

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 16/70

URTEIL

Verkündet am

12. November 1970

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Gesellschaft für A [REDACTED] m.b.H., F [REDACTED],
O [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Arnold K [REDACTED]

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

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

gegen

den Dipl. Kaufmann Hermut R [REDACTED], K [REDACTED] (Bodensee),

Kläger, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 16. Dezember 1969 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Beklagte 69/70 und der Kläger 1/70.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wegen des Sachverhalts wird auf die Urteile des Senats II ZR 77/66 vom 1. Juli 1968 und II ZR 92/67 vom 11. Juli 1968 (letzteres veröffentlicht in WM 1968, 1245) verwiesen. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft den Provisionsanspruch des Klägers für die Zeit vom 16. Dezember 1960 bis 30. Juni 1962.

Der Kläger wendet sich dagegen, daß ihn die Beklagte mit der Hälfte der von ihr angeblich für die Zeit von 1958 bis zum 30. Juni 1962 gezahlten Gewerbeertragssteuer und für die Zeit vom 16. Dezember 1960 bis zum 30. Juni 1962 mit der Hälfte ihrer weiteren

- 3 -

sog. Regiekosten belasten will. Er verlangt außerdem Auskunft darüber, welchen Umfang das im Jahre 1959 abgeschlossene Geschäft über Geschäftsanteile an der Firma R- M- F- Heinrich T- KG gehabt und welche Provision die Beklagte aus diesem Geschäft erzielt hat. Dazu behauptet er, daß sich das Provisionsteilungsabkommen vom 14. Mai 1957 auch auf die Vermittlung von Beteiligungen erstreckt habe.

Die Beklagte hält an ihrer Auffassung fest, den Kläger außer mit den von ihr gezahlten Unterprovisionen auch mit ihren Regiekosten hälftig belasten zu können. Gegenüber dem Auskunftsanspruch macht sie geltend, die Vermittlung von Unternehmensbeteiligungen habe nach ihrer Satzung von Anfang an zu ihrem Aufgabenkreis gehört und sei schon vor dem Vertragsabschluß mit dem Kläger von ihr betrieben worden.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 212.446,75 DM nebst Zinsen und zur Auskunftserteilung verurteilt.

Das Berufungsgericht hat die Auskunftsklage abgewiesen und die weitergehende Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Zahlungsklage, während der Kläger mit der Anschlußrevision seinen Auskunftsanspruch weiterverfolgt.

Im übrigen bittet jede Partei um Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.



Entscheidungsgründe:

I. Zur Revision der Beklagten:

Das Berufungsgericht ist von den §§ 3 und 7 des Vertrages vom 14. Mai 1957 ausgegangen und hat angenommen, danach hätten dem Kläger von allen Finanzgeschäften der Beklagten für die Zeit ab 1958, ebenso wie für den ersten Vertragsabschnitt bis zum 30. Juni 1957, 50 % der Nettoprovision "nach Abzug aller Unterprovisionen, jedoch ohne Berücksichtigung der Regiekosten" gebührt.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe § 529 ZPO verletzt, ist unbegründet.

Die Beklagte hat, nachdem sie ihre Berufung mit Schriftsatz vom 27. Mai 1969 begründet hatte und ihr Prozeßbevollmächtigter zu der auf den 18. November 1969 anberaumten mündlichen Verhandlung am 8. Juli 1969 geladen worden war, in diesem Rechtsstreit - anders als in dem Parallelprozeß - erstmalig in einem am 5. November 1969 eingegangenen Schriftsatz den "Finanzamtsangestellten Alfred F. [REDACTED], F. [REDACTED]" für die Behauptung benannt, der Kläger habe ihm erklärt, er sei an den Unkosten mit 50 % beteiligt.

Das Berufungsgericht hat dieses neue Vorbringen, dessen Berücksichtigung nach seiner Ansicht die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben würde, nicht zugelassen. Es hat ausgeführt: Es habe sich nicht davon zu überzeugen vermocht, daß die Beklagte das Vorbringen bis zur Einreichung ihres letzten Schriftsatzes nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe (§ 529 ZPO). Der

Rechtsstreit werde im wesentlichen wegen der Unkostenbeteiligung des Klägers geführt; die Beklagte wolle die im Parallelprozeß ergangene Entscheidung revidiert sehen; gleichwohl habe sie sich seit dem Erlaß des Berufungsurteils 5 U 242/63 vom 19. April 1966 nicht mehr auf die Behauptung gestützt, die Parteien hätten die Unkostenbeteiligung des Klägers vertraglich vereinbart.

Diese Begründung hält den Angriffen der Revision stand.

Die Revision kann nicht mit Erfolg geltend machen, die Beklagte habe sich nur deshalb erst im November 1969 auf P. berufen, weil sie bis zum Tode ihres Buchhalters E. darauf vertraut gehabt habe, daß E. noch einmal über ihre Behauptung vernommen werde, die Parteien hätten für die Zeit ab 1958 nachträglich vereinbart, die Unkosten hälftig zu teilen. Die Beklagte hatte die Vernehmung E. nicht beantragt gehabt, auch nicht, wie die Revision meint, im Schriftsatz vom 12. Dezember 1968. Soweit sie auf S. 8 - 9 dieses Schriftsatzes seine im Parallelprozeß am 31. Oktober 1961 gemachte Aussage angeführt hatte, bezog sich die Aussage auf einen anderen Punkt.

Hätte das Berufungsgericht das danach verspätete Vorbringen doch noch berücksichtigen wollen, so hätte es nicht auf Grund der nächsten mündlichen Verhandlung entscheiden können. Es fehlte eine ladungsfähige Anschrift des Zeugen, da die Beklagte nur F. angegeben hatte. Es war nicht ohne weiteres erkennbar, daß der Zeuge, dessen Betriebsprüfung bei der Beklagten schon über 10 Jahre zurücklag (vgl. S. 8 des Berufungs-

urteils vom 19. April 1966), noch immer bei demselben Finanzamt tätig war. Nach der Ermittlung einer ladungsfähigen Anschrift hätte überdies noch die Aussagegenehmigung nach § 376 ZPO eingeholt werden müssen. Ein Hinweis nach § 272 b in Verbindung mit § 139 ZPO war entgegen der Ansicht der Revision nicht erforderlich.

2. Die von der Revision weiterverfolgte Behauptung der Beklagten, der Vertrag habe nur einen groben Rahmen für das Gesellschaftsverhältnis dargestellt, findet weder in dem Vertragswortlaut noch in dem sonstigen Vortrag der Parteien eine Stütze.

3. Den Darlegungen des Senats im Urteil vom 1. Juli 1968 - II ZR 77/66 - folgend hat das Berufungsgericht verneint, daß der Kläger unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treupflicht gehalten gewesen wäre, einer Änderung des Teilungsabkommens zuzustimmen, und ebenso, daß sich die Geschäftsgrundlage wesentlich verändert und der Kläger wenigstens deshalb einen Teil der Kosten zu tragen habe.

Auch insoweit ist das Berufungsurteil nicht zu beanstanden.

In dem Urteil vom 1. Juli 1968 hatte der Senat unterschieden zwischen

- a) Kosten, die mit jedem Geschäftsvorgang stiegen, wie etwa Umsatzsteuern und je nach Lage des Falles Reisekosten, Porto- und Telefongebühren, Aufwendungen für Büromaterialien usw. und
- b) Kosten, die von der Zahl der Geschäftsvorgänge unabhängig waren, solange deren Zunahme keine Erweiterung des Geschäftsbetriebs erforderte.

Er hatte ausgeführt, entscheidend sei allein, ob sich im Laufe der Jahre das Verhältnis dieser Kosten zu den Provisionen geändert habe; die Beklagte habe aber weder dargetan, daß die Kosten der ersten Gruppe mit der Zunahme der Geschäftsvorgänge entgegen dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhältnismäßig stärker angewachsen seien als die Provisionseinnahmen, noch habe sie vortragen, daß sie wegen der unerwartet großen Zunahme der Finanzgeschäfte im Laufe der Zeit ihren Geschäftsbetrieb in einem unvorhersehbaren Ausmaß habe erweitern müssen und daß dies zu einer für sie untragbaren Kürzung ihres prozentualen Provisionsanteils im Verhältnis zur Provision des Klägers geführt habe.

a) Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte könne den Kläger schon deshalb mit einem Teil ihrer Kosten belasten, weil, wie sie behauptet, anderenfalls der Kläger hohe Provisionseinnahmen erzielt, sie selbst aber mit Verlust gearbeitet haben würde. Der bei Vertragsabschluß im Mai 1957 vorhanden gewesene Geschäftsbetrieb der Beklagten hatte schon damals laufend Kosten verursacht, und die Beklagte hatte sich durch den Vertrag nicht des Rechts begeben, andere als Finanzgeschäfte auch nach Vertragsabschluß für eigene Rechnung zu betreiben. Das war die Grundlage für die damalige Erwägung der Parteien, daß die Beklagte die Kosten der zweiten Gruppe ohnehin aufwenden mußte, ob sie die Finanzgeschäfte hinzunahm oder nicht, daß aber ihr Geschäftsbetrieb durch die Hinzunahme der Finanzgeschäfte besser ausgenutzt wurde als vorher. Wie die Beklagte ihren Geschäftsbetrieb in der Folgezeit gestaltete und welche Kosten sie dafür aufwandte, war, sieht man von Reisen und Ferngesprächen des Klägers zur Ver-

19

mittlung von Finanzgeschäften ab, allein ihr überlassen. Deshalb hält der Senat auch nach erneuter Prüfung daran fest, daß die Beklagte allenfalls dann einen Teil ihrer Unkosten auf den Kläger hätte abwälzen können, wenn sich das Verhältnis der Provisionseinnahmen aus den Finanzgeschäften zu den durch diese Geschäfte verursachten Kosten - etwa durch Preis- und Gebührenerhöhungen oder eine Betriebserweiterung einerseits und Ermäßigung der Provisionssätze andererseits - wesentlich verändert haben würde.

b) Entgegen der Ansicht der Revision hat die Beklagte auch im Schriftsatz vom 12. Dezember 1968 und in den späteren Schriftsätzen dieses Rechtsstreits dazu nichts vorgebracht, sondern sich weiterhin darauf beschränkt, die Summe ihrer Unkosten den Gewinnen des Klägers und ihren eigenen angeblichen Verlusten gegenüberzustellen. Ihre Zahlenangaben und demgemäß auch die Aktenvermerke des Wirtschaftsprüfers Ei[REDACTED] lassen nicht erkennen, wie hoch ihre Unkosten vor 1958 gewesen waren, ob und gegebenenfalls warum die Kosten der ersten Gruppe, soweit sie durch die Finanzgeschäfte verursacht wurden, prozentual schneller gestiegen waren als die Provisionseinnahmen, und worauf eine etwaige Steigerung der zur zweiten Gruppe gehörenden Kosten beruht hatte, ob auf der Ausdehnung des Finanzgeschäfts oder auf anderen Umständen. Aus demselben Grunde kam es auch nicht auf die in das Wissen des Wirtschaftsprüfers Ei[REDACTED] gestellte allgemeine Behauptung der Beklagten an, das Verhältnis der Unkosten zu den Provisionseinnahmen habe sich seit März 1958 entscheidend verschlechtert. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht diese Behauptung als unzureichend, weil nicht nachprüf-

bar, unberücksichtigt gelassen. Der Beklagten, die das Senatsurteil vom 1. Juli 1968 kannte, kann nicht entgangen sein, daß sie Einzelheiten zu der Entwicklung des Verhältnisses von Unkosten und Provisionen hätte vortragen müssen. Darauf brauchte das Berufungsgericht sie nicht hinzuweisen.

Sollte die Beklagte dadurch, daß der Kläger ab 1958 ganztägig bei ihr tätig war, genötigt gewesen sein, ihren Geschäftsbetrieb zu erweitern und damit die Kosten der zweiten Gruppe zu steigern, so müßte mangels entgegenstehenden Vortrags der Beklagten angenommen werden, daß das bei Vertragsabschluß voraussehbar gewesen sei. Daß aber die Kosten der zweiten Gruppe zunahmen, nachdem die Beklagte den Kläger Ende 1960 ausgesperrt hatte und infolgedessen eine Ersatzkraft einstellen mußte, kann nicht zu seinen Lasten gehen.

4. Das Berufungsgericht hat, was die Revision übersieht, am Ende seines Urteils auch den Antrag der Beklagten beschieden, den Rechtsstreit auszusetzen bis zur Entscheidung des Finanzgerichts über ihre Verpflichtung, Gewerbebeertragssteuer zu zahlen. Der von der Revision gerügte Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO liegt also nicht vor.

Das Berufungsgericht hat den Antrag für gegenstandslos gehalten, da der Kläger an den Unkosten nicht zu beteiligen sei. Dagegen läßt sich, wie die vorstehenden Darlegungen ergeben, aus Rechtsgründen nichts einwenden.

II. Zur Anschlußrevision des Klägers:

Das Berufungsgericht hat den § 3 des Vertrages, wonach dem Kläger "von allen Finanzgeschäften" der Beklagten 50 % ihrer Nettoprovision zustehen sollten, dahin ausgelegt, daß unter "Finanzgeschäften" nur Kreditvermittlungen zu verstehen seien, der Kläger mithin von der Provision, die die Beklagte für die Vermittlung einer Beteiligung an der Firma R■■■■-M■■■■-F■■■■ Heinrich T■■■■ KG erhalten habe, nichts beanspruchen könne. Selbst wenn man davon ausgehe, daß zur Tätigkeit eines Finanzmaklers im weiteren Sinne auch die Vermittlung von Beteiligungen gehöre, komme es für die Entscheidung des vorliegenden Falles doch allein darauf an, was die Parteien unter "Finanzgeschäften" verstanden hätten. Um das zu ermitteln, stehe nur der Vertragstext zur Verfügung. Er beziehe sich, wie § 1 Satz 1 ergebe, lediglich auf diejenige Tätigkeit, in die der Kläger den Geschäftsführer der Beklagten eingeführt habe. Das aber könne, da die Beklagte den Geschäftszweig "An- und Verkauf sowie Vermittlung von Beteiligungen an Gesellschaften und Industrieunternehmen" bereits vorher betrieben gehabt habe, allein die Vermittlung von Darlehen gewesen sein.

Diese Darlegungen sind entgegen der Ansicht der Anschlußrevision frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht hat zugunsten des Klägers ausdrücklich unterstellt, daß nach allgemeinem oder betriebswirtschaftlichem Sprachgebrauch zur Tätigkeit eines Finanzmaklers auch die Vermittlung von Beteiligungen gerechnet wird. Es hat deshalb mit der Bemerkung, daß, um den Willen der Parteien festzustellen, allein der Vertragstext zur Verfügung stehe, ersicht-

lich nur sagen wollen, mündliche oder schriftliche Äußerungen der Parteien, die ergänzend zur Auslegung herangezogen werden könnten, ließen sich nicht feststellen. Es brauchte demgemäß keinen Sachverständigen darüber zu hören, was zur Tätigkeit eines Finanzmaklers gehöre.

Auch die weiteren von der Anschlußrevision erhobenen Verfahrensrügen, die der Senat gleichfalls geprüft hat, greifen nicht durch. Der Begründung bedarf es insoweit wegen Art. I Nr. 4 des Gesetzes zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 15. August 1969 nicht.

Liesecke Dr.Schulze Fleck Dr.Bauer Dr.Kellermann