

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 319/96

Verkündet am:
7. Mai 1998
Freitag,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Dr. Werp, Streck, Schlick und die Richterin Ambrosius

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 12. November 1996 teilweise aufgehoben; im Kostenpunkt, soweit es über die Kosten des Berufungsverfahrens und der erstinstanzlich entstandenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Beklagten und des Widerbeklagten entschieden hat; zur Hauptsache, soweit es den Beklagten verurteilt hat, an den Widerbeklagten 32.577,55 DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit dem 10. Juni 1991 zu zahlen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte, Widerkläger und Wider-Widerbeklagte (im folgenden: der Beklagte) veranstaltete in seinen beiden in H. und S. gelegenen Teppichgeschäften in der Zeit vom 23. November 1990 bis zum 7. Januar 1991 Räumungsverkäufe, mit deren Durchführung er den Widerbeklagten und Wider-Widerkläger (im folgenden: der Kläger) beauftragt hatte. Am 20. Dezember 1990 kam es zwischen den Parteien zu einer heftigen Auseinandersetzung, die dazu führte, daß der Kläger seine Tätigkeit für den Beklagten einstellte. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger, dem vereinbarungsgemäß eine Umsatzbeteiligung von 19 % zustehen sollte, vom Beklagten Zahlungen in Höhe 805.000 DM erhalten.

Der Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger habe die aus den Räumungsverkäufen bis zum 20. Dezember 1990 eingegangenen Kundengelder (Bargeld, Schecks) selbst vereinnahmt und zu einem erheblichen Teil nicht an ihn, den Beklagten, weitergeleitet. Er hat im Wege der (Teil-)Widerklage beantragt, den Kläger zur Zahlung von 580.710,53 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Zahlungs-Widerklage abgewiesen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, daß ihm wegen der bis zum 20. Dezember 1990 erzielten Umsätze in Höhe von - unstreitig - 5.292.463,80 DM über die bereits erhaltenen 805.000 DM hinaus ein weitergehender Provisionsanspruch in Höhe von 228.743,60 DM zustehe. Der auf Zahlung dieses Be-



trags nebst Zinsen gerichteten Wider-Widerklage hat das Landgericht unter Berücksichtigung vom Beklagten für den Kläger verauslagter "Media-Kosten" (Anzeigekosten etc.) und Verkäuferprovisionen in Höhe von 75.898,44 DM stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hat dem Kläger einen weitergehenden Provisionsanspruch nur noch in Höhe von 32.577,55 DM nebst Zinsen zugebilligt.

Der Beklagte hat das Urteil des Berufungsgerichts, soweit zu seinem Nachteil erkannt worden ist, in vollem Umfang angegriffen. Der Senat hat die Revision nur zur Entscheidung angenommen, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 32.577,55 DM nebst Zinsen richtet.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt in dem Umfang, in dem sie vom Senat angenommen worden ist, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

1. Gemäß Ziffer 7 der Vereinbarung über die Durchführung des "Totalausverkaufs" vom 28. November 1990 in Verbindung mit Ziffer 2 der Ergänzungsvereinbarung vom 5. Dezember 1990

stehe dem Kläger ein Beteiligungsanspruch von 19 % des Umsatzes zu, der in den beiden Geschäftshäusern in H. und S. während des von ihm organisierten und durchgeführten Räumungsverkaufs erzielt worden sei. Da bis einschließlich 20. Dezember 1990 - an diesem Tag hat der Kläger seine Tätigkeit für den Beklagten eingestellt - der Gesamtumsatz unstreitig 5.292.463,80 DM betragen habe, errechne sich für den Kläger ein Provisionsanspruch in Höhe von insgesamt 1.005.568,10 DM, also, nach Abzug der bereits erlangten 805.000 DM, im Ausgangspunkt eine Restforderung von noch 200.568,10 DM.

2. Soweit der Beklagte aus seinen Mitteln verauslagte Kosten für die Anzeigenwerbung - diese waren unstreitig vom Kläger aus der vereinbarten Umsatzbeteiligung von 19 % zu bestreiten - im Wege der Hilfsaufrechnung mit einem Kostenerstattungsanspruch geltend gemacht habe, sei über den bereits vom Landgericht zuerkannten Betrag von 116.669,66 DM ein weiterer Betrag von 40.320,89 DM, also insgesamt eine Summe von 156.990,55 DM, zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der aus Mitteln des Beklagten an vom Kläger angestelltes Verkaufspersonal ausgezahlten Provisionen - jedem Angestellten stand für die von ihm abgeschlossenen oder vermittelten Teppichverkäufe eine Provision zu; diese Provision war, soweit die vom Kläger angestellten Verkäufer betroffen waren, abredegemäß aus der vereinbarten Umsatzbeteiligung zu bestreiten; soweit dagegen Verkäufer tätig geworden waren, die in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis zum Beklagten gestanden hatten, hatte der Beklagte die Provision zu tragen - sei der vom Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung ge-

stellte Erstattungsanspruch über den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 8.000 DM in Höhe von weiteren 3.000 DM begründet.

3. Bei der Berechnung des Umsatzbeteiligungsanspruchs des Klägers seien die vom Beklagten vorgetragenen Stornofälle (Retouren) - in S. in Höhe von 449.947 DM und in H. in Höhe von 1.091.808 DM - nicht zu berücksichtigen:

Die Parteien hätten nicht vereinbart, daß alle Stornofälle zu einer Kürzung des Provisionsanspruchs führten. Wie die Regelungen im Maklerrecht und im Handelsvertreterrecht zeigten, bleibe, wenn ein wirksam abgeschlossener Vertrag zur Ausführung gekommen ist, der Provisionsanspruch grundsätzlich auch dann bestehen, wenn im nachhinein der Vertrag rückgängig gemacht werde. Die streitgegenständlichen Geschäfte seien vorliegend nach dem Vorbringen der Parteien überwiegend in der Weise abgewickelt worden, daß die Teppiche sofort an die Kunden übergeben und übereignet worden seien und die Ware gleich entweder bar oder mit Scheck bezahlt worden sei. Um beurteilen zu können, ob durch die Rückgängigmachung der Provisionsanspruch des Klägers berührt werde, hätte der Beklagte jeden einzelnen Stornofall vortragen und ausführen müssen, aus welchem Grunde dieses Geschäft rückgängig gemacht worden sei.

II.

Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, daß dem Kläger über den bereits erhaltenen Betrag von 805.000 DM hinaus ein weitergehender Vergütungsanspruch zusteht, hält das Berufungsurteil der revisionsrechtlichen Nachprüfung schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht mit rechtsfehlerhafter Begründung die vom Beklagten behaupteten Retouren bei der Ermittlung des für die Höhe des Vergütungsanspruchs des Klägers maßgeblichen Umsatzes unberücksichtigt gelassen hat.

1. Der Kläger hat seine Tätigkeit für den Beklagten vorzeitig, nämlich am 20. Dezember 1990, eingestellt, nachdem es zwischen den Parteien zu einer heftigen Auseinandersetzung gekommen war.

Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob die Parteien den als Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter (§ 675 BGB) zu qualifizierenden Vertrag einvernehmlich aufgehoben haben oder ob der Kläger bzw. der Beklagte eine Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen hat. Dahingehender Feststellungen bedurfte es nicht. Keine Partei will Rechte daraus herleiten, daß die andere Partei den Vertrag unberechtigt oder zur Unzeit gekündigt hat. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß dem Kläger für seine bis zum 20. Dezember 1990 erbrachten Dienstleistungen der entsprechende Teil der vertraglich vereinbarten Vergütung zusteht (vgl. § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB).

2. Bis zum 20. Dezember 1990 waren in den Teppichgeschäften in H. und S. anlässlich des Räumungsverkaufs unstreitig Warenumsätze in Höhe von insgesamt 5.292.463,80 DM erzielt worden. Ob und in welcher Weise sich nach dem 20. Dezember 1990 erfolgte Retouren aus vor diesem Zeitpunkt getätigten Teppichverkäufen auf den Vergütungsanspruch des Klägers auswirken - besondere Vereinbarungen dazu haben die Parteien nicht getroffen -, ist im Wege der (ergänzenden) Vertragsauslegung zu ermitteln.

a) Im Rahmen dieser Vertragsauslegung geben, wie die Revision zu Recht rügt, die gesetzlichen Bestimmungen über den Maklerlohn (§ 652 Abs. 1 BGB) und den Provisionsanspruch des Handelsvertreters (§§ 87-87d HGB) keinen Anhalt für die Annahme des Berufungsgerichts, Retouren seien allenfalls in begründeten Ausnahmefällen anspruchsmindernd zu berücksichtigen.

Nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB hängt der Provisionsanspruch des Maklers vom Zustandekommen des Hauptvertrags ab. Es genügt dabei grundsätzlich der Abschluß des schuldrechtlichen Geschäfts, ohne daß das dingliche Erfüllungsgeschäft zustande gekommen sein muß. Der Vertrag muß allerdings gültig zustande kommen und darf nicht nachträglich wegen einer im Vertragsschluß selbst liegenden Unvollkommenheit wieder beseitigt worden sein (vgl. nur Senatsurteil vom 20. Februar 1997 - III ZR 208/95 - NJW 1997, 1581, 1582; BGH, Urteil vom 6. März 1991 - IV ZR 53/90 - NJW-RR 1991, 820, 821).

Demgegenüber bringt nicht schon der Abschluß des Geschäfts, sondern erst dessen Ausführung den Provisionsanspruch des Handelsvertreters zur Entstehung (§ 87a Abs. 1 HGB). Der bereits entstandene Provisionsanspruch entfällt jedoch, wenn der Dritte nicht leistet und daher das Geschäft im Ergebnis doch scheitert (§ 87a Abs. 2 HGB). Der Provisionsanspruch entsteht aber trotz Nichtausführung, wenn diese vom Unternehmer zu vertreten ist (§ 87a Abs. 3 HGB). Ein Fall der vom Unternehmer zu vertretenden Nichtausführung liegt auch dann vor, wenn sich dieser aus Kulanz zu einer Stornierung des Auftrags bzw. zu einer Rücknahme der bereits gelieferten (und gegebenenfalls bezahlten) Ware bereitfindet (vgl. MünchKomm-HGB/v. Hoyningen-Huene, § 87a Rn. 18 und 54; BGH, Urteil vom 11. Oktober 1990 - I ZR 6/89 - NJW-RR 1991, 155, 156).

Wenn nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen der Auftraggeber im Verhältnis zum Makler grundsätzlich das "Erfüllungsrisiko" trägt (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1973 - IV ZR 89/72 - WM 1974, 257, 259) und der Unternehmer im Verhältnis zum Handelsvertreter das "Ausführungsrisiko" jedenfalls insoweit, als es um solche Risiken geht, die in der generell beherrschbaren Sphäre des Unternehmers liegen, so findet dies darin seine innere Rechtfertigung, daß Makler und Handelsvertreter weder rechtlich noch tatsächlich die ordnungsgemäße Durchführung des Hauptvertrags bzw. Ausführung des Geschäfts beeinflussen können, und es daher nicht angemessen wäre, das Schicksal des Provisionsanspruchs der "Willkür" des Auftraggebers bzw. des Unternehmers zu überantworten (vgl. auch Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl., § 87a Rn. 13).

Die den Bestimmungen der §§ 652 BGB, 87 ff HGB zugrundeliegende Risikoverteilung hinsichtlich der Durchführung des Hauptvertrags bzw. der Ausführung des Geschäfts zwischen Makler und Auftraggeber bzw. Handelsvertreter und Unternehmer wird den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht gerecht. Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß nach den schriftlich getroffenen Vereinbarungen der Parteien der Kläger "alle Möglichkeiten zur Durchführung des Vertrages" haben sollte, damit er "nach seiner Art und Weise diese Arbeit bis zum Schluß durchführen" könne (Ziffer 1 des Vertrags). Diese Formulierung legt es nahe, daß sich der Kläger bei der Durchführung der Räumungsverkäufe (mit-)unternehmerisch betätigen und in diesem Rahmen auch für die Durchführung und gegebenenfalls Rückabwicklung der getätigten Teppichverkäufe verantwortlich sein sollte. Er sollte, wie es die Revision formuliert hat, nahezu die Rolle des Prinzipals, nicht die eines Handelsvertreters oder gar Maklers übernehmen. Dafür spricht auch die Höhe der vereinbarten Provision und der Umstand, daß dem Kläger nach den getroffenen Abreden die Werbung für die Räumungsverkäufe (insbesondere mittels Anzeigen in Tageszei- tungen) obgelegen hat und die Personalkosten zwischen den Parteien aufgeteilt werden sollten.

b) Bei der Auslegung der Vergütungsvereinbarung ist auch das im Zuge der Vertragsdurchführung gezeigte Verhalten der Parteien zu berücksichtigen. Zwar kann das nachträgliche Verhalten von Vertragspartnern den bei Vertragsschluß zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Erklärungen nicht mehr beeinflussen; es kann aber für die Ausle-

gung gleichwohl bedeutsam sein, weil es Anhaltspunkte für den tatsächlichen Vertragswillen enthalten kann (vgl. nur BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - IX ZR 164/96 - NJW-RR 1998, 259).

In diesem Zusammenhang weist die Revision zu Recht darauf hin, daß nach dem Vorbringen des Klägers die während seiner Tätigkeit erfolgten Retouren von ihm gar nicht erst als Umsätze aufgelistet worden seien. Dies ist ein Indiz dafür, daß nach den Vorstellungen der Parteien bei "Stornofällen" ein Umsatz im Sinne der "Beteiligungsabrede" nicht gegeben sein sollte. Dabei ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers kein Anhalt dafür, daß in der Zeit bis zum 20. Dezember 1990 Retouren nur in begründeten Ausnahmefällen (Mängelrügen etc.) vorgenommen worden sind; ein Umstand, den die Revision - was gegebenenfalls weiterer tatrichterlicher Würdigung bedarf - als Beleg dafür ansehen will, daß Retouren ganz allgemein mehr oder weniger widerspruchslös hingenommen worden sind.

Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme nicht fern, daß die Parteien - wenn sie die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung der Tätigkeit des Klägers bedacht hätten - sich dahingehend verständigt hätten, daß sich - bezogen auf den bis zum Stichtag 20. Dezember 1990 erzielten Gesamtumsatz - auch diejenigen späteren (den geschäftlichen Gepflogenheiten entsprechenden) Retouren umsatz- und damit provisionsmindernd auswirken sollten, die Teppichverkäufe betreffen, die vor dem Ausscheiden des Klägers getätigt worden sind.

3. Die Auslegung des Berufungsgerichts erweist sich somit als rechtsfehlerhaft. Der Senat kann den zwischen den Parteien geschlossenen (Individual-)Vertrag bezüglich der Behandlung von Retouren mit Blick auf die Berechnung der dem Kläger zustehenden Vergütung nicht selbst auslegen, da insoweit weiterer Auslegungstoff in Betracht kommt. Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats den Vertrag erneut auszulegen. Die Parteien erhalten Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag.

4. Da für den für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Fall, daß sich die vom Beklagten behaupteten Retouren vergütungsmindernd auswirken, dem Kläger ein über den bereits erhaltenen Betrag von 805.000 DM hinausgehender Vergütungsanspruch nicht zusteht, braucht der Senat nach dem gegenwärtigen Sachstand auf die von der Revision weiter vorgebrachten Rügen gegen die vom Berufungsgericht - nach Meinung der Revision zu geringen - vorgenommenen "Abzüge" wegen vom Beklagten verauslagter "Media-Kosten" und Verkäuferprovisionen nicht

einzugehen. Damit wird sich gegebenenfalls das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung zu befassen haben.

Rinne

Werp

Streck

Schlick

Ambrosius