

Verkündet

am 6. Februar 1956

Jodas, 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 Helmut E [REDACTED] in D [REDACTED],
M [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Wider- und
Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
[REDACTED]

gegen

die Tuchfabrik B [REDACTED], Kommanditgesell-
schaft in Nördlingen, vertreten durch ihren
unbeschränkt haftenden Gesellschafter,
den Kaufmann Johannes Wilhelm B [REDACTED] in N [REDACTED],

Klägerin, Wider- und
Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 2. Februar 1956 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Artl und Dr. Haager für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am
30. September 1954 an Verkündungsstatt zugestellte
Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München mit dem Sitz in Augsburg im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben. als es über die Reisespesen
von 1.974,56 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 3. Juni

1953 entschieden hat.

Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz wird dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

..3..

Tatbestand:

Der Beklagte war vom April 1950 bis zum 30. Juni 1952 als Handelsvertreter der Klägerin tätig. Ihm oblag die Bearbeitung der Konsumgenossenschaften in Bayern südlich der Donau. Er betrieb außerdem ein Detailgeschäft für Strickwolle, die er von der Klägerin bezog.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung von 810 DM aus Kauf von Strickwolle und 142,42 DM Verzugszinsen sowie 10 % Zinsen von 810 DM seit dem 1. Dezember 1952. Der Beklagte hat die Klageforderung anerkannt, dagegen aber aufgerechnet. Er hat Widerklage erhoben und verlangt mit ihr:

- 1) 1.638,96 DM Restprovision,
- 2) 1.974,56 DM Reisespesen,
- 3) 4.499,17 DM Provision für Geschäfte der Klägerin mit der Konsumgenossenschaft Regensburg,
- 4) 371,25 DM Provision für einen Geschäftsabschluß der Klägerin mit der Firma I. & R. in Be.,
- 5) einen Buchauszug über Geschäfte der Klägerin mit Konsumgenossenschaften,
- 6) eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellte Vermittlungsgebühr für einen Abschluß der Klägerin mit der GEG in Hamburg.

Das Landgericht hat Teilurteil über den Klageanspruch und die Punkte 1) - 5) der Widerklage erlassen.

Zur Klage hat es den Beklagten antragsgemäß verurteilt und insoweit den Standpunkt vertreten, daß die Aufrechnung vertraglich unzulässig sei. Insoweit ist das Urteil rechtskräftig.



Es hat dem Beklagten die Reisespesen (1.974,56 DM), die Provision für das Geschäft mit L. [REDACTED] & R. [REDACTED] (371,25 DM) und von der Provision, die der Beklagte für Geschäfte mit der Konsumgenossenschaft Re. [REDACTED] verlangt, einen Teilbetrag von 694 DM zuerkannt. Im übrigen, also hinsichtlich 1.638,96 DM Restprovision, eines Teilbetrages von 3.805,17 DM Provision für Geschäfte mit der Konsumgenossenschaft Re. [REDACTED] und des verlangten Buchauszuges, hat es die Widerklage dagegen abgewiesen.

Beide Parteien haben das Urteil, soweit es sich zur Widerklage verhält, in dem Umfange ihres Unterliegens angefochten.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und die Widerklage bis auf einen Betrag von 371,25 DM ab- und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Widerklageantrag, soweit bisher über ihn entschieden, ihm aber nicht entsprochen worden ist, weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

1.) Den Anspruch auf die sogenannte Restprovision (1.638,96 DM) hält das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht für unbegründet.

Der Beklagte hat insoweit behauptet: Zunächst sei eine Provision von 7 % vereinbart gewesen. Diese Provision sei mit Wirkung vom 9. Juni 1950 auf 2 % herabgesetzt worden. Für die davor vermittelten Geschäfte zu einem Rechnungsbetrage von 124.873,30 DM habe er nur

7.102,17 DM Provision erhalten, während sich bei Zugrundelegung eines Provisionssatzes von 7 % eine Provision von 8.741,13 DM ergäbe, so daß noch 1.638,96 DM offen seien.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die zunächst mündlich getroffene Provisionsvereinbarung den Inhalt gehabt habe, daß der Beklagte eine Provision von 2 % desjenigen Preises, der im allgemeinen für Grossisten berechnet wurde (Grundpreis), und, soweit den Konsumgenossenschaften ein höherer Preis in Rechnung gestellt werden könne, auch noch diesen "Überpreis" erhalten sollte. Dieser Überpreis habe durchweg ca. 5 % des Gesamtpreises ausgemacht. Demzufolge habe der Beklagte in den Fällen, in denen kein Überpreis habe berechnet werden können, auch nur 2 % Provision gutgeschrieben erhalten, während er, falls dem Kunden der Überpreis berechnet worden sei, mit diesem Betrage und 2 % des Grundpreises erkannt worden sei. Diese mündliche Abmachung habe nur kurze Zeit durchgehalten werden können, da den Konsumgenossenschaften der sich auf diese Weise ergebende höhere Preis aufgefallen sei und sie nur den für Grossisten geltenden Preis hätten geben wollen. So erkläre sich, daß der Beklagte nur für 16 Geschäfte statt, wie von ihm beansprucht, für 34 Geschäfte den Überpreis gutgeschrieben erhalten habe. Wie im Schreiben der Klägerin vom 9. Juni 1950 niedergelegt, sei dann vereinbart worden, daß der Beklagte auf alle von ihm vermittelten Geschäfte unter Einschluß der Nachbestellungen 2 % der eingegangenen Nettobeträge habe bekommen sollen.

Die Revision wendet sich gegen die tatsächlichen Feststellungen über den Inhalt der bis zum 8. Juni 1950 gültigen Parteiabrede. Sie macht unter Bezugnahme auf den Schriftsatz des Beklagten vom 9.8.54 geltend: Der

Beklagte habe niemals Preise ausgehandelt oder ausschließlich ihm zukommende Überpreise zu erzielen versucht; er habe die Aufträge nur nach Menge und Farbe entgegengenommen und sie der Klägerin ebenso weitergegeben; das ergebe sich aus den Auftragsbestätigungen und seinem Auftragsbuch; 7 % Provision habe er auch aus den Geschäften erhalten, die der Komplementär der Klägerin selbst aus seinem Bezirk von Konsumgenossenschaften hereingeholt habe; auch eine rechnerische Nachprüfung ergebe nicht, daß ihm nur 2 % Provision und der erzielte Überpreis, nicht aber 7 % Provision zugestanden hätten.

Die Revision verkennt damit den Inhalt des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß der Beklagte einen Überpreis von 5 % erhalten sollte, wenn er ihn bei seinen Abschlüssen erziele, sondern, daß ihm der Überpreis gutzubringen war, falls er einer vom Beklagten gebrachten Konsumgenossenschaft durch die Klägerin berechnet werden konnte. Die Revision übersieht auch, daß die im Schriftsatz vom 9.8.54 angestellten Berechnungen keinesfalls ergeben, daß die Klägerin auch nur in einem einzigen Fall 7 % Provision gewährt hat. Der Beklagte räumt dort ein, daß sich bei den von ihm gegebenen Rechenbeispielen "unwesentliche Abweichungen" ergäben; er gibt aber keine Erklärung dafür, warum er eine nach seiner Meinung durchweg ungenaue Provisionsberechnung hingenommen hat. Die Revision übersieht weiter, daß die Klägerin unwidersprochen behauptet hat, für die einzelnen Wollarten seien ganz bestimmte Überpreise festgelegt gewesen, und daß sie an Hand dieser Preise gegenüber den Rechenbeispielen des Beklagten auf den Pfennig genau aufgezeigt hat, daß der Beklagte eben nicht 7 % Provision, sondern 2 % vom Grundpreis und den anfänglich den Konsumgenossenschaften berechneten Überpreis gutge-

schrieben bekam. Auf die Erwägungen und Beweisantritte des Schriftsatzes des Beklagten vom 9.8.54 kam es daher nicht an. § 286 ZPO ist entgegen der Ansicht der Revision nicht verletzt.

2.) Was die Reisespesen anbelangt, so hat der Beklagte behauptet, er habe sich mit einer Herabsetzung seiner Provision von 7 auf 2 % nur deshalb einverstanden erklärt, weil die Klägerin versprochen habe, ihm die Reisespesen zu vergüten. Das Berufungsgericht hält diese Behauptung für nicht bewiesen. In dem Schreiben vom 9. Juni 1950. in dem "das Wichtigste" der Parteiabreden zusammengefaßt sei, sei von dem Ersatz der Reisespesen, der unter die wichtigsten Abmachungen gehört haben würde, nicht die Rede. Der Beklagte habe sich mit Schreiben vom 11. Juni 1950 mit der Fassung der Abmachungen einverstanden erklärt und lediglich hinzugefügt, daß er auf einige von ihm gewünschte Ergänzungen noch zurückkommen wolle. Das sei jedoch nicht geschehen. Nach der Überzeugung des Berufungsgerichts würde der Beklagte bei einer so wesentlichen Vereinbarung, wie es der Ersatz der Reisespesen gewesen sei, ausdrücklich darauf hingewiesen haben, daß dieser Punkt vergessen worden sei. Die Tatsache, daß die Klägerin dem Beklagten am 11. Oktober 1950 1.017,15 IM Reisespesen gutgeschrieben habe, spreche nicht dafür, daß der Ersatz der Reisespesen vereinbart worden sei. Denn die Klägerin habe diese Gutschrift entgegenkommenderweise geleistet. Wie die persönliche Anhörung des Komplementärs der Klägerin ergeben habe, sei es in der Branche der Klägerin nicht üblich, neben einer Provision von 2 % auch noch Reisespesen zu zahlen. Die Annahme des Landgerichts, der Beklagte habe auf Ersatz der Reisespesen bestanden, weil er bei der Provision von 7 auf 2 % zurückgegangen sei, sei nicht zwingend. Der Beklagte habe nicht freiwillig auf

einen Teil seiner Provision verzichtet, sondern wohl oder übel den sogenannten Überpreis hergegeben und habe hierfür keinen Ausgleich durch Ersatz der Reisespesen beanspruchen können.

Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an. Sie rügt in diesem Zusammenhang, daß das Berufungsgericht die unter Beweis gestellte Behauptung des Beklagten übergangen hat, daß bei einem Prozentsatz von 2 % üblicherweise Reisespesen vergütet werden. Ist nämlich diese Behauptung richtig, ist also davon auszugehen, daß über die Vergütung von Reisespesen ein Handelsbrauch besteht, dann ist die Auslegung des Berufungsgerichts schon in ihrem Ausgangspunkt rechtlich fehlerhaft. Ein Handelsbrauch, der sich auf den Inhalt und den Umfang einer geschuldeten Leistung bezieht, ist im Zweifel als Inhalt eines Vertrages anzusehen. Nur dann, wenn die Parteien den Handelsbrauch ausdrücklich oder in schlüssiger Weise für den Inhalt ihrer Vertragsbeziehungen ausgeschlossen haben, kann er insoweit nicht herangezogen werden. Das Berufungsgericht hätte daher für den Fall, daß der von dem Beklagten behauptete Handelsbrauch bestehen sollte, bei der Auslegung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages so vorgehen müssen, daß es sich mit der Frage befaßte, ob sich unter Berücksichtigung besonderer von dem Kläger vorgetragener Umstände ein Anhaltspunkt dafür ergibt, daß die Parteien hier den Handelsbrauch in schlüssiger Weise als Gegenstand ihres Vertrages ausgeschlossen haben. Beim Vorliegen eines Handelsbrauchs wäre es also nicht notwendig gewesen, eine besondere Bestimmung über die Vergütung der Reisespesen in die schriftliche Formulierung der getroffenen Abmachungen aufzunehmen; im Gegenteil, in diesem Fall hätte viel eher ein begründeter Anlaß dafür bestanden, den Ausschluß des Handelsbrauchs in dieser Formulierung besonders zu erwähnen.

113

Wegen dieses rechtlichen Fehlers bei der Auslegung der zwischen den Parteien geltenden Vertragsbestimmungen ist das Berufungsurteil in diesem Punkt aufzuheben und die Sache insoweit zurückzuweisen, damit das Berufungsgericht Gelegenheit bekommt, zu prüfen, ob die Parteien von dem behaupteten Handelsbrauch tatsächlich abgewichen sind oder ob sie über die Reisekosten keine Abrede getroffen haben und die Vereinbarung eines Provisionssatzes von 2 % kraft Handelsbrauchs den Inhalt hat, daß bei einer solchen Provision die Reisekosten besonders zu vergüten sind.

3.) Der Beklagte hat den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges auf die Behauptung gestützt, Konsumgenossenschaften, die er der Klägerin gebracht habe, hätten während der Dauer seines Vertragsverhältnisses zur Klägerin von dieser auch kommissionsweise Wolle übernommen. Die Klägerin habe ihm für diese Geschäfte nur von denjenigen Rechnungsbeträgen eine Provision gegeben, die bis zum 30. Juni 1952 bezahlt worden seien. Da aber alle Nachbestellungen vereinbarungsgemäß hätten provisionspflichtig sein sollen, habe ihm für die ganze in Kommission gegebene Wolle Provision gutgebracht werden müssen.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin den Konsumgenossenschaften größere Warenposten zur Verfügung stellte und daß die Genossenschaften dann nach Bedarf Bestellungen aufgaben, die aus diesen Posten genommen wurden. Das Berufungsgericht wertet diese Geschäfte als Kommissionsgeschäfte und hält davon nur die endgültig übernommene Ware für provisionspflichtig.

Die Revision meint, es habe sich um durch Abruf bedingte oder durch Nichtabruf auflösend bedingte Käufe gehandelt, so daß bereits mit ihrem Abschluß und nicht

erst mit ihrer Ausführung eine Provisionspflicht entstanden sei. Sie trägt vor, die Konsumgenossenschaften hätten die Aufgaben eines Kommissionärs nicht übernehmen, sondern die Ware auf Abruf kaufen wollen.

Beim Kauf auf Abruf wird der Kauf nicht bedingt, sondern unbedingt geschlossen. Soll ein Kauf durch Abruf bedingt sein, so liegt bis zum Abruf noch kein provisionspflichtiges Geschäft vor, da hier der Kauf vor Eintritt der Bedingung noch gar nicht wirksam ist. Ein durch Nichtabruf auflösend bedingter Kauf steht dem Kauf mit Rücktrittsvorbehalt gleich; er ist so ungewöhnlich, daß er eindeutig behauptet und unter Beweis gestellt werden muß. Daran hat es der Beklagte fehlen lassen. Er hat vielmehr selbst von Kommissionslieferungen und von Kontingenten, die sich die Konsumgenossenschaften gesichert hätten, gesprochen. Das Schreiben der Klägerin vom 3. Januar 1952 an die Konsumgenossenschaft La [REDACTED], auf das sich der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 27.3.54 gestützt hat, spricht zwar von Abruf, aber nicht von einem bereits geschlossenen Kauf, sondern von einem erteilten Auftrag, für den die geplante Wolle inzwischen gesponnen, aber die Farbeinteilung noch nicht bestimmt sei und von dem die Genossenschaft nur 105 kg abgerufen habe, so daß die Klägerin mit einem Saldo von 4.895 kg Handstrickwolle ins neue Jahr gehe und darum bitten müsse, sich nunmehr über Farbeinteilung und Abnahme der Wolle zu entscheiden. Gleichviel wie man einen solchen Vertrag rechtlich einzuordnen hat, kann er im Verhältnis zum Vermittler keinesfalls als ein bereits provisionspflichtiges Geschäft angesehen werden. Das Berufungsurteil ist daher in diesem Punkte mindestens im Ergebnis richtig.

4.) Für die Geschäfte der Klägerin mit der Konsumgenossenschaft Regensburg verlangt der Kläger 4.499,17 DM

Provision. Unstreitig hat die Klägerin in der irrigen Annahme, daß Re [REDACTED] nördlich der Donau liege, diese Stadt einem anderen Vertreter zugeteilt. Die Klägerin hat deshalb dem Beklagten mit Schreiben vom 27. Mai 1950 versprochen, ihn durch Abzweigung eines anderen Platzes zu entschädigen. Das ist nicht geschehen. Der Beklagte verlangt daher als Schadensersatz denjenigen Betrag, den er nach den Provisionsvereinbarungen auf Grund der von der Klägerin mitgeteilten Umsätze mit der Konsumgenossenschaft Re [REDACTED] erzielt haben würde. Das seien in der Zeit bis zum 8. Juni 1950 7 % von 12.177,00 DM = 852,39 DM und für die Zeit bis zum Vertragsende 2 % von 182.339,00 DM = 3.646,78 DM.

Das Landgericht meint, der Kläger könne für die Zeit ab 9. Juni 1950 keine Entschädigung verlangen, da ihm in der im Schreiben vom 9. Juni 1950 niedergelegten Vereinbarung kein Ersatzort zugewiesen worden sei und er das stillschweigend übergangen habe. Für die Zeit bis zum 8. Juni 1950 ständen ihm nicht 7 %, sondern nur derjenige Satz zu, den er bei seinen eigenen Geschäften in dieser Zeit durchschnittlich gehabt habe, und das seien 5,7 % (= 694 DM).

Das Berufungsgericht meint, der Beklagte habe auf seinen Anspruch aus Geschäften mit der Konsumgenossenschaft Regensburg dadurch verzichtet, daß er mit dem Versprechen der Zuweisung eines Ersatzorts einverstanden gewesen sei. Die Klägerin habe zwar ihre Verpflichtung, einen Ersatzort zuzuteilen, nicht erfüllt. Aber hieraus könne der Beklagte die Klägerin nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nehmen, da er sie nicht gemahnt und ihr auch keine Nachfrist gemäß § 326 BGB gesetzt habe. Deshalb ständen dem Beklagten weder die ihm bereits vom Land-

gericht aberkannten 3.805,17 DM noch die ihm vom Landgericht für die Zeit bis zum 8. Juni 1950 zuerkannten 694 DM zu.

Rechtlich ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht annimmt, der Beklagte habe auf seine Vertragsrechte dadurch verzichtet, daß er sich auf die Zusage der Klägerin einließ, ihm an Stelle von Re [REDACTED] einen anderen Platz zuzuweisen. Auf dieses Versprechen ist aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht § 326 BGB anwendbar, da es keine Verpflichtung aus einem gegenseitigen Verträge darstellt. In ihm verpflichtete sich die Klägerin zur Entschädigung des Beklagten dafür, daß sie Re [REDACTED] bereits vergeben hatte, und daher nicht mehr dem Beklagten zuteilen konnte. Der Schadensersatz sollte in Form der Zuteilung eines Ersatzorts geleistet werden. Die schuldhafte Nichterfüllung dieses Entschädigungsversprechens verpflichtete die Klägerin ohne Mahnung und Nachfristsetzung zum Schadensersatz. Der Umfang dieses Schadensersatzes hing davon ab, wieviel Provision der Beklagte an dem Ersatzort hätte erarbeiten können. Dieser Umstand verpflichtete den Beklagten, darauf zu dringen, daß ihm ein Ersatzort zugewiesen wurde. In dieser Richtung hat er jedoch überhaupt nichts getan, wie der Feststellung des Berufungsgerichts, daß er nicht gemahnt habe, zu entnehmen ist. Er hat damit zu erkennen gegeben, daß er auf die Erfüllung des Entschädigungsversprechens, die ihm ja mehr Arbeit brachte, keinen Wert legte. Deshalb kann er die Klägerin auch nicht auf Schadensersatz aus der Nichterfüllung ihres Entschädigungsversprechens in Anspruch nehmen.

Das Berufungsurteil erweist sich daher in diesem Punkte wenigstens im Ergebnis als richtig.

5.) Die Gerichtskasse in München hat durch Beschluß des Amtsgerichts in München vom 22.11.55 - KÜB I 240/54 - die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen. Das wird das Berufungsgericht bei der anderweiten Entscheidung zu beachten haben.

Die Pfändung erfaßt auch den Widerklageanspruch über 371,25 DM nebst Zinsen, wenn nicht die Klägerin hiergegen mit dem Klageanspruch bereits aufgerechnet hat oder noch aufrechnet. Da die Verurteilung der Klägerin zu diesem Betrage nicht angegriffen, also bereits rechtskräftig geworden ist, konnte die Pfändung im Urteilspruch nicht mehr berücksichtigt werden.

6.) Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht vorzubehalten, da sie vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Canter
zugleich für den
beurlaubten
BR. Dr. Haager

Dr. Fischer Dr. Kuhn Artl