

TL

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 49/67

URTEIL

Verkündet am

24. Juni 1968
Heil,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans O [REDACTED], D [REDACTED],
S [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers und Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Karl-Heinz R [REDACTED],
D [REDACTED]-O [REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. von [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. Januar 1967 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt in D[REDACTED] den Handel mit Bürobedarf. Der Kläger war Angestellter der M[REDACTED]-M[REDACTED] and Manufacturing Company, von den Parteien "3 M Company" genannt. Diese Gesellschaft stellt ein als "Thermo-Fax" bezeichnetes Kopiergerät her. Nachdem sie es zunächst durch eigene Reisende vertrieben hatte, entschloß sie sich, es durch den Fachhandel zu verkaufen. Am 9. Oktober 1958 schloß sie mit dem Beklagten einen Vertrag, durch den sie ihn mit Wirkung vom 1. November 1958 als Fachhändler im D[REDACTED] Raum bestätigte. Dabei verpflichtete sich der Beklagte, einen Verkaufsspezialisten ausschließlich für das Thermo-Fax-Verfahren einzusetzen. Das wurde der Kläger. Dieser übergab dem Beklagten bei einer Besprechung im November 1958 ein vom 15. dieses Monats datiertes Schreiben, das

auszugsweise lautet:

Am 1. Oktober 1958 gab ich Ihnen als Bezirksleiter der 3 M Company für den Raum G [REDACTED] endgültig bekannt, daß die 3 M im 3 M-eigenen Thermo-Fax-Verkaufsgebiet Fachhändler einschalten will. Nachdem mir verschiedene Möglichkeiten offenstanden, machten Sie mir das Angebot einer Zusammenarbeit, für den Fall, daß ich Ihnen die Generalvertretung beschaffe, ... Es kam daraufhin zu unseren Absprachen, in deren Verlauf wir beschlossen, den Thermo-Fax-Verkauf im Raum I [REDACTED] gemeinsam aufzuziehen. ist es mir dann auch gelungen, daß die Generalvertretung für Thermo-Fax an Sie vergeben wurde. Laut Absprache sollten die nachstehend im besonderen Vertrag festgelegten Vereinbarungen unserer künftigen Zusammenarbeit als Grundlage dienen. Es bestand Klarheit darüber, daß ich ab Unterzeichnung des Generalvertretervertrages mit der 3 M an direkten und indirekten Thermo-Fax-Verkäufen beteiligt bin und für unsere Zusammenarbeit sofort tätig werde.

Der Beklagte unterschrieb die im Besitz des Klägers gebliebene Durchschrift dieses Schreibens. Er behauptet, damit lediglich den Empfang quittiert zu haben.

Unstreitig hat der Kläger dem Beklagten mindestens einen Vertragsentwurf übergeben. Der Beklagte ließ diesen Entwurf oder eine Abschrift davon durch seinen Angestellten Fe [REDACTED] handschriftlich ändern und legte dieses Schriftstück dem Kläger vor. Der Kläger versah diejenigen Änderungen, die er mißbilligte, mit einem Ausrufezeichen. Die Nr. 4 des so entstandenen Schriftstücks lautet wie folgt, wobei die handschriftlichen Einfügungen des Angestellten Fe [REDACTED] nachstehend in eckigen Klammern wiedergegeben werden:

Die Aufteilung der Ein- und Ausgaben im Thermo-Fax-Verkauf wird wie folgt geregelt:

Sämtliche das Thermo-Fax-Geschäft betreffenden Einnahmen werden am Monatsende zusammenaddiert.



Von dieser Summe werden in Abzug gebracht

- a) etwaige Rabatte, Portokosten, Drucksachen, einmalige Zuwendungen, wenn sie für das Thermo-Fax-Geschäft wichtig sind, Annoncen für Vertreterwerbung, Annoncen für die Thermo-Fax-Werbung im Düsseldorfer Raum, wenn diese von der 3 M mitbezahlt werden, /Umsatzsteuer/ - Anm.: Die Worte "wenn diese von der 3 M mitbezahlt werden" sind handschriftlich gestrichen -
- b) Skontobeträge -
- c) Provisionen an Vertreter des Hauses oder Tipp-Provisionen, Fixum und Spesen -
- d) Umsatzsteuer -
- e) /Pauschalbetrag/ für Spesen Repschläger - das ist der Kläger - DM 300 (/einschl./ Telefon, Fahrzeugkosten und Unterhaltung).

Der verbleibende Betrag wird zu gleichen Teilen, also 50 : 50 auf die Vertragspartner aufgeteilt und am Monatsende abgerechnet. /Dasselbe Verhalten trifft für uneinbringliche Forderungen zu/ - Anm.: Diesen Zusatz hat der Kläger durch ein Ausrufezeichen mißbilligt -.

Ausgeschlossen von der Aufteilung bleiben:
sämtliche Einnahmen aus den Wartungsverträgen,
sämtliche Einnahmen für Reparaturen und Generalüberholungen an verkauften oder übernommenen Geräten,
sämtliche Einnahmen aus dem Zubehörgeschäft, wie Buntstifte, Kugelschreiberminen, Farbbänder, Gazebogen, Transportbänder, Röhren und Ersatzteile /usw/.

Der Kläger betätigte sich im Unternehmen des Beklagten mit dem Thermo-Fax-Vertrieb. Am 14. Februar 1959 fand eine Besprechung der Parteien statt, in welcher die Abrechnungsweise erneut erörtert wurde. Die Einzelheiten dieser Besprechung sind streitig. Jedenfalls erteilte der Beklagte dem Kläger in der Folgezeit monatlich Abrechnungen, in denen die das Thermo-Fax-Geschäft betref-

fenden Einnahmen addiert und von der Summe nur die unter Nr. 4 des Vertragsentwurfs aufgeführten Posten abgezogen wurden.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 1961 übersandte der Beklagte dem Kläger eine ergänzende Abrechnung für das Jahr 1960, in welcher er die Thermo-Fax-Abteilung mit weiteren Unkosten belastete. Diese bestanden im wesentlichen aus Anteilen an den Gemeinkosten seines Unternehmens wie Abgaben, Mieten, Kraftfahrzeugkosten, Abschreibungen und Verwaltungskosten. Davon entfielen nach der Ansicht des Beklagten auf den Kläger 18.028,10 DM. Der Beklagte schrieb dem Kläger, er habe mit diesem Betrag sowie mit je 1.500 DM für die Monate Januar bis August 1961 sein Konto belastet und werde von den insgesamt 30.028,10 DM monatlich 3.000 DM ab September 1961 mit der laufenden Provision verrechnen.

Der Kläger antwortete am nächsten Tag, er sei zu Verhandlungen über eine Neureglung für die Zeit ab 1. Januar 1962 bereit, weigere sich aber, für die vorhergehende Zeit Konzessionen zu machen.

Der Beklagte zog dem Kläger in den Monaten September bis Dezember 1961 gleichwohl je 3.000 DM für die Vergangenheit und je 1.500 DM für den laufenden Monat, also insgesamt je 4.500 DM von den sich aus den Monatsabrechnungen ergebenden Guthaben des Klägers ab. Der Kläger widersprach diesen Abzügen. Beide Parteien kündigten durch Schreiben vom 26. Januar 1962 ihr Vertragsverhältnis fristlos. Der dem Kläger für Januar 1962 auszufehlende Betrag hätte ohne Abzug eines Anteils an

den Gemeinkosten nach der Berechnung des Beklagten 3.280,65 DM betragen. Der Beklagte zahlte dem Kläger für diesen Zeitraum nichts.

Der Kläger behauptet, zwischen den Parteien habe Einigkeit darüber bestanden, daß nur die in Nr. 4 seines Vertragsentwurfs aufgeführten Unkosten von den Einnahmen abzusetzen seien. Er hat im ersten Rechtszug beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 22.500 DM (je 4.500 DM für die Monate September 1961 bis Januar 1962) nebst 8 % Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte verlangt umgekehrt im Wege der Widerklage vom Kläger 7.568,18 DM. Er behauptet, man habe sich zunächst über den Unkostenansatz nicht geeinigt. In der Besprechung vom 14. Februar 1959 habe man dann vereinbart, daß auch ein Anteil seiner Gemeinkosten dem Thermo-Fax-Geschäft zur Last zu bringen sei, ohne allerdings die Art und Weise der Errechnung dieses Anteils festzulegen. Im April oder Mai 1961 habe er dem Kläger eine vorläufige Berechnung des Gemeinkostenanteils für 1960 vorgelegt. Der Kläger habe sich davon eine Fotokopie angefertigt und keine Einwendungen gegen den Kostenansatz erhoben. Im Oktober 1961 habe er sich erneut mit dem Ansatz einverstanden erklärt. Die Widerklageforderung ergebe sich daraus, daß der Kläger bei Ansatz des Gemeinkostenanteils für die Zeit vom 1. Januar 1960 bis 26. Januar 1962 7.568,18 DM zuviel erhalten habe.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 3.700 DM nebst 8 % Zinsen zu zahlen. Die weitergehende Klage und die Widerklage hat es abgewiesen.

Beide Parteien haben gegen dieses Urteil, soweit es ihren Anträgen nicht stattgegeben hat, Berufung eingelegt.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger insgesamt 21.280,65 DM nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung des Beklagten hat es lediglich, soweit das Landgericht Zinsen zugesprochen hatte, den Zinssatz von 8 auf 4 % ermäßigt. Im übrigen hat es die Berufungen der Parteien zurückgewiesen.

Mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, verfolgt der Beklagte seine Anträge zur Klage und zur Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, die Parteien hätten durch beiderseitige Unterzeichnung des Schreibens vom 15. November 1958 einen Vertrag geschlossen, in dem sie sich gegenseitig verpflichtet hätten, bei dem Vertrieb der Thermo-Fax-Geräte in dem dem Beklagten eingeräumten Bezirk zusammenzuarbeiten. Über die Verteilung der das Thermo-Fax-Geschäft betreffenden Einnahmen und Ausgaben hätten sie sich dahin geeinigt, bis zu einer anderweitigen vertraglichen Regelung oder bis zur Auflösung ihres Rechtsverhältnisses nach Nr. 4 des Entwurfs des Klägers zu verfahren. Der Antrag des Klägers zu dieser Einigung liege in der Übergabe des Entwurfs an den Beklagten. Der Beklagte habe diesen Antrag dadurch angenommen, daß er dem Kläger einen Entwurf mit den die Nr. 4 nur unwesentlich berührenden

Änderungsvorschlägen des Angestellten Feineis vorgelegt, die Zusammenarbeit mit dem Kläger aufgenommen und im Rahmen dieser Zusammenarbeit bis einschließlich August 1961 ohne Vorbehalt nach Nr. 4 des Entwurfs abgerechnet habe. Der Kläger habe dieses Verhalten nur als Einverständnis des Beklagten mit der in Nr. 4 vorgesehene Abrechnungsweise verstehen können. Wäre in der Unterredung vom 14. Februar 1959 eine andere Abrechnungsweise vereinbart worden, so hätte der Beklagte auf diese jedenfalls nach der Erstellung der Bilanz für 1959 übergehen müssen. Er habe aber unstreitig nicht einmal in seinen Geschäftsaufzeichnungen die auf das Thermo-Fax-Geschäft entfallenden Gemeinkostenanteile besonders erfaßt. Gegen den Beklagten sprächen ferner die Schreiben des Klägers vom 6. März und 29. Juli 1961. In dem ersteren habe der Kläger dem Beklagten eine Vereinbarung bestätigt, wonach "für die Thermo-Fax-Abteilung speziell eine Stenokontoristin eingestellt" werde und er sich "in diesem besonderen Falle" bereit erklärt habe, "auch die Hälfte der anfallenden Kosten mitzuübernehmen". Unter dem 29. Juli 1961 habe er an den Beklagten geschrieben: "In einem meiner letzten Schreiben habe ich mich einverstanden erklärt, bei Einstellung einer Mitarbeiterin für den Thermo-Fax-Innendienst DM 300 durch die Thermo-Fax-Abteilung tragen zu lassen, trotzdem es nach unseren Vereinbarungen zu Ihrem Aufgabenbereich gehört, für die kommerzielle Abwicklung des Thermo-Fax-Geschäfts zu sorgen". Der Beklagte habe diesen Schreiben nicht widersprochen, obwohl er, wenn sein jetziger Vortrag richtig wäre, dazu allen Anlaß gehabt haben würde. Er habe die Ermittlung von Gemeinkostenanteilen im Jahre 1961 selbst lediglich als Verhandlungsgrundlage betrachtet. Das zeige sein Verhalten

bei der Aufstellung der Bilanz und der Steuererklärung für 1960. In ihnen habe er nämlich die mit Schreiben vom 10. Oktober 1961 geltend gemachte Forderung auf Rückgewähr eines Teils der im Jahre 1960 geleisteten Zahlungen nicht ausgewiesen.

II. Entgegen der Ansicht der Revision konnte das Berufungsgericht das gesamte Verhalten der Parteien dahin würdigen, daß sie sich über ihre Zusammenarbeit rechtswirksam geeinigt und dabei vereinbart haben, auf der Grundlage der Nr. 4 des Entwurfs des Klägers abzurechnen.

1. Die Parteien hatten, wie es in dem Schreiben vom 15. November 1958 heißt, beschlossen, den Thermo-Fax-Verkauf im Raume D [REDACTED] gemeinsam aufzunehmen, und der Kläger hatte, damit diese Absprache wirksam werden konnte, dafür gesorgt, daß der Beklagte die Generalvertretung dafür erhielt. Dabei bestand zwischen den Parteien Klarheit darüber, daß der Kläger von Anfang an an direkten und indirekten Thermo-Fax-Verkäufen beteiligt war und "für unsere Zusammenarbeit" sofort tätig wurde. Darüber, wie die Rechtsbeziehungen im einzelnen gestaltet, wie insbesondere die Gewinne errechnet werden sollten, haben die Parteien zwar erst nachträglich verhandelt. Dieser Umstand konnte das Berufungsgericht jedoch nicht hindern anzunehmen, sie hätten sich schon mit der Unterzeichnung des Schreibens gebunden, bei dem Vertrieb der Geräte zusammenzuarbeiten. Die Auslegungsvorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB stand dem nicht entgegen. Nach ihr ist, solange sich die Vertragsparteien nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die eine Vereinbarung getroffen werden

soll, ein Vertrag nur "im Zweifel" nicht geschlossen. Die Vorschrift findet also nur Anwendung, wenn sich nicht aus den Erklärungen der Vertragschließenden ein anderes ergibt. Das hat aber hier das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen. Die Parteien haben in Kenntnis der Tatsache, daß noch Einzelheiten geregelt werden mußten, ihre Zusammenarbeit aufgenommen. Sie haben damit zu erkennen gegeben, daß das Schreiben vom 15. November 1958 als verbindliche Grundlage ihrer Rechtsbeziehungen ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit der Regelung weiterer Einzelheiten gelten sollte. Anders kann ihr Verhalten im Anschluß an die Unterzeichnung des Schreibens und ihre etwa drei Jahre dauernde Zusammenarbeit nicht verstanden werden.

Das bedeutet, daß das Berufungsgericht die Unterschrift des Beklagten, weil er ihr keinen Zusatz beigefügt und nach der Feststellung des Berufungsgerichts auch nicht mündlich erklärt hatte, er wolle durch sie nur den Empfang des Schreibens bestätigen, als endgültige Annahme des auf Zusammenarbeit gerichteten Angebots des Klägers ansehen durfte. Zu dem Vorbringen des Klägers selbst hat sich das Berufungsgericht dabei entgegen der Ansicht der Revision nicht in Widerspruch gesetzt.

2. Gegenüber den weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts macht die Revision in erster Linie geltend: Darin, daß der Beklagte nicht den Entwurf des Klägers unterzeichnet, sondern dem Kläger einen durch Feineis geänderten Entwurf vorgelegt habe, habe nach § 150 Abs. 2 BGB nicht die Annahme des dem Beklagten vom Kläger gemachten Angebots, sondern nur dessen

Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag, gesehen werden können.

Dabei übersieht die Revision jedoch, daß die Änderungsvorschläge des Beklagten hinsichtlich der Abrechnungsweise nach der rechtsfehlerfreien Ansicht des Berufungsgerichts nur unwesentlich waren und daß das Berufungsgericht die Annahme des klägerischen Vorschlags durch den Beklagten in erster Linie aus der späteren praktischen Handhabung geschlossen hat. Dafür, daß sich aus den Änderungsvorschlägen des Beklagten bei den Abrechnungen Unstimmigkeiten ergeben hätten, ist nichts hervorgetreten. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, daß der Beklagte mit seinen Änderungsvorschlägen nicht eine Beteiligung des Klägers an seinen - des Beklagten - Gemeinkosten verlangt hat.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich im Sinne der vom Kläger vorgeschlagenen, vom Beklagten lange Zeit ohne Vorbehalt geübten Abrechnungsweise geeinigt, verstößt auch nicht, wie die Revision meint, gegen die Auslegungsregeln der Absätze 1 und 2 des § 154 BGB. In Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse sind nicht ohne weiteres deshalb unwirksam, weil der Vertrag Lücken aufweist oder weil über einzelne Punkte noch keine Einigung erzielt ist. Hier hatten sich die Parteien, wie oben 1. dargelegt, bereits durch die Unterzeichnung des Schreibens vom 15. November 1958 wirksam gebunden. Sie haben sich, wie weiter ausgeführt, später auch über die Abrechnungsweise geeinigt. Insoweit enthält ihr Vertragsverhältnis keine Lücke. Die mehr als 2 1/2 Jahre tatsächlich geübte Abrechnungsweise zeigt, daß die Parteien von

der vielleicht ursprünglich vorgesehenen Beurkundung dieses Vertragspunktes abgesehen haben. Wenn sie sich über sonstige Punkte, wie etwa über die Dauer ihres Vertrages, nicht geeinigt haben, so vermag das die Wirksamkeit ihrer Einigung über die Abrechnungsweise nicht in Frage zu stellen.

Die Würdigung der Aussagen der Zeugen Brückmann und Feineis durch das Berufungsgericht lässt keinen Verfahrensfehler erkennen. Auch die Revision hat mit ihren Rügen, die der Senat im einzelnen geprüft hat, einen solchen nicht aufzuzeigen vermocht.

3. Die Revision wirft dem Berufungsgericht noch vor, die Rechtsnatur des Verhältnisses der Parteien verkannt oder nicht abschließend geprüft zu haben. Sie meint, daß eine Entscheidung darüber für die Beweislastverteilung und für die Beweiswürdigung von Bedeutung gewesen sein würde.

Auch dieser Angriff ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat in umfassender Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts und der Zeugenaussagen für bewiesen erachtet, daß sich die Parteien auf die von dem Kläger vorgeschlagene Abrechnungsweise geeinigt haben. Dabei war nur entscheidend, daß zwischen den Parteien ein in Vollzug gesetztes Dauerschuldverhältnis bestanden hat, nicht dagegen, welcher Art dieses Verhältnis gewesen ist.

III. Nach alledem hat das Berufungsgericht mit Recht

der Klage in Höhe der von dem Beklagten tatsächlich
einbehaltenen 21.280,65 DM nebst Zinsen stattgegeben
und die Widerklage abgewiesen.

Dr.Nörr	Bundesrichter Liesecke ist erkrankt und daher verhin- dert, seine Unterschrift beizufügen.	Dr.Schulze	Fleck	Stempel
---------	--	------------	-------	---------

Dr.Nörr