

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES VERSÄUMNIS -

VIII ZR 105/65

URTEIL

Verkündet am
22. März 1967
Klett,
Justizhauptssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Clara W. [REDACTED], Inhaberin eines Pelzgroß-
handels in K. [REDACTED], U. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kürschnermeister Peter D. [REDACTED] in K. [REDACTED], K. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier für Recht erkannt:

I. Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 25. November 1964 wird zurückgewiesen.

II. Auf die Anschlußrevision des Klägers wird unter Zurückweisung im übrigen das bezeichnete Urteil dahin geändert:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen der Kläger verurteilt, an die Beklagte über die im Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 25. April 1962 zuerkannten 2 789,16 DM und über die durch Teilanerkennnisurteil des Berufungsgerichts vom 28. Oktober 1964 zugesprochenen 10 629,43 IM hinaus weitere 3 933,64 DM an die Beklagte nebst 4 % Zinsen von 2 789,16 DM seit 1. September 1961 und von 14 563,07 DM seit 3. November 1961 zu zahlen.

Der weitergehende Widerklageanspruch wird abgewiesen.

2. Die Anschlußberufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des ersten Rechtszuges

haben der Kläger 3/4, die Beklagte 1/4 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen dem Kläger zu 2/17, der Beklagten zu 15/17 zur Last. Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger 2/5 und die Beklagte 3/5 zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Kürschnermeister, die Beklagte Rauchwarengroßhändlerin und zugleich Vertreterin anderer Rauchwarengroßhändler, u.a. der Frankfurter Firma K [REDACTED] und W [REDACTED]. Als diese nicht mehr bereit war, dem Kläger wie bisher die gewünschten Zahlungsziele einzuräumen, vereinbarten die Parteien im April 1959 auf der Frankfurter Rauchwarenmesse, daß die Beklagte künftig den Kläger unmittelbar auf eigene Rechnung beliefern und ihm hierbei längere Zahlungsziele einräumen werde. Bis zum August 1961 bezog der Kläger daraufhin von der Beklagten Rauchwaren, für die sie ihm insgesamt 106 789 DM in Rechnung stellte. Der Kläger leistete hierauf Zahlungen in einer Gesamthöhe von 85 698 DM. Die Bezahlung des Restes verweigerte er mit der Begründung, die Parteien hätten sich im April 1959



auch darüber geeinigt, daß die Beklagte ihm nur ihren Einstandspreis zuzüglich eines Aufschlags von 17 % berechnen dürfe; da sie in Wirklichkeit wesentlich höhere Preise verlangt habe, habe sie von ihm nichts mehr zu fordern.

Im Prozeß hat der Kläger von der Beklagten Rechnungslegung über die Höhe der Wareneingangssumme der gelieferten Rauchwaren verlangt und außerdem beantragt festzustellen, daß er der Beklagten für ihre Lieferungen nichts mehr schulde.

Die Beklagte hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, den Kläger zur Zahlung von 23 880,16 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Sie hat die behauptete Preisvereinbarung bestritten und ergänzend ausgeführt, der Kläger schulde ihr aus Darlehen, an Diskontspesen und für sonstige Auslagen weitere 2 789,16 DM. Aus diesem Botrage, zuzüglich der Kaufpreise für die gelieferten Waren, ergebe sich nach Abzug der vom Kläger geleisteten Zahlungen die Widerklagesumme.

Beide Parteien haben nach Erhebung der Widerklage die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt. Das Landgericht hat den Kläger zur Zahlung von 2 789,16 DM verurteilt. Die Beklagte hat Berufung, der Kläger Anschlußberufung eingelegt. Mit Anerkenntnisurteil vom 28. Oktober 1964 hat das Oberlandesgericht der Beklagten weitere 10 629,43 DM zugesprochen. Durch das angefochtene Urteil hat es unter Zurückweisung der Widerklage im übrigen den Kläger schließlich zur Zahlung weiterer 4 449,02 DM und zur Zahlung von Zinsen aus den gesamten der Klägerin in beiden Instanzen zugesprochenen Beträgen verurteilt.

Mit der Revision wollte die Beklagte ihren abgewiesenen Zahlungsanspruch weiter verfolgen. In der mündlichen Verhandlung war sie nicht vertreten. Der Kläger hat beantragt, die Revision durch Versäumnisurteil zurückzuweisen. Mit der Anschlußrevision erstrebt er die Abweisung der Widerklage, soweit der Beklagten mehr als der Betrag seines in zweiter Instanz abgegebenen Anerkenntnisses, nämlich 13 418,59 DM, zugesprochen worden sind.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Revision.

Die Revision der Beklagten, die sich gegen die Teilabweisung ihres Zahlungsanspruchs richtet, ist zulässig. Die Beklagte war jedoch im Termin zur mündlichen Verhandlung, zu dem sie ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen worden war, nicht vertreten. Auf Antrag des Klägers war die Revision deshalb durch Versäumnisurteil nach §§ 557, 330 ZPO zurückzuweisen.

II. Zur Anschlußrevision.

1. Der Kläger hält es für rechtlich bedenklich, daß das Berufungsgericht die Geschäftsbeziehungen der Parteien als Kaufverträge gewürdigt hat. In Wirklichkeit liege, so meint sie, ein Kommissionsvertrag vor. Die Beklagte habe ihm daher alle Vorteile aus den in Ausführung des Kommissionsvertrages geschlossenen Geschäften herausgeben müssen. Händlererrabatte und offene oder

verdeckte Barrabatte hätten daher im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Beklagten, sondern ihm zugute kommen müssen.

Das Berufungsgericht hat die von den Parteien in der Zeit von April 1959 bis August 1961 abgeschlossenen und ausgeführten Geschäfte ohne nähere Begründung als Kaufverträge behandelt und sich mit der Frage, ob nicht möglicherweise die Anwendung der Vorschriften über das Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff HGB) in Betracht kam, nicht auseinandergesetzt. Darin liegt indessen kein Rechtsfehler. Beide Parteien sind während des gesamten Rechtsstreits stets und übereinstimmend davon ausgegangen, daß der Kläger die von der Beklagten gelieferten Rauchwaren gekauft und daß er demgemäß einen Kaufpreis zu entrichten habe. Streittig war allein die Höhe dieses Preises. Außerdem ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils die Beklagte ausdrücklich als Großhändlerin bezeichnet. Diese Feststellung ist von der Revision nicht angegriffen worden. Unter diesen Umständen lag die tatrichterliche Würdigung der Geschäfte der Parteien als Kaufverträge nahe, und eine Prüfung, ob es bei der Lieferung der Pelze und Felle sich nicht um die Ausführung von Kommissionsverträgen handelte, war nicht geboten.

Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz gelegentlich die Beklagte als Kommissionär bezeichnet hat, betrachtete er sie als Verkaufskommissionär seiner früheren Lieferanten. Davon, daß die Beklagte für ihn als Einkaufskommissionär tätig geworden sei, war in den Vorinstanzen nie die Rede. Wenn auch nicht entscheidend ist, wie die Parteien bei Vertragsschluß oder im Rechtsstreit

das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis bezeichnen, so ist ihre Auffassung doch jedenfalls dann von Bedeutung, wenn auch die sonstigen Umstände dafür sprechen, daß ihre rechtliche Beurteilung zutrifft.

Die Anschlußrevision meint zwar unter Hinweis auf die Ausführungen bei Staudinger/Ostler (BGB 11. Aufl. Vorbem. Nr. 9 vor § 433), für einen Kommissionsvertrag spreche, daß kein fester Kaufpreis vereinbart, der Preis vielmehr unterteilt worden sei in Einstandspreis zuzüglich 5 % Vertreterprovision, 5 % Händlerrabatt und 7 % Bankspesen.

Damit wird die Anschlußrevision jedoch den unstreitigen Tatsachen nicht gerecht. Die Beklagte hat wiederholt vorgetragen, die Veräußerung der Rauchwaren habe sich in der Form abgespielt, daß der Kläger bei ihr die Ware ausgesucht habe, daß der Preis vereinbart, nach Lieferung in Rechnung gestellt und später - jedenfalls bis zu Beginn der im vorliegenden Rechtsstreit zu entscheidenden Zwistigkeiten - auch bezahlt worden sei. Der Kläger hat dem nicht widersprochen. Damit steht aber fest, daß entgegen der jetzt von der Anschlußrevision vertretenen Auffassung für jede einzelne Lieferung feste Preise vereinbart worden sind, die nach der vom Berufungsgericht festgestellten Abrede der Parteien auf der Grundlage eines Aufschlags von 17 % zum Einstandspreis der Beklagten zu berechnen waren. Im Gegensatz zur Ansicht der Anschlußrevision sprechen somit gerade die jeweiligen Preisabreden der Parteien dafür, daß es sich um Kaufverträge und nicht um die Ausführung von Einkaufskommissionsverträgen handelte.

Der Umstand, daß in dem Preis der Beklagten 5 % Vertreterprovision enthalten waren, steht dem nicht entgegen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß es sich dabei um eine falsche Bezeichnung der der Beklagten als Einkaufskommissionär zustehenden Provision (§ 396 HGB) handelte. Vielmehr diente die Aufgliederung des Aufschlags ersichtlich zu nichts anderem, als die Höhe der vereinbarten 17 % zu motivieren. Wenn der Kläger, wie vorgesehen, nicht mehr bei der Großhandlung bezog, deren Vertreterin die Beklagte war, verlor diese ihre durchschnittlich etwa 5 % betragende Vertreterprovision. Es lag deshalb nahe, bei der Ermittlung des vereinbarten Preisaufschlags einen entsprechenden Anteil für diese ihr entgehende Einnahme zu berücksichtigen.

Die Anschlußrevision meint, der Wortlaut der Vereinbarung deute auf ein Kommissionsgeschäft hin, weil danach die Rauchwaren nicht von der Beklagten, sondern über die Beklagte bezogen worden seien. Der Wortlaut der Vereinbarung steht indessen nicht fest, sondern nur ihr Inhalt, den das Berufungsgericht aufgrund der Aussagen der Zeugen D. [REDACTED] und R. [REDACTED] festgestellt hat. Lediglich der die Streitigkeiten der Parteien einleitende Brief des Klägers vom 8. Juli 1961 spricht davon, daß die Rauchwaren über die Beklagte gekauft worden seien. Bei der gegebenen Sachlage läßt sich hieraus jedoch nichts Entscheidendes zugunsten der Anschlußrevision gewinnen; denn diese Formulierung berücksichtigt lediglich zutreffend die Tatsache, daß die Beklagte als Lieferantin der Pelze derjenigen Großhandlungen aufgetreten war, die früher, vertreten durch die Beklagte, direkt an den Kläger geliefert hat.

Schließlich spricht sogar gegen die Annahme von Kommissionsgeschäften, daß nicht nur keine Auskunftspflicht der Beklagten vereinbart worden ist, sondern daß der Kläger während der gesamten Lieferzeit niemals Auskünfte über die Ausführungsgeschäfte, die die Beklagte nach seiner heutigen Auffassung getätigt haben soll, verlangt hat. Soweit er nach seiner Behauptung zweimal die Preise als überhöht beanstandet hat, ist es dabei geblieben. Er hat aber nicht etwa Aufschluß über den Einkauf der Beklagten verlangt, um daraus ersehen zu können, was an ihn herauszugeben war, und was - gegebenenfalls - der Beklagten als Provision zustand (§§ 383, 396 HGB).

2. Ist danach die Auffassung des Berufungsgerichts, die Lieferungen der Beklagten seien aufgrund von Kaufverträgen erfolgt, frei von Rechtsirrtum, so ist nicht einzusehen, warum, wie die Anschlußrevision meint, auf diese Verträge deshalb das Recht des Kommissionsvertrages entsprechend anzuwenden sein soll, weil der Kaufpreis hier durch einen Zuschlag bestimmt worden ist, den die Parteien in Höhe des vereinbarten Prozentsatzes festgelegt haben. Ein Kaufpreis kann sehr wohl in der Weise vereinbart werden, daß zu dem Einstandspreis des Verkäufers ein Zuschlag als Entgelt für die jedem Handelsgeschäft innewohnende Vermittlertätigkeit bewilligt wird (RGZ 101, 380).

3. Die Parteien sind im Rechtsstreit übereinstimmend davon ausgegangen, daß zu dem Einstandspreis der Beklagten, aus dem der Aufschlag von 17 % zu errechnen war, die Gebühr hinzugerechnet werden mußte, die die Beklagte für ihren Vermittler (fälschlich Kommissionär genannt) zu zahlen hatte. In seinem ersten Gutachten vom

21. Februar 1963 war der Sachverständige, Steuerberater M■■■■■, irrtümlich davon ausgegangen, daß die Beklagte für jede Rauchwarenlieferung eine Vermittlergebühr habe zahlen müssen. In seinem zweiten Gutachten vom 30. Januar 1964 hat er dagegen zutreffend nur diejenigen Vermittlergebühren berücksichtigt, die der Beklagten laut vorgelegten Rechnungen tatsächlich berechnet worden sind. Zu dem sich hiernach ergebenden Botrage von 1 129,40 DM hat das Berufungsgericht noch die 364,50 DM aus der Rechnung vom 9. Oktober 1959 und 76 DM aus der Rechnung vom 5. April 1960 hinzugeschlagen. Das beanstandet die Anschlußrevision im Ergebnis mit Recht. Denn aus dem Zusammenhang der Nr. IV und V 5. und 6. des Gutachtens vom 30. Januar 1964 ergibt sich zweifelsfrei, daß der Sachverständige in die Summe von 1 129,40 DM alle durch Rechnungen belegten Vermittlergebühren, also auch die vom Berufungsgericht zusätzlich berücksichtigten, aufgenommen hat. Die vom Berufungsgericht errechnete Einstandssumme aller Lieferungen der Beklagten mit 86 133,72 DM ist also um 440,50 DM zu kürzen. Das ergibt 85 693,22 LM. Der hieraus zu errechnende Aufschlag von 17 % beträgt 14 567,85 DM.

Danach beläuft sich die Summe der Kaufpreise aus allen Lieferungen der Beklagten auf 100 261,07 DM.

Hinzu kommt die unstreitige Forderung aus Darlehen, Diskontspesen und Auslagen mit 2 789,16 DM.

Zusammen ergibt das 103 050,23 DM.

Hierauf hat der Kläger vor dem Rechtsstreit 85 698,00 DM gezahlt, so daß er noch schuldet 17 352,23 DM.

Da das Berufungsgericht der Berechnung des Urteilsbetrages eine geschuldete Summe von 17 867,61 DM zugrunde ge-

legt hat, war das angefochtene Urteil auf die Anschlußrevision des Klägers entsprechend zu ändern.

4. Zu Unrecht bemängelt die Anschlußrevision, daß das Berufungsgericht der Beklagten Zinsen aus der Forderung aus Warenlieferungen seit Rechtshängigkeit der Widerklage zugesprochen hat. Diese Zinspflicht ergibt sich aus § 291 BGB. Daß die Schuld bei Rechtshängigkeit noch nicht fällig gewesen sei, weil die Beklagte es abgelehnt habe, Rechnung zu legen, kann nicht anerkannt werden. Eine Pflicht der Beklagten zur Rechnungslegung haben die Parteien nicht vereinbart.

5. Mit Recht beanstandet die Anschlußrevision aber die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts. Die Beklagte war beweispflichtig dafür, daß sie die Preisvereinbarung von Frühjahr 1959 eingehalten, also nicht mehr als 17 % Aufschlag auf ihren Einstandspreis genommen hat. Nachdem die Beweisaufnahme im ersten Rechtszuge über die Frage, ob diese bestrittene Vereinbarung getroffen worden war, zu ihren Ungunsten ausgegangen war, hätte sie für ihre Behauptung, sie habe nie mehr als 17 % Aufschlag verlangt, Beweis antreten müssen. Hierauf ist sie durch Beschluß des Landgerichts vom 9. März 1962 auch ausdrücklich hingewiesen worden. Sie hat diesen Beweis gleichwohl erst in zweiter Instanz angetreten und aufgrund der danach durchgeführten Beweisaufnahme schließlich in dem aus dem Urteil des Senats ersichtlichen Umfange obsiegt. Sie wäre aber, was keiner weiteren Erörterung bedarf, schon in erster Instanz in der Lage gewesen, anzubieten, ihre Preisgestaltung durch einen Sachverständigen nachprüfen zu lassen, der Zugang zu ihren Geschäftsunterlagen hatte. Die

Beklagte muß daher, soweit sie gegenüber dem ersten Rechtszuge aufgrund der Beweisaufnahme in zweiter Instanz Erfolg gehabt hat, nach § 97 Abs. 2 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens tragen. Daran ändert auch nichts, daß nach §§ 144, 272 b Abs. 2 Nr. 5 ZPO das Berufungsgericht von sich aus einen Sachverständigen zuziehen konnte. Denn hier konnte der Sachverständige mit Aussicht auf Erfolg nur tätig werden, wenn die Beklagte bereit war, ihm ihre Geschäftsunterlagen zur Verfügung zu stellen. Das hat sie aber erst im zweiten Rechtszuge getan.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ergibt sich aus § 92 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier

51

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 105/65

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Clara W [REDACTED], Inhaberin eines Pelzgroßhandels
in K [REDACTED], U [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kürschnermeister Peter D [REDACTED] in K [REDACTED], E [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

27

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in
der Sitzung vom 24. Mai 1967 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Mezger,
Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

beschlossen:

In den Entscheidungsgründen des Urteils vom
22. März 1967 wird wegen offenkundiger Unrichtig-
keit (§ 319 ZPO) auf Seite 12 Zeile 5/6 das
Wort

"Berufungsgericht"

durch das Wort

"Landgericht"

ersetzt.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier