

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 62/67

URTEIL

Verkündet am
7. Oktober 1968
Kaufmann,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der L. [REDACTED] GmbH & Co, Kommanditgesellschaft für indu-
strielle und technische Verwertung, K. [REDACTED], Am
S. [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. H. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die G. [REDACTED]-Werke GmbH, D. [REDACTED], R. [REDACTED] Str. [REDACTED]
vertreten durch ihre Geschäftsführer Paul K. [REDACTED]
und Herbert W. [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Schulze und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. Februar 1967 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1959 hatte die T. [REDACTED], Moskau (im folgenden T. abgekürzt), einen Auftrag über die Lieferung von zwei Thermobarokammern für physiologische Untersuchungen zum Preise von rund 21,5 Mio. DM zu vergeben. Die Beklagte erhielt den sog. Planungsauftrag über 2.667.000 DM, während die Kammer und ihre Ausrüstung bei anderen Firmen bestellt wurden. Die Klägerin wurde dabei als Vermittlerin tätig. Von dem Preis für den Planungsauftrag brauchte die T. 7,5 % = 200.025 DM als Garantiesumme erst innerhalb von 26 Monaten nach Übergabe der technischen Dokumentation (gegen bestimmte Dokumente) zu zahlen.

Am 3. November 1959 vereinbarten die Parteien unter der Ziff. 1: Die Klägerin solle von der Beklagten eine Provision von 10 % der Auftragssumme erhalten; für den Planungsingenieur Dr. S. [REDACTED] solle eine Provision berücksichtigt werden, die später auf 130.000 DM festgesetzt

wurde; der nach Abzug dieser Beträge und eines für die Beklagte vorgesehenen Betrages von 1,7 Mio. DM verbleibende "Bodensatz" solle zwischen den Parteien "nach Auszahlung des Garantiebetrages" hälftig geteilt werden.

Die Beklagte hat der T. die technische Dokumentation am 3. Dezember 1960 übergeben. Hierüber wurde ein Protokoll aufgenommen. Darin heißt es, daß die Projektdokumentation in Übereinstimmung mit der Projekt-Aufgabe durchgeführt wurde und die T. in den grundlegenden Forderungen befriedige; ferner, daß das Projekt es der T. ermögliche, die Bauzeichnungen für das Gebäude mit den Fundamenten für die Ausrüstung auszuführen und die Dokumentation zur Herstellung von Spezialarbeiten wie Elektroenergie, Wasserwirtschaft, Kanalisation, Ventilation und Heizung auszuarbeiten; und daß bei der Ausarbeitung des Projekts viele ungeklärte Fragen bestanden hätten, die mit der Eigenart der gewünschten Anlage verbunden seien und nur mit Hilfe von Vertretern der T. in gemeinsamer Arbeit, die sich über die Zeit vom 29. Oktober bis zum 3. Dezember 1960 erstreckt habe, hätten geklärt werden können.

Die T. hat die Garantiesumme bisher nicht gezahlt. Die Klägerin macht hierfür die Beklagte verantwortlich. Unter Berücksichtigung einer von der Beklagten erhaltenen Zahlung von 400.000 DM verlangt sie Zahlung von 151.850 DM. Diesen Betrag berechnet sie wie folgt:



17

a) 10 % Provision	266.700 DM
b) 50 % Bodensatz	
Auftragssumme	2.667.000 DM
abzüglich	
Provision	266.700 DM
Anteil der Beklagten	
	1.700.000 "
Provision Dr. Schroe-	
der	
	$\frac{2.096.700}{570.300} \div 2$
	$= \frac{285.150}{551.850} \text{ DM}$
ab gezahlter	$\frac{400.000}{151.850} \text{ DM}$

Die Beklagte meint, sie habe es nicht zu vertreten, daß die T. die Garantiesumme bisher nicht gezahlt habe. Sie beruft sich hierfür auf das Abnahmeprotokoll und macht weiter geltend, sie habe die in der Folgezeit noch gerügten Mängel behoben. Die vollständige Beseitigung der von der T. erhobenen Beanstandungen sei daran gescheitert, daß die mit der Lieferung von Einzelteilen beauftragte Firma Strickaert, Brüssel, die erforderlichen Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt habe.

Hilfsweise hat die Beklagte mit mehreren Forderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin hatte keinerlei Erfolg.

Mit der Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 151.850 DM weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne zur Zeit nicht ihren Anteil an der Garantiesumme beanspruchen, und hat die Klage aus diesem Grunde in Höhe von 100.012,50 DM abgewiesen. Es führt insoweit aus: Die Abrede über die hälftige Aufteilung des "Bodensatzes" verhalte sich über den Gewinn der Beklagten und habe partiarischen Charakter. Deshalb habe die Klägerin das Risiko der Ausführung des Planungsauftrages mitzutragen. Sie könne auch nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie sie gestanden haben würde, wenn die T. auch die Garantiesumme gezahlt hätte. Denn die Beklagte habe nach § 708 BGB nur die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten anzuwenden brauchen, und dem Vortrag der Klägerin könne nicht entnommen werden, daß die Beklagte die eigenübliche Sorgfalt verletzt habe. Die der Beklagten bei der Ausführung des Planungsauftrags zur Last gelegten "Leistungsstörungen" sprengten nicht den Rahmen des Üblichen und seien bei den komplizierten Leistungsvorgängen nicht vorwerfbar. In Höhe der halben Garantiesumme sei der Klageanspruch auch dann nicht begründet, wenn man das Rechtsverhältnis der Parteien nicht als ein partiarisches ansehe. Insoweit habe die Klägerin ihren Anspruch von dem Erfolg eines fremden Geschäfts abhängig gemacht. Es sei ausschließlich Sache der Beklagten gewesen, wie sie den Planungsauftrag abwickelte. Auch durch die Abrede vom 3. November 1959 habe die Klägerin keinen Einfluß auf die Dispositionen der Beklagten erlangt.

Im Ergebnis ist das Berufungsurteil nicht zu beanstanden.

1. Erfüllung der Abrede vom 3. November 1959 kann die Klägerin in Höhe eines Betrages von 100.012,50 DM erst verlangen, wenn die T. die Garantiesumme ausgezahlt hat. Hierzu ist es bisher nicht gekommen.

Die Grundsätze von Treu und Glauben verbieten es der Beklagten nicht, sich darauf zu berufen, daß sie die Garantiesumme noch nicht erhalten hat. Die Klägerin sollte am "Bodensatz" beteiligt sein, und hierzu kann nicht gut etwas gerochnet werden, was möglicherweise überhaupt nicht gezahlt wird.

2. Die Klägerin könnte nur unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung verlangen, die Beklagte müsse sich so behandeln lassen, als habe sie die Garantiesumme gezahlt erhalten.

Hierzu würde gehören, daß der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin Vertragspflichten in bezug auf die Erlangung der Garantiesumme oblagen. Diesen Standpunkt vertritt die Klägerin und macht hierzu geltend: Die Beklagte habe sich auch ihr gegenüber verpflichtet, den Planungsauftrag sorgfältig durchzuführen und alle Nachteile abzuwenden, die ihrer Beteiligung am "Bodensatz" hätten erwachsen können. Das folge aus der am 3. November 1959 getroffenen "Gewinnverteilungsabrede" und daraus, daß sie (Klägerin) wegen ihrer hälftigen Beteiligung am "Bodensatz" am Gewinnergebnis interessiert sei. Die Beklagte habe ihre Vertragspflichten gegenüber der T. schuldhaft verletzt und habe hierfür auch im Verhältnis der Parteien zueinander einzustehen.

a) Die Revision rückt hiervon teilweise ab. Sie meint: Die Abrede vom 3. November 1959 habe nur die Bemessung einer

Vermittlungsprovision zum Inhalt gehabt. Schon dieses Provisionsverhältnis rechtfertige es, die von der T. nicht gezahlte Garantiesumme in den Bodensatz einzubeziehen, da die Beklagte den Planungsauftrag nicht gehörig erfüllt und hierbei schuldhaft gehandelt habe und davon der Provisionsanspruch der Klägerin betroffen worden sei.

Es kommt nicht darauf an, wie das Rechtsverhältnis der Parteien rechtlich einzuordnen ist und ob darauf die Regeln über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft anzuwenden sind. Das Berufungsgericht hat den Schwierigkeiten des Planungsauftrags und der Eigenart des Verhältnisses der Parteien Rechnung tragen wollen und Rechnung getragen. Die von ihm verwerteten Umstände schließen es aus, daß die Klägerin für die Einbehaltung der Garantiesumme Schadensersatz verlangen kann, ohne daß der Beklagten bei der Durchführung des Planungsauftrages besonders schwerwiegende Fehler nachgesagt werden können. Das aber hat das Berufungsgericht dem Vortrag der Klägerin nicht zu entnehmen vermocht. Diese Untersuchung war nur auf Grund einer Wahrunterstellung des gesamten Vortrags der Klägerin möglich und hat zu einem rechtlich einwandfreien Ergebnis geführt. Dabei hätte das Berufungsgericht noch hervorheben können, daß die T. die Arbeiten der Beklagten abgenommen hat und was in dem Protokoll vom 3. Dezember 1960 über die Schwierigkeiten der Durchführung des Auftrags und die Brauchbarkeit der Arbeiten der Beklagten gesagt wird. Jedenfalls angesichts dieser Urkunde ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht angenommen hat, die von der Klägerin gegen die Beklagte erhobenen Vorwürfe wögen nicht schwer. Die Revision wird dem Berufungsgericht nicht gerecht, wenn sie ihm die Übergehung von Beweisanträgen sowie vorwirft, das Berufungsurteil habe die Beweislast falsch beurteilt.

b) Ihr kommt es nicht zu, die gegen die Beklagte erhobenen Vorwürfe als schwerwiegender zu beurteilen, als dies das Berufungsgericht bei seiner tatsächlichen Würdigung des Vortrags der Klägerin getan hat.

c) Unbegründet ist auch ihr Vorwurf, das Berufungsgericht habe die Bl. 4 des Schriftsatzes der Klägerin vom 19. Dezember 1966 angebotenen Beweise nicht erhoben.

Dieser Schriftsatz ist erst in der letzten Tatsachenverhandlung überreicht worden. Er bringt an der angegebenen Stelle die Behauptung, die T. habe gegen ihre Schuld auf Zahlung der Garantiesumme mit einer Forderung auf Zahlung einer Vertragsstrafe aufgerechnet. Das wird aus der Ziff. 1 des von Vertretern der T. und der Beklagten aufgenommenen Protokolls vom 2. August 1962 hergeleitet. Dafür gibt dieses Protokoll jedoch nichts her. Daran anschließend wird gesagt, damit stehe fest, daß die Beklagte noch im Jahre 1962 den Planungsauftrag nicht erfüllt gehabt habe und die im Planungsauftrag für den Fall des Verzuges vorgesehene Vertragsstrafe fällig geworden sein müsse. Darauf folgt in einem neuen Absatz, die angeblichen Bemühungen der Beklagten, den Garantiebetrug doch noch zu bekommen, hätten an der Nichterfüllung des Planungsauftrags scheitern müssen, und, "die Richtigkeit vorstehender Darlegung" werde (durch Benennung bestimmter Zeugen) unter Beweis gestellt.

Das Berufungsgericht meint, dieser Beweisantritt habe eine Beurteilung zum Gegenstand und sei deshalb nicht zu beachten. Das ist richtig, wenn man den Beweisantritt bloß auf den Absatz zu beziehen hätte, in dem er steht. Sollte er sich auf die behauptete Aufrechnung beziehen, so beträfe er eine Behauptung, die nach der Prozeß-

lage nicht hinreichend substantiiert ist. Bei Aufrechnung mit einer berechtigten Vertragsstrafenforderung würde die Garantiesumme getilgt sein. Dann wäre es unsinnig gewesen, zwei Instanzen hindurch darüber zu streiten, ob sich die Beklagte, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten auch immer, so behandeln lassen müsse, als habe sie die Garantiesumme gezahlt erhalten. Die Klägerin hätte daher vortragen müssen, wann die T. eine Forderung aus dem Vertragsstrafenversprechen erhoben und wann sie mit dieser Forderung aufgerechnet habe und wieso der Prozeß etwa zwei Jahre lang auf der Grundlage eines noch offenen Anspruchs auf Zahlung der Garantiesumme geführt worden ist.

II. Von den zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten interessiert nur die aus dem "L. - Geschäft" von unstreitig mindestens 535.678,88 DM. Diese Forderung beruht auf der Ziff. 2 des Vertrages der Parteien vom 3. November 1959.

Das Berufungsgericht sieht hiervon einen Betrag von 51.837,50 DM (das ist der Betrag der Klageforderung abzüglich der oben behandelten 100.012,50 DM) als durch die Aufrechnung verbraucht an. Es meint, jedenfalls insoweit fehle es an der von der Klägerin behaupteten Stundung. Auch das ist im Ergebnis richtig.

1. Die Stundungsabrede vom 22. Dezember 1960 (Anl. 8 Hülle Bl. 30 d.A.) ist erledigt.

Die Firma St. hatte bei La M. bestimmte Teillieferungen bestellt, die für das gesamte Projekt der T. gebraucht wurden. Das La M. - Geschäft wurde "notleidend", diese Firma konnte nicht liefern, wenn sie

nicht zur Bezahlung der von ihr benötigten Materialien und zur Entlohnung ihrer Arbeitskräfte Geld bekam. Die Parteien vereinbarten daher am 22. Dezember 1960, daß die Klägerin die der Beklagten aus dem L[REDACTED]-Geschäft zustehenden Beträge zur Zwischenfinanzierung des La M[REDACTED]-Geschäfts verwenden und die Beklagte ihre Forderung auf diese Beträge erst geltend machen dürfe, "wenn diese Zwischenfinanzierung abgeschlossen" sei.

Unstreitig sind diese Beträge zur Zwischenfinanzierung des Geschäfts St[REDACTED] - La M[REDACTED] verwendet worden. Unstreitig hat La M[REDACTED] geliefert und ihr Geld erhalten. Das Berufungsgericht hat daher (BU S. 14) festgestellt: "Die Zwischenfinanzierung ist abgeschlossen".

Das ist richtig. Dabei mag davon ausgegangen werden, daß der Zwischenfinanzierungsbetrag auf das Entgelt, das La M[REDACTED] für ihre Lieferung zu beanspruchen hatte, angerechnet worden und nur so der Vortrag der Parteien zu verstehen ist, La M[REDACTED] habe ihr Geld erhalten. Die Revision meint, die Worte: "wenn diese Zwischenfinanzierung abgeschlossen ist", könnten nur bedeuten, daß die von der Beklagten gewährte Stundung erst ende, wenn die Klägerin die der Firma St[REDACTED] zu der Zwischenfinanzierung zur Verfügung gestellten Beträge zurückerhalten habe.

Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß die Worte: "wenn diese Zwischenfinanzierung abgeschlossen ist", die von der Revision angenommene Bedeutung gehabt hätten. Unter Zwischenfinanzierung ist jedenfalls im allgemeinen etwas anderes zu verstehen. Die Revision hält ihre Auffassung für die einzig mögliche, weil sonst die Aufrechnungsfor-

derung der Beklagten schon "bei Hingabe der Zwischenfinanzierung" fällig geworden wäre, und dies nicht der Sinn der Stundungsabrede gewesen sein könne. Der Ausgangspunkt dieser Überlegung ist falsch. Die Stundung sollte sicher nicht mit der Hingabe der für die Zwischenfinanzierung zur Verfügung gestellten Beträge hinfällig werden, sondern erst mit der Abwicklung des durch die Zwischenfinanzierung durchführbar gewordenen La M-Geschäfts.

2. Die Urkunde vom 2. Januar 1961 schob die Zahlungspflicht der Klägerin so lange auf, bis "durch Rückflüsse der Beträge, welche zur Zwischenfinanzierung eines St-Auftrags eingesetzt worden sind, die erforderlichen Mittel eingehen". Die für diesen Vertragsinhalt angetretenen Beweise brauchten nicht erhoben zu werden, da er sich schon aus der Urkunde ergibt. Wie im Laufe des Rechtsstreits unstreitig geworden ist, bezog sich diese Abrede auf die Beträge, die der Beklagten aus dem Linde-Geschäft zustanden und die die Firma St zur Zwischenfinanzierung des notleidenden La M-Geschäfts erhalten hatte. Die Beklagte behauptete, die Firma St habe der Klägerin diese Beträge wieder zurückgezahlt. Die Klägerin bestritt das, räumt aber ein, von der Firma St einen Betrag von 300.000 DM zurückgezahlt erhalten zu haben (Ziff. II 4 ihres Schriftsatzes vom 22. Juni 1965, S. 13 Bl. 117 d.A.). Dieser Betrag genügte, selbst wenn er den Parteien je zur Hälfte gehörte, bei weitem für den vom Berufungsgericht angenommenen Aufrechnungstatbestand.

3. Die Klägerin hat ihre Behauptung, die Beklagte habe ihre Forderung aus dem L-Geschäft so lange gestundet, bis die Firma St ihren beim I-Ge-

schäft infolge Fehlplanung der Beklagten erlittenen Verlust aufgeholt habe, nicht unter Beweis gestellt. Gegen diese Behauptung spricht zudem, daß die Beklagte in einer Stundungsabrede eine Schadensersatzpflicht anerkannt haben müßte, die sie auf das entschiedenste bestreitet. Auf die Beweisantritte dafür, daß man bei der Firma St[REDACTED] und der Klägerin den Standpunkt vertreten habe, der Beklagten stehe keine Forderung aus dem L[REDACTED]-Geschäft zu, weil sie der Firma St[REDACTED] durch schuldhaftes Fehlverhalten Schaden zugefügt habe, kommt es nicht an.

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Schulze

Stimpel