

Verkündet
am 3. März 1960

2122 066

■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto S ■-F ■ in B ■-W ■,
R ■ Str. ■, alleiniger Inhaber der Firma R ■-
Handelsgesellschaft S ■-F ■ & Co.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. oec. publ. Alfred K ■ in M ■-
P ■, Ma ■straße ■,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■ -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Haager, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.)
vom 30. Juni 1958 aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der
Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Dortmund
vom 20. Januar 1958 unter Zurückweisung der Berufung im
übrigen dahin abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger
27 725,22 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1957
zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden zu $\frac{2}{3}$ dem
Beklagten, zu $\frac{1}{3}$ dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte ist der alleinige Inhaber der "R. Han-
delsgesellschaft S. - F. & Co." in B. W.
Unter dieser Firma beschäftigt er sich mit
Importen, darunter auch zeitweise mit solchen von Diesel-
kraftstoffen im Wege des Osthandels. Der Kläger war seit
1949 Mitgeschäftsführer und Gesellschafter der Deutschen
Handelsgesellschaft W. GmbH in D. Mit dieser
Firma unterhielt der Beklagte Geschäftsbeziehungen, die den
Osthandel in Mineralölen betrafen. Nach seinem Ausscheiden
bei der Deutschen Handelsgesellschaft W. hat der Klä-
ger mit dem Beklagten am 10. November 1955 einen Vertrag
geschlossen, nach dem er Ölgeschäfte mit der UdSSR für den
Beklagten vermitteln sollte. Für das erste Geschäft sollte
1 % Provision gezahlt werden, für die weiteren 1/2 %. Am
15. März 1956 wurde die Vereinbarung ergänzt und auf die
Zeit bis Ende 1959 befristet.

Der Kläger schloß am 13. Januar 1956 namens der Firma
des Beklagten mit der Sojusnefteexport in Moskau einen Ver-
trag über die Lieferung von 30 000 to Gasöl auf der Basis
"fob Schwarzmeerhafen". Der Beklagte hatte einen Abschluß
"c & f" erstrebt, aber der russische Lieferant wünschte
Lieferung "fob" und damit erklärte sich der Beklagte auf
Anfrage des Klägers aus Moskau einverstanden. Als Preis war
die sog. "low-Platt" Notierung abzüglich 2 % am Verschiffungs-
datum vereinbart. Die erste Teillieferung wurde "fob" am
23. März 1956 in Batum verschifft. Auf Wunsch des Beklagten
erfolgten wegen der Schwierigkeiten der Beschaffung von
Tanktonnage nach Verhandlungen mit der russischen Dienst-
stelle die beiden weiteren Teillieferungen vom 28. Juli



und 28. August 1956 "c & f Amsterdam bezw. Rotterdam". In dem Preis der beiden letzten Lieferungen waren also die Kosten der Verschiffung enthalten. Der Kläger war an den Verhandlungen über die Änderung des Kontrakts nicht beteiligt. Er hat seine Provision mit 1 % des vom Beklagten für die drei Lieferungen nach den Rechnungen des Verkäufers gezahlten Preises auf 58 866,50 DM berechnet und abzüglich gezahlter 15 000 DM den Rest von 23 866,50 DM mit der Klage verlangt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er ist der Ansicht, daß auch für die beiden letzten Lieferungen die Provision nur nach dem "fob"-Preis zu berechnen sei. Das Geschäft sei nach der ersten Lieferung "fob" nicht durchführbar gewesen und nach schwierigen Verhandlungen, an denen der Kläger eine Teilnahme ausdrücklich verweigert habe, auf "c & f" Basis umgestellt worden. Die Provision des Klägers belaufe sich daher nur auf 32 723,22 DM. Wegen des nach Zahlung von 15 000 DM verbleibenden Restes von 17 723,22 DM hat der Beklagte in Höhe von 10 000 DM aufgerechnet und wegen des ganzen Restbetrages ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Hierzu hat er vorgetragen:

Der Kläger, der damals Mitgeschäftsführer der Deutschen Handelsgesellschaft W [REDACTED] GmbH gewesen sei, habe ihm im Jahre 1951 den Vorschlag gemacht, durch Zahlungen an einen, von ihm, dem Kläger, anzugebenden Vertrauensmann das Interzonengeschäft erheblich auszuweiten. Er, der Beklagte, habe zur Bedingung gemacht, daß die Zahlungen auf ein Bankkonto in der Bundesrepublik geleistet werden müßten. Der Kläger habe ihm einen Kaufmann Helmut Q [REDACTED] in A [REDACTED] als den Vertrauensmann bezeichnet. Auf das Bankkonto Q [REDACTED]

habe er bis 1953 in Teilbeträgen insgesamt 288 000 DM überwiesen. Seine Geschäfte mit der Ostzone hätten nach diesen Zahlungen einen fühlbaren Aufschwung genommen, insbesondere habe ihm die ostzonale Dienststelle Zahlungsziele gewährt. Über den Verbleib des Geldes wisse er nichts, insbesondere wisse er nicht, ob und wie der Kläger oder Q [REDACTED] für ihn tätig geworden sei.

Der Kläger habe in einem gegen ihn, den Beklagten, eingeleiteten Steuerfahndungsverfahren im Jahre 1956 wesentlich falsch angegeben, der Betrag von 288 000 DM sei, abgesehen von einer Belohnung von 20 000 DM für Q [REDACTED] an ihn, den Beklagten, in bar ohne Quittung, zum Teil durch Q [REDACTED], zum Teil durch den Kläger selbst, wieder ausgehändigt worden. Der Zweck sei nur gewesen, ihm Belege für die Ausgabe der Gelder zu beschaffen, die in Wirklichkeit für Zuwendungen in Westdeutschland zur Ausdehnung der Ostimporte hätten dienen sollen. Das Finanzamt habe infolge dieser Aussage des Klägers die Zahlungen von 288 000 DM nicht als gewinnmindernde Kosten anerkannt, sondern dem Gewinn zugeschlagen und ihn entsprechend veranlagt, was seine Steuerschuld um 200 000 DM erhöht habe. Die Veranlagung sei noch nicht rechtskräftig. Der Kläger müsse ihn von den Ansprüchen, die er durch wesentlich falsche Angaben veranlaßt habe, freihalten.

Der Kläger habe von den an Q [REDACTED] gezahlten Beträgen 10 000 DM erhalten. Diesen Betrag habe er im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung für ihn, den Beklagten, erlangt und müsse ihn daher herausgeben.

Der Kläger hat demgegenüber folgende Darstellung gegeben:

Im Jahre 1951 habe der Beklagte ihm erklärt, er könne wesentlich größere Importe aus der Ostzone in den Westen bewerkstelligen, wenn er einen größeren Betrag freimachen konnte, den er allerdings hinsichtlich der letzten Zweckbestimmung nicht offen in seinen Büchern ausweisen könne. Dabei habe er durchblicken lassen, daß es sich um größere Zuwendungen an hochgestellte Persönlichkeiten in Westdeutschland handele. Er, der Kläger, habe daraufhin den Gedanken eines Provisionskontos unter einem Decknamen entwickelt, auf das die für den genannten Zweck erforderlichen Gelder als angebliche Provisionen überwiesen werden könnten. Der Vertrauensmann sollte dann dem Beklagten das eingezahlte Geld wieder zurückgeben, damit sie vom Beklagten in dem aufgezeigten Sinne in Westdeutschland verwandt werden könnten. Als Vertrauensmann habe er den ihm bekannten H [REDACTED] unter dem Decknamen "Q [REDACTED]" eingeführt. Der Beklagte habe gewußt, daß "Q [REDACTED]" ein Deckname sei. H [REDACTED] habe die auf das Konto "Q [REDACTED]" überwiesenen oder von ihm bar quittierten Beträge jeweils dem Beklagten zurückgezahlt, einige Male habe er, der Kläger, dem Beklagten die vom Konto abgehobenen Beträge dem Beklagten ausgehändigt. H [REDACTED] habe vom Beklagten bei der letzten Rückzahlung 20 000 DM für seine Mitwirkung erhalten. Hiervon habe ihm H [REDACTED] 10 000 DM gegeben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klagabweisung weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht versagt dem Beklagten gegenüber dem Anspruch des Klägers auf restliche Provision, der dem Grunde nach nicht bestritten ist, ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Befreiung von einer Steuerschuld und auch ein Recht zur Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch. Die Nachveranlagung in Höhe von 200 000 DM soll nach Behauptung des Beklagten auf einer bewußt unrichtigen Angabe des Klägers in einem Steuerfahndungsverfahren beruhen. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe für sein Vorbringen in der Angelegenheit "Q [REDACTED]", in der diese Aussage gemacht wurde, keinen Beweis angetreten, obwohl er für die seinen Schadensersatzanspruch begründenden Tatsachen beweispflichtig sei. Die Rügen der Revision, die das Verfahren des Berufungsgerichts beanstanden, sind nicht begründet.

Der Beklagte hat die Voraussetzungen seines Zurückbehaltungsrechts darzutun. Ihn traf daher die Beweislast dafür, daß der Kläger durch bewußt unwahre Angaben gegenüber der Steuerfahndung die Veranlagung des Beklagten zu einer höheren Steuerschuld verursacht hat. Der Beklagte mußte also insbesondere die Unrichtigkeit der Aussage des Klägers beweisen, die von ihm auf ein Konto "Q [REDACTED]" zur Zahlung von "Sonderprovisionen" überwiesenen Beträge seien nicht zur Verwendung durch "Q [REDACTED]" bestimmt gewesen, sondern an den Beklagten zur eigenen Verwendung zurückgezahlt worden. Dann kam mangels nachgewiesener Ausgabe als Werbungskosten die Zurechnung zum Gewinn in Betracht und von einer schuldhaft herbeigeführten unrichtigen Besteuerung könnte keine Rede sein. Die Bezugnahme auf die Auskunft der Fach-

stelle Mineralöl, niemand in der Bundesrepublik sei in der Lage gewesen, eine bevorzugte Belieferung des Beklagten mit Mineralöl aus der Ostzone herbeizuführen, war ein ungeeignetes Beweismittel, denn die Behauptung des Klägers war dahin gegangen, der Beklagte habe nach seiner Darstellung die Möglichkeit belegter Zahlungen in der Bundesrepublik haben wollen, um die hier bestehenden Schwierigkeiten bei der Ausschreibung usw. zu überwinden. Die Auskunft konnte dies keinesfalls widerlegen. Der Beklagte hat, obwohl die Parteien über die Beweislast stritten, auch nicht vorsorglich irgendwelche Beweise für die Richtigkeit seiner Darstellung angetreten, insbesondere weder die Vernehmung seiner Berater noch die Vernehmung des sich unter dem Namen Q. verbergenden H. noch die Parteivernehmung des Klägers beantragt. Seine Rüge, das Gericht habe ihn gemäß § 139 ZPO zum Beweisantritt veranlassen müssen, ist unbegründet. Auch ohne Aufforderung hat die Partei die Beweismittel zu bezeichnen, deren sie sich zum Nachweis oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will (§ 130 Nr. 5 ZPO). Nachdem der Kläger mehrfach darauf hingewiesen hatte, der Beklagte müsse die zur Begründung seines Zurückbehaltungsrechts erforderlichen Tatsachen beweisen, hätte er sich nicht mit dem Leugnen der Beweislast begnügen dürfen, sondern auch ohne Aufforderung des Gerichts vorsorglich weiteren Beweis antreten müssen.

II. Zutreffend hat auch das Berufungsgericht eine Aufrechnung in Höhe von 10 000 DM gegenüber dem Klagsanspruch für unbegründet erachtet. Dieser Betrag ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von dem sich hinter dem Namen "Q. verbergenden H.", an den die

Überweisungen des Beklagten an "Q [REDACTED]" in Wahrheit gelangt sind, an den Kläger gezahlt worden. Die Revision meint, der Kläger müsse den Betrag gemäß § 667 BGB herausgeben, weil er ihn aus der Geschäftsbesorgung für den Beklagten erlangt habe. Jedoch ergeben dies die Behauptungen des Beklagten nicht. Nach seiner Darstellung hat er an "Q [REDACTED]" gezahlt, der sich später als H [REDACTED] herausstellte. Die Aufgabe des Klägers sei lediglich die Vermittlung der Beziehungen zu einem Bekannten mit Konto gewesen, an den das für "Sonderprovisionen" bestimmte Geld geleitet werden sollte. Über das Bestehen eines Handelsvertreterverhältnisses zwischen den Parteien in den Jahren 1951 bis 1953, aus dem eine Treupflicht des Klägers und eine Pflicht zur Ablieferung des Betrages an den Beklagten folgen könnte, ist nichts festgestellt worden. Die Geschäfte des Beklagten wurden damals durch die Deutsche Handelsgesellschaft W [REDACTED] GmbH vermittelt, nicht vom Kläger. Zahlte H [REDACTED], der zur Rechenschaftsablegung über den Verbleib des Geldes dem Kläger nicht verpflichtet war, wie der Beklagte es darstellt, einen Betrag an den Kläger, so erhielt der Kläger nicht aus einem mit der Geschäftsbesorgung durch ihn im inneren Zusammenhang stehenden Grunde Vorteile, die dem Beklagten als demjenigen gebührten, dessen Geschäfte geführt worden sind. H [REDACTED] war frei in der Verfügung über die erhaltenen Beträge, die er nach seinem Ermessen zur Förderung der Geschäfte des Beklagten mit der Ostzone verwenden konnte. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte mit H [REDACTED] nicht vereinbart hat, er dürfe von dem gezahlten Geld nichts an den Kläger geben. Dessen Tätigkeit in dieser Angelegenheit war mit der Benennung des Kontoinhabers beendet. Zu diesem hatte der Beklagte das Vertrauen, er werde die erheblichen Mittel von 288 000 DM

zur Förderung der Ost-West-Geschäfte verwenden. Eine Mitwirkung des Klägers bei der Verwendung der Gelder war nicht vorgesehen. Der Beklagte hatte auch nichts dagegen einzuwenden, daß der Betrag von 20 000 DM von H [REDACTED] einbehalten wurde. Unter diesen Umständen war aber H [REDACTED] nicht gehindert, hierüber in der Weise zu verfügen, daß er 10 000 DM an den Kläger abgab. Die Zuwendung H [REDACTED] an den Kläger stand mit einer für den Beklagten vorzunehmenden Tätigkeit nicht im Zusammenhang, so daß eine Beeinträchtigung der Interessen des Beklagten durch die Zahlung nicht zu befürchten war. Der Betrag ist nicht als eine nach § 667 BGB herauszugebende Zuwendung zu betrachten, die geeignet war, den Willen des Beauftragten zum Nachteil des Geschäftsherrn zu beeinflussen (vgl. RGZ 164, 98, 103).

III. Der Beklagte hat gegen die Höhe der vom Kläger verlangten Provision eingewendet, daß sie auch hinsichtlich der beiden letzten Teillieferungen nach dem "fob"-Preis zu berechnen sei, mögen auch diese Mengen "c & f" geliefert und zu einem entsprechenden Preis in Rechnung gestellt worden sein. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, aus den Vereinbarungen der Parteien ergebe sich nichts über die Berechnungsgrundlage für die Provision. Dafür, daß die Parteien sich mündlich geeinigt hätten, die Provision sei stets nach dem reinen Warenwert zu berechnen, habe der Beklagte keinen Beweis angetreten. Nach § 87 b Abs. 2 HGB sei die Provision vom "c & f"-Preis der beiden letzten Lieferungen zu berechnen, weil die Fracht nicht besonders in Rechnung gestellt, sondern im Preis enthalten gewesen sei. Die Revision rügt, daß die Auslegung des Berufungsgerichts auf unvollständiger Würdigung des Partei-

vorbringens beruhe. Jedoch ist ein Verfahrensfehler nicht ersichtlich.

Das Berufungsgericht war nicht genötigt, aus der Vereinbarung eines "fob"-Preises zu schließen, daß die Provision stets nach dem Warenwert berechnet werden solle, auch wenn später tatsächlich "c & f" geliefert oder andere Verträge von vornherein auf der Basis "c & f" geschlossen wurden. Daraus, daß sich die Weisungen über den Preis für den Kläger auf "fob-U.S.Gulf"-Preise bezogen, brauchte nicht entnommen zu werden, daß auch für die Provision stets der "fob"-Preis maßgebend sein solle.

Die Anwendung des hiernach heranzuziehenden § 87 b Abs. 2 HGB führt aber bei richtiger rechtlicher Beurteilung dazu, daß auch für die beiden letzten Lieferungen die Provision nach dem "fob"-Preis zu zahlen ist. Wenn nichts anderes vereinbart worden ist, bestimmt sich die Provision nach dem Entgelt, daß der Dritte oder der Unternehmer zu leisten hat. Nebenkosten für die Fracht, Verpackung usw. sind nicht abzuziehen, es sei denn, daß sie besonders in Rechnung gestellt sind (§ 87 b Abs. 2 a.E.HGB). Das Gesetz erwähnt nur den Fall der Lieferung an einen Dritten, doch sind die bei der Lieferung an den Unternehmer entstehenden Nebenkosten nicht anders zu beurteilen (Schlegelberger/Schröder HGB § 87 b Anm. 8). Durch nachträgliche Vereinbarung ist hier der Umfang der Leistungen des Verkäufers dahin bestimmt worden, daß er die an sich "fob" zu liefernde Ware auch zu verschiffen und die Fracht zu zahlen habe. Die Fracht erscheint zwar in den Rechnungen über die beiden letzten Lieferungen nicht als besonders aufgeführter Rechnungsposten. Es ist nur der "c & f"-Preis pro Tonne

angegeben. Aus dem Unterschied gegenüber dem zunächst vereinbarten "fob"-Preis ergibt sich aber unmittelbar die vom Käufer bei den beiden letzten Lieferungen zu tragende Fracht. Sie ist ihm gemäß der Änderung in "c & f" gegenüber dem ursprünglichen Entgelt zusätzlich und in einem ohne weiteres ersichtlichen Betrage berechnet worden. Ist der Käufer für eine besondere, zunächst im Verträge nicht vorgesehene Leistung des Verkäufers neben der Lieferung der Ware mit bestimmten Kosten belastet worden, so ist es, auch wenn sie nunmehr in der Rechnung als Preiserhöhung erscheinen, gerechtfertigt, diese Kosten als "besonders in Rechnung gestellte Nebenkosten" im Sinne des § 87 b Abs. 2 HGB zu behandeln und nicht zu dem Entgelt zu zählen, nach dem sich die Provision bestimmt.

IV. Der Beklagte hat die Restprovision des Klägers bei Maßgeblichkeit des "fob"-Preises für die beiden letzten Lieferungen auf 17 723,22 DM berechnet. Der Kläger hat diese Berechnung, insbesondere die Angaben des Beklagten über die für die Preisberechnung maßgebende Notierung, deren Mitteilung er in seinem Schreiben vom 14. Januar 1957 an Rechtsanwalt W. (Bl. 32 GA) zunächst vermißt hatte, nicht bestritten. Dem Kläger war daher lediglich dieser Betrag zuzusprechen. Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils war hiernach die Entscheidung des Landgerichts

entsprechend zu ändern.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits
beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dr.Nastelski Dr.Kuhn Dr.Haager Liesecke Hill