchs geglaubt.

Unter diesen Umständen brauchte es nicht darauf einzugehen, weshalb die Klägerin den nach seiner Annahme lediglich zum Zwecke der Vorschußleistung gegebenen Scheck vor der Einlösung durch den Beklagten hat sperren lassen.

3. Die Revision meint ferner, wenn schon die Zusammenarbeit der Parteien gescheitert sei, so hätte das Berufungsgericht den Anspruch unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (Verschulden bei den Vertragsverhandlungen) zuerkennen müssen.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß der Beklagte einen Anspruch auf Beteiligung der Klägerin an seinen Reisekosten nur unter der Voraussetzung späterer Zusammenarbeit der Parteien haben sollte. Da diese Voraussetzung nicht eingetreten ist, entfällt der Anspruch des Beklagten. Unter diesen Umständen ist kein Raum für Ansprüche aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen.

III.

Das Berufungsgericht hat ferner dem Beklagten die Befugnis, den Vertrag vom 3. Januar 1963 wegen widerrechtlicher Drohung anzufechten, nicht zuerkannt. Es hat vielmehr die Klägerin als berechtigt angesehen, den Scheck zu sperren, mit dem der Beklagte seine Dezembervergütung erhalten sollte, und auf den Abschluß des Vertrages vom 3. Januar 1963 hinzuwirken, weil der Beklagte bei den Verhandlungen mit der Gemeinde R [REDACTED] sich treu- und pflichtwidrig gegenüber der Klägerin verhalten habe. Diese habe daher das Vertragsverhältnis mit ihm fristlos aufkündigen dürfen.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag und Beweisantritt des Beklagten im Schriftsatz vom 9. September 1964 S. 18/19 nicht beachtet.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht konnte aus den eigenen Erklärungen des Beklagten bei seiner Anhörung vor dem Landgericht im Termin vom 10. Oktober 1963 das Zugeständnis eines eigenmächtigen und treuwidrigen Verhaltens gegenüber der Klägerin entnehmen. Er hat dort zugegeben, daß er die Verhandlungen mit der Gemeinde R [REDACTED] für die Klägerin führen sollte, die Arbeiten dann aber allein durchgeführt hat. Auch aus den Ausführungen des Beklagten in dem vorgenannten Schriftsatz vom 9. September 1964 (S. 18/19) ergibt sich, daß er im Laufe der Verhandlungen mit der Gemeinde R [REDACTED] sich von seinen Bindungen an die Klägerin losgesagt und der Gemeinde als alleiniger Vertragspartner gegenübergetreten ist.

Es kann im einzelnen dahingestellt bleiben, welche Gründe für den Beklagten bei diesem Verhalten maßgeblich gewesen sind. Bei der gegebenen Sachlage konnte das Berufungsgericht jedenfalls zu der Überzeugung kommen, das Vertrauen der Klägerin zu dem Beklagten sei durch sein Vorgehen erschüttert und die Klägerin sei zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt gewesen. Es bedurfte deshalb keiner Erhebung der vom Beklagten angetretenen Beweise.

Unter diesen Umständen war der Beklagte auch nicht berechtigt, den Vertrag vom 3. Januar 1963, der die Folgen aus der Lösung der vertraglichen Beziehungen zog, wegen widerrechtlicher Drohung anzufechten.

2. Die Revision kann sich ferner nicht darauf berufen, der Inhaber der Klägerin habe des öfteren zu erkennen gegeben, daß er wegen seiner Krankheit das Geschäft aufgeben wollte und der Beklagte es dann allein weiterführen sollte.

Das Berufungsgericht brauchte darin nicht die Behauptung zu sehen, daß der Inhaber der Klägerin bereits endgültig seinen Willen zur Geschäftsaufgabe kundgetan habe. Solange das aber nicht geschehen war, durfte der Beklagte nach außen hin nicht selbständig und ohne Rücksicht auf seine noch bestehenden Bindungen an die Klägerin auftreten. Im übrigen ist der hier vom Beklagten eingenommene Standpunkt unvereinbar mit der Geltendmachung weiterer Ansprüche aus dem Vertrag vom 26. September 1962.

3. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt der Vertrag vom 3. Januar 1963 auch nicht gegen die guten Sitten. Diese Annahme läßt gleichfalls keinen Rechtsfehler erkennen.

Der Hinweis der Revision, der Beklagte habe auf erhebliche Ansprüche ohne Gegenleistung verzichten sollen, geht fehl. Sie verkennt, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigt war und daß damit weitere vertragliche Ansprüche des Beklagten entfielen.

Das Berufungsgericht hat ferner nicht für erwiesen erachtet, daß die Klägerin bei Abschluß des Vertrages vom 3. Januar 1963 von einer Notlage des Beklagten gewußt und diese ausgenutzt habe. Die Revision hat dagegen nichts vorgebracht.

Es kommt daher weder eine Nichtigkeit des genannten Vertrages nach § 138 BGB Abs. 1 noch nach Abs. 2 dieser Vorschrift in Betracht.

4. Da hiernach der Vertrag vom 3. Januar 1963 rechtswirksam zustandegekommen ist und vom Beklagten auch nicht durch Anfechtung vernichtet werden konnte, stehen ihm keine Ansprüche aus dem Vertrag vom 26. September 1962 mehr zu. Danach entfällt ohne weiteres der Anspruch auf km-Gelder und ferner der Anspruch auf eine Ausfallsvergütung gemäß Ziff. 6 des Vertrages vom 26. September 1962.

Das Berufungsgericht hat aber auch ohne Rechtsirrtum angenommen, die Bauleitung bei der Kanalisation in Steinbach, für die der Beklagte eine Sondervergütung von 1 000 DM begehrt, falle unter die von ihm nach dem Vertrag vom 26. September 1962 zu leistende Tätigkeit, die mit der monatlichen Vergütung von 1 600 DM abgegolten sein sollte.

Die Revision führt dagegen an, "das müßte dann aber auch für die Fortsetzung des Verhältnisses gelten, so daß im Ergebnis der Betrag zuzusprechen wäre". Es ist nicht verständlich, was sie damit meint. Sie erkennt offenbar auch hier, daß dem Beklagten keine Ansprüche aus dem Vertrag vom 26. September 1962 mehr erwachsen konnten, weil die Klägerin zur fristlosen Kündigung dieses Vertrages berechtigt war und, darauf gestützt, den Vertrag vom 3. Januar 1963 mit dem Beklagten abgeschlossen hat.

IV.

Nach alledem erweist sich die Revision des Beklagten in vollem Umfang als unbegründet. Sie ist daher mit Kostenfolge aus dem § 97 ZPO zurückzuweisen.

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Bundesrichter

Finke

Dr. Vogt ist beur-
laubt, ortsabwesend
und daher verhindert
zu unterschreiben.

Heimann-Trosien