

BUNDESGERICHTSHOF

13

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 106/90

URTEIL

Verkündet am:
27. Februar 1991
Hochstein,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rainer L [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], P [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Evelyne H [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED] W [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Paulusch, Groß und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. Februar 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber einer Fabrik für Goldwaren, Juwelenschmuck und Uhren. Die Beklagte handelt mit Schmuck, den sie vornehmlich an Bekannte und deren Bekannte verkauft. Über ein Ladenlokal verfügt sie nicht.

Während der Münchener Uhren- und Juwelentage 1988 bat sie am Messestand des Klägers um die Vereinbarung eines "Vorlagetermins". Dieser fand am 13. Oktober 1988 statt. Dabei füllte der Kläger einen - von der Beklagten nicht unterzeichneten - "Auftrag" über drei Colliers, zwei Armbänder, drei Collier-Etuis und zwei Armband-Etuis - jeweils mit Preisangabe - aus. In dem für Zahlungsstermine vorgesehenen Feld ist vermerkt: "Ende Februar 89, am 28.02. ./ . 5 % Skonto, am 31.03. rein netto Kasse".

Am 4. November 1988 lieferte der Kläger die Schmuckstücke nebst Etuis und stellte sie der Beklagten mit insgesamt 40.505,98 DM in Rechnung. Durch Schreiben vom 4. Januar 1989 teilte die Beklagte dem Kläger mit, daß sie die "als Kommissionsware" übernommenen Schmuckstücke nicht habe verkaufen können. Am 9. Januar 1989 schickte sie diese und die Etuis an den Kläger zurück. Dessen Verlangen, sie (wieder) abzunehmen, lehnte sie ab.

Daraufhin hat der Kläger sie mit der vorliegenden Klage auf Zahlung von 40.505,98 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen



Übereignung der zurückgegebenen Gegenstände in Anspruch genommen und die Feststellung begehrt, daß die Beklagte sich seit dem 1. April 1989 in Annahmeverzug befinde. Er hat behauptet, die Schmuckstücke und Etuis seien am 13. Oktober 1988 von der Beklagten gekauft worden. Diese hat demgegenüber vorgebracht, zwischen den Parteien sei kein Kaufvertrag, sondern ein Kommissionsgeschäft abgeschlossen worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt er sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Landgericht, auf dessen zutreffende Begründung Bezug genommen werde, habe zu Recht festgestellt, daß der Kläger den ihm obliegenden Nachweis für den Abschluß eines "üblichen" Kaufvertrages nicht habe erbringen können. Bei den vorliegenden Umständen - "dem Beginn des Geschäfts durch die Beklagte erst im Mai 1988, kein Vorhandensein eines Ladengeschäfts, Reklame nur durch Flüsterpropaganda und zwei Schaukästen in Hotels mit unregelmäßiger Kundenfolge, Jahresumsatz von nur etwa DM 45.000 für 1989 ohne steuerlichen Gewinn" - könne nämlich nicht ohne weiteres von einem "Festkauf" ausgegangen werden.

Zu demselben Ergebnis führe die Annahme eines versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB), den die Beklagte ebenfalls vortrage. Außer auf Kommission habe sie die Ware schon wegen der aufgezeigten wirtschaftlichen Umstände, die dem Kläger weithin auch bekannt gewesen seien, nicht "erwerben" können. "Ein Vertrag" sei "dann nicht zustande gekommen".

II. Mit dieser Begründung hält das angefochtene Urteil der rechtlichen Nachprüfung und den Revisionsangriffen nicht stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Kläger darlegungs- und beweispflichtig für das Zustandekommen eines Kaufvertrages gemäß § 433 Abs. 1 BGB ist. Das Vorbringen der Beklagten, die Parteien hätten eine Kommissionsvereinbarung getroffen, ist Leugnen des Klagegrundes "Kauf".

2. Es begegnet auch keinen durchgreifenden Bedenken, daß die Vorinstanzen mangels einer das abgeschlossene Rechtsgeschäft kennzeichnenden urkundlichen Erklärung zu dem Ergebnis gelangt sind, der "Auftrag" vom 13. Oktober 1988, die Rechnung vom 4. November 1988, die Einräumung eines Zahlungszieles und die auf der Rückseite des "Auftrags" abgedruckten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, in denen unter Nr. 1 und 5 von "verkaufter Ware" die Rede ist, reichen allein nicht aus, mit der für die Überzeugungsbildung erforderlichen Wahrscheinlichkeit das Zustandekommen eines Kaufvertrages bejahen und eines Kommissionsgeschäfts verneinen zu können. Der gegenteilige Standpunkt der Revision ist nicht gerechtfertigt.

a) Soweit sie meint, es sei bereits deshalb von einem Kauf auszugehen, weil in den Vertragsinhalt gewordenen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Klägers von "verkaufter Ware", nicht aber von einer Kommissionsvereinbarung die Rede sei, kann dem schon im Hinblick auf das vom Kläger mit der Berufungsbegründung überreichte "Abrechnungsbeispiel bezüglich einer Kommissions-Auswahl" nicht gefolgt werden. Dieses Beispiel, bei dem es sich um die Überlassung einer Kommissionsauswahl an einen Juwelier handelt, ist auf einem Formular niedergelegt, das genau mit dem für den hier streitigen "Auftrag" vom 13. Oktober 1988 verwendeten übereinstimmt. Es verweist insbesondere auch auf die "umseitigen" Lieferungs- und Zahlungsbedingungen. Diese sind auf der vorgelegten Fotokopie des "Abrechnungsbeispiels" zwar nicht mit abge-lichtet. Da aber der Kläger in der Berufungsbegründung selbst vorgetragen hat, die Ausgestaltung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei gänzlich auf Kaufverträge zugeschnitten, muß angenommen werden, daß die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, auf die in dem "Kommissions-Beispiel" formularmäßig Bezug genommen wurde, mit den auf der Rückseite des "Auftrags" vom 13. Oktober 1988 abgedruckten identisch sind, der Kläger diese Bedingungen also unterschiedslos bei Kauf- und Kommissionsgeschäften verwendet und daher die in ihnen gebrauchte Formulierung "verkaufte Ware" keinen sicheren Rückschluß auf die Art des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zuläßt.

b) Mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem vom Kläger vorgelegten "Kommissionsbeispiel" auseinandergesetzt und sei daher unter Verstoß gegen § 286 ZPO über wesentlichen Prozeßstoff hinweggegangen, will die Revi-

sion offensichtlich geltend machen, daß der "Auftrag" vom 13. Oktober 1989 den aus dem Kommissionsbeispiel ersichtlichen Abrechnungsmodus ("Abrechnung: durch Verkaufsmeldung jeweils zum Monatsende", "den Rückruf einzelner Stücke behalten wir uns vor") und die dort vereinbarte zeitliche Befristung der Warenüberlassung nicht enthalte, und daraus den Schluß ziehen, der "Auftrag" vom 13. Oktober 1988 lege, was das Berufungsgericht übersehen habe, die Annahme eines Kaufes nahe.

Ein solcher Schluß ist indessen schon deshalb nicht zwingend, so daß das angefochtene Urteil auch nicht auf dem gerügten Verfahrensverstoß beruht, weil das Kommissionsbeispiel vom 28. Juni 1989 stammt, mithin gefertigt wurde, nachdem es zu dem vorliegenden Streit der Parteien gekommen war, und der Kläger nicht dargetan hat, daß er auch vor dem 13. Oktober 1988 bei Kommissionsgeschäften stets entsprechend dem Beispiel vom 28. Juni 1989 verfahren ist. Hinzu kommt, daß sich der Inhalt des streitigen Rechtsgeschäfts nicht urkundlich und damit nicht mit der Vermutung der Vollständigkeit aus dem am 13. Oktober 1988 ausgefüllten Formular ergibt. Dieses ist nicht unterzeichnet, der "Auftrag", über dessen Inhalt im entscheidenden Punkt, nämlich ob Kauf oder - wie die Beklagte behauptet - ausdrücklich Kommission vereinbart wurde, also mündlich zustande gekommen.

Schon aus diesen Gründen greift auch die weitere Revisionsrüge nicht durch, das Berufungsgericht habe die unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers übergangen, bei dem Kommissionsbeispiel vom 28. Juni 1989 handle es sich um eine brachentypische Abrechnung bei Kommissionsgeschäften.

c) Vergeblich beruft sich die Revision ferner darauf, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Klägers nicht berücksichtigt, daß die Beklagte in der Zeit zwischen dem 14. und 17. Oktober bei der Firma des Klägers angerufen und die Lieferung der "bestellten Colliers und Armbänder in Etuis" verlangt habe. Diese Äußerung stellt entgegen der Ansicht der Revision kein "klares" Indiz gegen eine Kommissionsvereinbarung dar. Auch bei einer solchen war das Lieferbegehren verständlich und sinnvoll. Der Kommissionär kann ebenso wie ein Zwischenhändler daran interessiert sein, die geordnete Ware in der Hand zu haben, um sie veräußern zu können.

d) Der Revision ist auch nicht zu folgen, soweit sie meint, die Vereinbarung eines Zahlungsziels, wie es in dem "Auftrag" vom 13. Oktober 1988 festgehalten sei, habe nur einen Sinn, wenn sie im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Kaufvertrags getroffen werde. Die vom Berufungsgericht gebilligte Auffassung des Landgerichts, die Beklagte habe für die Einräumung des Zahlungsziels die - auch bei einem Kommissionsgeschäft - schlüssige Erklärung gegeben, das Zahlungsziel sei ihr gewährt worden, damit sie ausreichend Zeit habe, um die Ware veräußern oder zurücksenden zu können, ist vertretbar.

e) Schließlich kann der Revision nicht darin beige-
pflichtet werden, daß bei Zugrundelegung der Rechtsprechung, die zur Abgrenzung zwischen Kauf und Kommission ergangen sei und die das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen habe, ohne weiteres von einem Kauf auszugehen sei, wenn die Parteien einen Festpreis vereinbart hätten (RGZ 110, 119; BGH,

Urteile vom 30. April 1962 - II ZR 80/61 = WM 1962, 812 und vom 19. Februar 1975 - VIII ZR 175/73 = WM 1975, 370) oder jegliche Weisungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner fehle (BGHZ 1, 75, 79). Eine fehlende Weisungsbefugnis des Klägers gegenüber der Beklagten ist weder dargetan noch festgestellt. Auch spricht die Vereinbarung eines "Festpreises" nicht zwingend für einen Kaufvertrag und gegen ein Kommissionsgeschäft (BGH, Urteile vom 19. Februar 1975 aaO und 30. April 1962 aaO S. 813). Davon abgesehen ist die Vereinbarung fester Preise im vorliegenden Fall kein geeignetes Abgrenzungskriterium, weil in dem vom Kläger vorgelegten "Kommissionsbeispiel" vom 28. Juni 1989 die Preise in der Rubrik "Gesamtpreis" genauso festgelegt wurden wie in dem Auftragsformular vom 13. Oktober 1988.

3. Das angefochtene Urteil kann aber deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht erhebliches, unter Beweis gestelltes Vorbringen des Klägers unberücksichtigt gelassen hat und die Entscheidung auf diesem Verfahrensfehler beruht.

a) Der Kläger hat - was die Revision zu Recht als übergegangen rügt - mit der Berufungsbegründung vorgetragen, bei dem Vorlagetermin vom 13. Oktober 1988, in dessen Verlauf das Auftragsformular ausgefüllt wurde, sei zu keinem Zeitpunkt über die Abnahme der Ware auf Kommissionsbasis gesprochen worden, und hierfür Beweis durch den Antrag auf Vernehmung der Beklagten als Partei angetreten. Da die Beklagte bis zuletzt behauptet hat, sie habe am 13. Oktober 1988 ausdrücklich erklärt, die Ware nur in Kommission übernehmen zu können, womit der Kläger einverstanden gewesen

sei, ist das vom Berufungsgericht übergangene klägerische Vorbringen, sollte sich dessen Richtigkeit aufgrund der Beweisaufnahme ergeben, geeignet, die Glaubhaftigkeit des bisherigen Vorbringens der Beklagten insgesamt zu erschüttern und im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen, die allein den Abschluß eines Kaufvertrages nicht zwingend indizieren, zu einer dem Kläger günstigen Entscheidung zu gelangen. Sollten Restzweifel verbleiben, wäre eine Parteivernehmung des Klägers gemäß § 448 ZPO zu erwägen.

b) Das Berufungsurteil beruhte allerdings letztlich nicht auf diesem Verfahrensfehler, wenn es von der auf § 155 BGB gestützten Hilfsbegründung des Berufungsgerichts getragen würde. Das ist indessen nicht der Fall. Ein versteckter Einigungsmangel liegt nur vor, wenn sich die von den Vertragsparteien abgegebenen Erklärungen deshalb nicht decken, weil jede Partei etwas anderes als die Gegenseite nicht nur gewollt, sondern auch erklärt hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1986 - V ZR 126/84 = WM 1986, 857, 858 m.w.Nachw.). Das ist hier jedoch von keiner Partei behauptet worden. Ausweislich der Tatbestände der vorinstanzlichen Urteile, der Sitzungsniederschriften und der Schriftsätze hat sich insbesondere die Beklagte nicht einmal andeutungsweise auf einen Dissens berufen, sondern ausdrücklich immer den Abschluß eines - vom übereinstimmenden Willen beider Parteien gedeckten - Kommissionsvertrages behauptet. Wie das Berufungsgericht zu der mit keinem Wort begründeten "Annahme eines versteckten Einigungsmangels" gelangt ist, ist daher nicht nachvollziehbar.

Zudem rügt die Revision zu Recht, das Berufungsgericht habe den Einigungsmangel prozeßordnungswidrig aus vermeint-

lich unstreitigen, dem Kläger bekannten Tatsachen abgeleitet. Der Kläger hat in seiner Berufungsbegründung tatsächlich anders vorgetragen: Die Beklagte habe ihm erklärt, wegen eines geeigneten Ladenlokals in Verhandlungen zu stehen und bereits über einen größeren, ganz exklusiven Kundenkreis zu verfügen. Diese Behauptung hat er durch Antrag auf Parteivernehmung der Beklagten auch unter Beweis gestellt.

III. Da sich das angefochtene Urteil nicht aus anderen Gründen als richtig erweist, war es aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Beyer