

Verkündet
am 16. Oktober 1958

2507 011

Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft "B" O
gesellschaft S, K, W, D, R
Gesellschaft mit beschränkter Haftung und D, Bu
E, H, in Be-Ch
St Platz,

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Omnibusunternehmer Carl M, Be-Wi,
Os Straße,

Kläger, Berufungs- und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1958 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Kuhn,
Dr. Nörr und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivil-
senats des Kammergerichts in Berlin vom 10. Novem-
ber 1956 wird auf Kosten der Beklagten zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb zusammen mit acht anderen Reise-omnibusunternehmern am St. [REDACTED] Platz in Be. [REDACTED] ein Reisebüro in Form einer GmbH. Ein Teil der Gesellschafter baute dort mit eigenen Mitteln einen Omnibusbahnhof aus und gründete die beklagte offene Handelsgesellschaft, deren Gegenstand u.a. der Verkauf von Fahrkarten aller Art war. Durch Urkunde vom 29. Mai 1951 verpflichtete sich die Beklagte, den fünf an ihr nicht beteiligten Gesellschaftern der GmbH - darunter befindet sich der Kläger - eine "Umsatzbeteiligung von je 0,3 % des Gesamtreisebüroumsatzes des Autobahnhofs" zu zahlen. Auf Grund des Vorprozesses (93 O 116/53 LG Berlin-Charlottenburg = 10 U 1719/53 KG = II ZR 71/54) steht zwischen den Parteien rechtskräftig fest, daß die in der Urkunde vom 29. Mai 1951 vereinbarte Umsatzbeteiligung ein Recht ist, das den Begünstigten nur mit ihrer Zustimmung wieder genommen werden kann. Die Parteien streiten nun darüber, was unter Gesamtreisebüroumsatz zu verstehen ist. Der Kläger will darunter alle vereinnahmten Fahrgelder verstanden wissen, während die Beklagte die Umsatzbeteiligung nur von den ihr zustehenden Provisionen (normalerweise 12,5 % der Fahrgelder) berechnen möchte und den durchlaufenden Teil der Fahrgelder (im Normalfall 87,5 %), weil den Reiseunternehmen gebührend, unberücksichtigt lassen will.

Die Beklagte ist durch Versäumnisurteil verurteilt worden, die mit Schriftsatz vom 10. Oktober 1955 erteilte Auskunft zu beschwören und an den Kläger zu Händen seines Prozeßbevollmächtigten 5 000 DM zu zahlen. Das Landgericht hat dieses Versäumnisurteil aufrechterhalten.

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sei, über die von der Klage erfaßte Zeit vom

1.6.1951 bis 31.5.1955 hinaus Rechenschaft über durchlaufende Posten zu legen und Zahlungen für durchlaufende Posten zu leisten.

Das Berufungsgericht hat die Widerklage abgewiesen und das Versäumnisurteil zum Zahlungsanspruch aufrechterhalten, die Verurteilung zur Eidesleistung dagegen beseitigt und die Klage insoweit abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte die Widerklage in vollem Umfange und den Antrag auf Aufhebung des Versäumnisurteils weiter, soweit er die Zahlungsverurteilung betrifft. Der Kläger hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der dem Kläger in der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 zugestandene Prozentsatz nicht bloß von den Provisionen der Beklagten, sondern auch von den durchlaufenden Teilen der Fahrgelder zu nehmen sei.

1. Es stützt diese Annahme einmal auf den Wortlaut der Vereinbarung und führt insoweit aus: Der gebrauchte Ausdruck "Gesamtreisebüroumsatz" spreche dafür, daß der Prozentsatz von allen Fahrgeldern, also auch von dem den einzelnen Reiseunternehmern abzuführenden Teil, zu berechnen sei. Hätte die Umsatzbeteiligung nur von den Provisionseinnahmen genommen werden sollen, so habe es näher gelegen, einen Prozentsatz von den Bruttoeinnahmen statt vom Gesamtreisebüroumsatz zu nehmen. Die Ziffer 3 der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 bestimme nach Festlegung des Beteiligungssatzes zudem, daß die Beklagte für Gesellschaftsfahrten, für die sie weniger als die normale Provi-



sion erziele, dem Kläger bloß einen den Beteiligungsprozenten entsprechenden geringeren Anteil abzuführen habe. Diese Bestimmung sei überflüssig, wenn die Beteiligung des Klägers ohnehin lediglich nach den von der Beklagten vereinnahmten Provisionen habe berechnet werden sollen. Denn, habe die Beteiligung des Klägers von der Höhe der Provisionen der Beklagten abgehngen, so sei auf den Kläger, wenn bei Geschäftsreisen nicht die normale Provision habe verdient werden können, ohne weiteres entsprechend weniger entfallen. Schließlich sei ein bloß von den Provisionseinnahmen zu berechnender Satz von 0,3 % ohne nennenswertes wirtschaftliches Interesse gewesen, das zu der getroffenen Regelung hätte Veranlassung geben können.

Die Revision beruft sich demgegenüber darauf, daß durchlaufende Beträge jedenfalls steuerrechtlich nicht zum Umsatz zu rechnen seien und daß nach dem im Vorprozeß von der Industrie- und Handelskammer in Berlin eingeholten Gutachten unter dem steuerpflichtigen Umsatz nur die zu versteuernden Provisionen zu verstehen seien. Dieser Angriff ist unbegründet.

Wie der Senat in seinem Urteil vom 12. Mai 1955 ausgeführt hat, war die Umsatzbeteiligung der Ausgleich dafür, daß die fünf an der oHG nicht beteiligten Gesellschafter der GmbH nicht nur keinen Widerspruch gegen den von der Beklagten eröffneten Konkurrenzbetrieb erhoben, sondern ihr sogar den Geschäftsbetrieb der GmbH überließen. Dieser Ausgleich konnte, wenn er in einer laufenden Beteiligung bestehen sollte, entweder in einem geringen Prozentsatz an den gesamten Einnahmen oder in einem entsprechend höheren Prozentsatz an den Provisionen gefunden werden. Die Beklagte erhält normalerweise 12,5 % von den vereinnahmten Reisegeldern. Von 100 000 DM Fahrgeldern bekommt die Beklagte also 12 500 DM. Hat die Vereinbarung vom 29. Mai 1951 den vom Berufungsgericht angenommenen Sinn, so stehen

dem Kläger von je 100 000 DM von der Beklagten vereinnahmten Reisegeldern 0,3 % dieses Betrages, also 300 DM, zu. Die Beklagte will dagegen nur 0,3 % ihrer Provision, von je 12 500 DM Provision also nur 37,50 DM zahlen. Die Beklagte hat nach ihren Angaben im Jahre 1951 für rund 650 000 DM Fahrkarten verkauft und im Jahre 1952 für rund 900 000 DM (Bl.108 der Vorprozeßakten). Diese Zahlenüberlegungen sprechen dafür, daß die Beteiligten den vereinbarten Prozentsatz von den vereinnahmten Fahrgeldern der Beklagten genommen wissen wollten und zwingen nicht zu der gegenteiligen Annahme, mögen auch die durchlaufenden Teile der Fahrgelder nicht als Umsatz angesprochen werden können. Da die Provisionen der Beklagten nach der Höhe der Fahrgeldeinnahmen berechnet wurden, lag es nahe, auch die Beteiligung der fünf an der OHG nicht beteiligten Gesellschafter der GmbH nach den aufkommenden Reisegeldern zu bemessen.

2. Das Berufungsgericht stützt seine Annahme, daß die Vertragsschließenden das gewollt hätten, auch auf die Aussagen von zwei im Vorprozeß vernommenen Zeugen (We [REDACTED] und Bud-Mo [REDACTED]).

Die Revision beanstandet das, weil sich der Kläger weder auf diese Aussagen, noch auf die Vernehmungsprotokolle berufen und auch ihren Inhalt nicht vorgetragen, sondern sich bloß ganz allgemein auf die Akten des Vorprozesses bezogen habe.

Beide Parteien haben jedoch den vorliegenden Rechtsstreit unter wiederholter Bezugnahme auf den Vorprozeß geführt, und die Akten des Vorprozesses waren ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Kläger hat sich im Schriftsatz vom 7. Juni 1955 (Bl.7, 8) zur Begründung seines Standpunktes auf das

Urteil des Kammergerichts im Vorprozeß bezogen, und dort sind die beiden Aussagen bereits zu seinen Gunsten verwertet worden. Die Parteien haben darüber gestritten, ob dieses Urteil richtig sei oder nicht. Unter diesen Umständen läßt sich die Verwertung der Zeugenaussagen des Vorprozesses rechtlich nicht beanstanden. Die Revision beruft sich zu Unrecht auf das Urteil des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. Juli 1952 - IV ZR 25/52 - (BGHZ 7, 116, 122). Denn im vorliegenden Fall ist nicht angetretener Zeugenbeweis mit der Begründung unerhoben geblieben, daß bereits Niederschriften über frühere Vernehmungen derselben Zeugen über dieselbe Beweisfrage vorlägen, sondern es sind Bestandteile von Vorprozeßakten, über die die Parteien verhandelt haben, verwertet worden.

Die Revision hat auch nicht Recht, daß die Aussage des Zeugen We [REDACTED] keine Bekundung über die Vertragsverhandlungen darstelle, sondern nur ein Berechnungsbeispiel gebe. Denn der Zeuge hat ausgesagt, daß er Besprechungen, die zu der Abmachung vom 29. Mai 1951 geführt hätten, beigewohnt habe, und macht mit dem von ihm gegebenen Beispiel sehr anschaulich, was Inhalt dieser Verhandlungen war.

3. Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsgericht vor, es habe berücksichtigen müssen, daß die Beklagte die ihr gebührenden Provisionen und die durchlaufenden Teile der Fahrgelder getrennt verbucht habe. Denn diese Tatsache schließt es nicht aus, daß der Prozentsatz, der den fünf an der oHG nicht beteiligten Gesellschaftern der GmbH zugestanden wurde, auf die Fahrgeldeinnahmen der Beklagten abgestellt war und nicht bloß von den Provisionen der Beklagten berechnet werden sollte.

4. Daß drei der in dem Abkommen vom 29. Mai 1951 begünstigten fünf GmbH-Gesellschafter die Berechnungsweise der Beklagten nicht angegriffen haben sollen, ist kein sicheres

Beweisanzeichen gegen die Richtigkeit der Klagebehauptung. Der hierfür angetretene Beweis brauchte daher entgegen der Ansicht der Revision nicht erhoben zu werden.

Da die vom Berufungsgericht getroffene Tatsachenfeststellung allen Angriffen der Revision standhält und das Berufungsurteil sowohl zur Zahlungsverurteilung wie zur Abweisung der Widerklage trägt, war die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr. Reinicke