

BUNDESGERICHTSHOF

2

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS-

II ZR 127/90

URTEIL

Verkündet am:
8. April 1991
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der H. [REDACTED] K. [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer Paul K. [REDACTED], H. [REDACTED] K. [REDACTED] weg 25-27, L. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die unter der K. [REDACTED] M. [REDACTED] P. [REDACTED] handelnde Katharina
B. [REDACTED], S. [REDACTED] weg 23, K. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz: Rechtsanwälte Prof. [REDACTED] und
Partner, H. [REDACTED] 14, K. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. April 1991 durch die Richter Brandes, Dr. Hesselberger, Röhricht, Dr. Henze und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. April 1990 aufgehoben, soweit im Kostenpunkt zum Nachteil der Beklagten erkannt und diese verurteilt worden ist, einen über 3.211,19 DM mit Zinsen hinausgehenden Betrag zu zahlen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und ihr Ehemann, der Zeuge Dieter B., hatten Geschäftsbeziehungen zu der Firma D., einem taiwanesischen Hersteller von Electronic-Waren, und andererseits zu der Hauptabnehmerin dieser Erzeugnisse in der Bundesrepublik, der Firma V.. Die Klägerin verfügte über die Kenntnis der gesamten Einfuhrmodalitäten. Ihr fehlten jedoch die erforderliche finanzielle Ausstattung und Bankverbindungen. Deshalb kam sie mit der Beklagten überein, daß die Geschäfte folgendermaßen abgewickelt werden sollten: Die Firma V. bestellte die gewünschten Waren bei der Beklagten. Die Klägerin reichte diese Bestellung sodann im Namen der Beklagten an die Firma D. weiter und erledigte im Namen der Beklagten die erforderlichen Einfuhrmodalitäten. Sämtliche Abwicklungskosten und die Warenpreise wurden von dem der Firma V. in Rechnung gestellten Preis abgezogen. Der verbleibende Gewinn wurde zwischen den Parteien geteilt, wobei die Abrechnung von der Klägerin vorgenommen wurde. Die Parteien vereinbarten außerdem, daß Kosten für Reisen des Zeugen B., die im Zusammenhang mit der Anbahnung oder Durchführung der Geschäfte erforderlich würden, zwischen den Parteien geteilt werden sollten.

Als die Beklagte in Erfahrung brachte, daß die Klägerin von der Firma D. Herstellerprovisionen für die Geschäfte erhalten hatte, beendete sie am 31. Juli 1987 die Geschäftsbeziehungen zu der Klägerin. Aufgrund der von der Klägerin vorgenommenen Abrechnung hat sie von der Beklagten in erster Instanz 79.484,19 DM mit Zinsen gefordert. Die Beklagte hat die Forderung der Klägerin bestritten, hilfsweise mit einer



Reihe von Positionen aufgerechnet und Widerklage über 27.918,46 DM erhoben. Das Landgericht hat der Klägerin 32.848,84 DM mit Zinsen zugesprochen und die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die auf die Abweisung der Klage gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Klägerin auf ihre Anschlußberufung hin 35.307,39 DM zugesprochen. Der erkennende Senat hat die Revision der Beklagten, mit der diese ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt, angenommen, soweit im Kostenpunkt zu ihrem Nachteil erkannt und sie verurteilt worden ist, einen über 3.211,19 DM mit Zinsen hinausgehenden Betrag zu zahlen. Im übrigen hat er die Revision nicht angenommen. Die ordnungsgemäß geladene Klägerin hat sich in der mündlichen Verhandlung nicht anwaltlich vertreten lassen.

Entscheidungsgründe:

Über die Revision ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Sachprüfung (BGHZ 37, 79, 81 f.).

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin einen über 3.211,19 DM mit Zinsen hinausgehenden Betrag zu zahlen. Im Umfange der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Berufungsgericht wertet die von den Parteien getroffene Vereinbarung als Vertrag sui generis mit dem Schwerpunkt eines gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis-

ses; der Vertrag trage daneben Züge des Auftragsverhältnisses und des Handelsvertretervertrages. Ob dies zutrifft - die Revision wendet sich hiergegen nicht - oder ob es nicht näher liegt, einen Geschäftsbesorgungsvertrag anzunehmen, kann offenbleiben. Nimmt man ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis an und zieht hieraus die Folgerung, daß bei Beendigung eines solchen Rechtsverhältnisses die Einzelansprüche der Parteien wie die Einzelansprüche der Gesellschafter bei Auflösung einer Gesellschaft unselbständige Rechnungsposten der Abschlußrechnung werden, so wäre diesem Erfordernis Genüge getan, weil weitere Ansprüche als die von den Parteien geltend gemachten nicht ersichtlich sind und sie deshalb zwanglos in eine Auseinandersetzungsrechnung eingestellt werden könnten.

II. Das Berufungsgericht errechnet den der Klägerin aufgrund der Vereinbarungen der Parteien an sich zustehenden Anspruch wie folgt:

1. Gewinnbeteiligung gemäß Rechnung der Klägerin Nr. 19 vom 28. Juli 1987	1.078,82 DM
2. Gewinnbeteiligung gemäß Rechnung der Klägerin Nr. 20 vom 28. Juli 1987	7.358,94 DM
3. Gewinnbeteiligung gemäß Rechnung der Klägerin aus ihrem Schriftsatz vom 17. März 1989	45.968,35 DM
4. Beteiligung an den Reisekosten des Zeugen Brüns gemäß Abrechnung der Klägerin vom 30. Juli 1987	<u>2.625,45 DM</u> 57.031,56 DM

Die Revision nimmt diese Berechnung mit Ausnahme der Position 4 (Reisekosten des Zeugen B. [REDACTED]) hin. Die hinsichtlich dieser Position erhobene Verfahrensrüge hat Erfolg.

Das Berufungsgericht führt aus, der Zeuge B. [REDACTED] habe vor dem Landgericht die Behauptung der Klägerin bestätigt, die Reise sei erforderlich gewesen und mit der Beklagten abgesprochen worden; es ergäben sich keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, den Zeugen für persönlich unglaubwürdig und seine Aussage insgesamt für unglaubhaft zu halten. Demgegenüber ist das Landgericht dieser Zeugenaussage nicht gefolgt, weil der Zeuge quasi in eigener Sache ausgesagt habe; er sei es, der die Vertragsverhandlungen geführt habe und für die Vertragsdurchführung verantwortlich gewesen sei. Seine Ehefrau, die Klägerin, habe nur eine untergeordnete Tätigkeit ausgeübt. Angesichts des erheblichen Eigeninteresses des Zeugen an dem Rechtsstreit reiche seine Aussage allein, daß die Reise abgesprochen und erforderlich gewesen sei, nicht aus. Das Landgericht hat den Zeugen damit für unglaubwürdig erachtet. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht sich von dem Zeugen einen persönlichen Eindruck verschaffen müssen.

Grundsätzlich steht es allerdings im Ermessen des Tatrichters zweiter Instanz, ob er einen im ersten Verfahrenszug gehörten Zeugen erneut vernehmen will (vgl. BGH, Urt. v. 20. Oktober 1987 - X ZR 49/86, NJW 1988, 484, 485). Eine erneute Zeugenvernehmung in der Berufungsinstanz ist aber erforderlich, soweit sich das Berufungsgericht in der Frage der persönlichen Glaubwürdigkeit des oder der Zeugen über den Erstrichter hinwegsetzen oder den Bekundungen eine

andere Tragweite, ein anderes Gewicht oder eine vom Wortsinn abweichende Auslegung geben will (vgl. BGH, Urt. v.

3. November 1987 - VI ZR 95/87, BGHR ZPO § 398 Abs. 1 - Ermessen 3 m.w.N.). Da das Berufungsgericht dies nicht beachtet hat, leidet sein Urteil insoweit an einem Verfahrensfehler.

III. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagten eine Gegenforderung in Höhe von insgesamt 21.724,17 DM zusteht, mit der sie aufrechnen konnte. Soweit es abgelehnt hat, weitere Gegenforderungen in Höhe von 14.000,-- DM (Tätigkeit des Zeugen S [REDACTED]), von 3.325,-- DM (Reisekosten) und von 12.145,75 DM (Reisekosten) in die Aufrechnung einzubeziehen, hat die Revision Erfolg.

1. Entgegen den Darlegungen des Berufungsgerichts kann der Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Tätigkeit des Zeugen S [REDACTED] nicht als unsubstantiiert behandelt werden.

Die Beklagte hat vorgetragen, infolge des plötzlichen Ausscheidens der Klägerin sei alles drunter und drüber gegangen. Die Unterlagen habe sie zum großen Teil neu beschaffen müssen. Außerdem habe sie neue Auftragsbestätigungen versenden müssen. Diese Arbeiten habe ausschließlich der Zeuge S [REDACTED] erledigt, der vom 1. August bis 30. November 1987 für sie tätig gewesen sei und etwa 100 Stunden pro Monat benötigt habe.

Dieser Vortrag bezeichnet die Art, den Inhalt und den Umfang der Tätigkeit des Zeugen S [REDACTED] hinreichend

genau. Eine weitere Aufgliederung war nicht erforderlich; das Beweisthema war ausreichend umrissen. Etwa erforderliche weitere Detailfragen hätten bei der Vernehmung des Zeugen geklärt werden können. Zumindest war der Vortrag der Beklagten so konkret, daß er die Grundlage für eine Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO hätte bilden können.

2. Entgegen den Darlegungen des Berufungsgerichts ist der Vortrag der Beklagten, soweit er die Reisekosten betrifft, schlüssig.

Die Beklagte hat vorgetragen, die von der Klägerin der Firma D [REDACTED] erteilten Bestellungen vom 25. bis 28. April 1987 seien vertragswidrig gewesen. Die Firma D [REDACTED] habe aufgrund dieser Bestellungen gedroht, sie nicht mehr zu beliefern; sie selber habe unter dem Druck der Firma V [REDACTED] gestanden. Handelte die Klägerin insoweit vertragswidrig und drohte der Beklagten dadurch ein erheblicher Schaden, so war sie berechtigt, zur Abwendung dieses Schadens auf Kosten der Klägerin die Reisen durch ihren Bevollmächtigten unternehmen zu lassen. Hätte sie diese Reisen unterlassen, hätte sie nach ihrem Vortrag einen wesentlich höheren Schadensersatzanspruch gehabt. Rechtlich gesehen, ist die Beklagte durch die Reisen ihrer Schadensminderungspflicht nachgekommen.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ging es nach dem Vortrag der Beklagten bei diesen Reisen nicht um ihre künftigen Geschäftsbeziehungen zu der Firma D [REDACTED], sondern um die Bereinigung eines vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin vor deren fristloser Kündigung, durch das der Beklagten ein Schaden entstanden war.

IV. Keinen Erfolg hat die Revision, soweit das Berufungsgericht weitere Aufrechnungspositionen der Beklagten für nicht begründet erklärt hat.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Klägerin von der Firma D [REDACTED] Herstellerprovisionen in der Gesamthöhe von 43.448,35 DM erhalten hat, und billigt der Beklagten die Hälfte, also 21.724,17 DM zu. Entgegen der Meinung der Revision ist dies rechtlich nicht zu beanstanden.

Daß die Klägerin treuwidrig die Hälfte der Provisionen nicht abgeführt hat, gibt der Beklagten keinen Anspruch darauf, die gesamten Provisionen zu erhalten. Ihr Anspruch geht allein dahin, so gestellt zu werden, als habe die Klägerin sich vertragsgemäß verhalten. Wäre dies der Fall gewesen, hätte sie von der Klägerin die Hälfte des Provisionen, also 21.724,17 DM, erhalten. Deshalb hat sie nur einen Anspruch auf Auszahlung dieses Betrages. Hieran ändert der Hinweis der Revision auf § 654 BGB nichts. Ein Mäklervertrag liegt nicht vor.

2. Die Revision rügt weiterhin ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht - wie das Landgericht - die von der Klägerin erhaltenen Provisionen auf insgesamt 43.448,35 DM und nicht höher veranschlagt hat.

Die Revision beruft sich zunächst auf ein Telex der Klägerin an die Firma D [REDACTED], in dem sie die Firma D [REDACTED] bittet, sämtliche Preise automatisch um 20 % zu erhöhen "for my commission". Eine Antwort der Firma D [REDACTED] hierauf ist jedoch nicht ersichtlich; jedenfalls zeigt die Revision eine

solche nicht auf. Weiterhin weist die Revision darauf hin, die Beklagte habe unter Beweisantritt dargelegt, daß sich die von ihr bezahlten Rechnungssummen bis September 1987 auf insgesamt 499.319,-- DM belaufen haben. Hieraus folgt aber nicht, daß die gesamte Summe mit 20 % Provision belastet war. Endlich bezieht sich die Revision auf den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, der Zeuge B. habe für jeden verkauften Lautsprecher 10 % bis 20 % Rabatt gefordert und erhalten. Im Widerspruch zu diesem Vortrag berechnet die Beklagte jedoch ihre Forderung auf der Grundlage von jeweils 20 % Rabatt. Deshalb brauchte das Berufungsgericht auf diesen Vortrag nicht näher einzugehen.

Als einzige konkrete Grundlage verbleibt damit die Abrechnung der Firma D. vom 20. Oktober 1987, die als "commission payable" in der Addition exakt den vom Landgericht und vom Berufungsgericht übernommenen Betrag von 43.448,35 DM ergibt. Ein Verfahrensfehler ist dem Berufungsgericht also nicht unterlaufen.

3. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Beklagten für die Zeit von Oktober bis Dezember 1987 abgelehnt hat. Das Berufungsgericht hat jedoch ohne Rechtsfehler darauf abgestellt, daß dieser Anspruch nicht substantiiert dargelegt worden ist. Zwar hat die Beklagte vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß die Firma D. für diesen Zeitraum höhere Preise gefordert hat. Jedoch fehlt es an einem konkreten Vortrag, wie sich die höheren Preise auf die Kalkulation der Beklagten ausgewirkt haben.

v. Damit ergibt sich nach dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens folgende Abrechnung:

Ansprüche der Klägerin:	57.031,56 DM	(BU 23)
- Position 4	<u>2.625,45 DM</u>	
	54.406,11 DM	

Ansprüche der Beklagten:

Provisionsbeteiligung	21.724,17 DM
Tätigkeit S 	14.000,-- DM
Reisekosten	3.325,-- DM
Reisekosten	<u>12.145,75 DM</u>
	51.194,92 DM

Es verbleiben der Klägerin nach dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens (54.406,11 DM - 51.194,92 DM =) 3.211,19 DM.

VI. Die Sache wird zurückverwiesen, damit das Berufungsgericht die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Brandes

Dr. Hesselberger

Dr. Henze

Stodolkowitz

RiBGH Röhricht
ist wegen Urlaubs
gehindert zu
unterschreiben

Brandes