

Nachschlagewerk: nein

Antliche Sammlung: nein

36
~~2321 008~~

HGB § 384

- 、 Zu den Pflichten des Einkaufskommissionärs, wenn der Kommit-
tent ein der Beschaffung der Ware dienendes Akkreditiv auf
Veranlassung des Kommissionärs noch nach Ablauf der ursprüng-
lich für die Gestellung bestimmten Frist eröffnet.

BGH. Urt. v. 9. Dezember 1958 - VIII ZR 165/57 - OLG Düsseldorf

VIII ZR 165/57

Verkündet am 9. Dezember 1958
Hoffmeister, 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 Dr. Vasile N. T. [REDACTED] in B [REDACTED],
C [REDACTED]-A [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann A. M. [REDACTED] in L [REDACTED]-S [REDACTED],
M [REDACTED]-straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1958 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger
und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 11. Juli 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger beabsichtigte, im August 1952 an die Firma Gebrüder K. in S.-R. Stahl zu liefern. Wegen des Erwerbes von Stahl traf er mit dem Beklagten eine Vereinbarung, die von ihm mit Schreiben vom 11. August 1952 bestätigt wurde, das u.a. folgenden Inhalt hat:

"Hiermit bestätige ich die mir heute ... gemachten verbindlichen Festangebote wie folgt:

- 1) 30 to Torstahl. Vormaterial IIIB, deutsche Ware, werksneu, werkslang und zwar
21 to in 10 mm $\emptyset$ und
je 3 to in 14, 18 und 20 mm $\emptyset$
zum Preise von 635,--DM pro to.

Zahlung und Abwicklung folgendermaßen:

Von dem Verkaufspreis werden 210,-- pro to (insgesamt DM 6300,--) als Akkreditiv über 90 to Brechkoks zwecks Lieferung von 30 to Torstahl (wie oben angegeben) Herrn Otto A. bei der Rheinisch-Westfälischen Bank in D. gestellt. Die Auszahlung erfolgt gegen bahnamtlich gestempeltes Frachtbriefduplikat oder Speditionsbescheinigung. Die Differenz von DM 425,-- pro to wird an den Großhändler, in diesem Falle die Firma Otto W. in K. bei Abholen der Ware bezahlt.

Die Lieferung erfolgt sofort nach der Akkreditiv-eröffnung. Für die Abwicklung sorgt die Spedition T. & L. GmbH, K., ... Die Provision für Sie und Herrn G. mit je DM 10 pro to wird von der Spedition ausbezahlt.

....

Nunmehr bitte ich Sie, per Fernschreiben der Spedition mitzuteilen, daß Sie die Angebote, wie in diesem Brief an Sie, wovon eine Durchschrift heute an die Spedition T. & L. abgeht, dargelegt, durchweg bestätigen.

....

Anschließend kann dann die Spedition die Überweisungen bzw. die Akkreditivöffnungen vornehmen (sogar telegrafisch), so daß Sie bzw. Herr A. alles am Mittwoch den 13.8.1952, wie besprochen, bei Ihrer Bank vorfinden.

....

Auf alle Fälle möchte ich Sie bitten, besorgt zu sein, daß die Lieferungen - wie versprochen - sofort nachdem die Akkreditive dort eingetroffen sind, erfolgen."



Die Teilung des Kaufpreises von 635,-DM je to in 210,-DM, die an den genannten Otto A [REDACTED], und 425,-DM, die an die Firma W [REDACTED] zu zahlen waren, beruht darauf, daß die K [REDACTED]-Hüttenwerke H [REDACTED] AG in H [REDACTED]-H [REDACTED], die den Stahl herstellte, von A [REDACTED] für jedes to Stahl 3 to Koks erhalten sollte und daß der Stahl von der Hütte über einen Großhändler, hier die Firma W [REDACTED], ausgeliefert wurde. Wieweit der Kläger von diesen Umständen näher Kenntnis gehabt hat, ist streitig.

Das Akkreditiv wurde nicht, wie vorgesehen, bis zum 13. August 1952 gestellt, sondern erst unter dem 19. August 1952 über einen Betrag von 4.200 DM eröffnet, der zur Beschaffung von 60 to Koks zwecks Ankauts von 20 to Torstahl mit dem vorgesehenen Durchmesser von 10 mm dienen sollte. Der Akkreditiv-Betrag stand infolgedessen dem A [REDACTED] nicht vor dem 21. August 1952 zur Verfügung. Dieser hob am 28. August 1952 den Betrag ab, nachdem die 60 to Koks für die Hütte verladen worden waren. Inzwischen hatte jedoch die Hütte den in der gewünschten Abmessung von 10 mm gewalzten Stahl anderweitig veräußert. Zu einer Lieferung von S [REDACTED] an den Kläger oder die Firma Gebr. K [REDACTED] ist es nicht mehr gekommen. Als die Hütte im Oktober wieder Stahl gewalzt und eine Menge von 20 to an die Firma W [REDACTED] ausgeliefert hatte, nahm der Kläger diesen Stahl nicht ab. Die Firma W [REDACTED] hat ihn darauf an einen Großhändler verkauft.

Den vom Kläger gestellten Akkreditiv-Betrag von 4.200 DM hatte zu einem Teil von 3.355 DM die Firma Gebr. K [REDACTED] aufgebracht. Da der Teilbetrag nicht zurückgezahlt wurde, nahm die Firma Gebr. K [REDACTED] die mit der Abwicklung des Geschäftes betraut gewesene Firma T [REDACTED] & I [REDACTED] GmbH, an die die Zahlung geleistet worden war, in Anspruch und erstritt gegen sie vor dem Landgericht in Krefeld ein rechtskräftiges Urteil auf

Zahlung von 3.355 DM nebst Zinsen. Mit dem Urteilsbetrage hat die Firma T [REDACTED] & I [REDACTED] GmbH nach Darstellung des Klägers sein bei ihr geführtes laufendes Konto belastet.

Der Kläger erhebt gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückzahlung des Akkreditiv-Betrages von insgesamt 4.200 DM und Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 720 DM und verlangt die Befreiung von den Verbindlichkeiten, die die Firma T [REDACTED] & I [REDACTED] GmbH gegen ihn wegen der Prozeßkosten und der Akkreditivkosten in Höhe von zusammen 1.140,65 DM geltend macht. Er begehrt ferner die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm allen durch die Nichterfüllung des Vertrages vom 11. August 1952 entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Der Kläger leitet seinen Anspruch in erster Linie daraus her, daß der Beklagte seine Verpflichtungen aus einem mit ihm geschlossenen Kaufvertrag nicht erfüllt habe. Das Berufungsgericht ist jedoch der Auffassung, daß der Vertrag, der durch das Bestätigungsschreiben vom 11. August 1952 zustande gekommen sein möge, nicht als Kaufvertrag zu werten sei, da bei dem Abkommen die gesetzlichen Merkmale eines Kaufvertrages nicht fest-

zustellen seien, und hält daher Ansprüche aus einem Kaufvertrage nicht für begründet.

Diese rechtliche Beurteilung greift die Revision ohne Erfolg an. Ob es vom Standpunkt des Berufungsgerichts, das in seinen weiteren Ausführungen der Ansicht ist, den Beklagten treffe an dem Scheitern der Stahl-lieferung kein Verschulden, überhaupt darauf angekommen wäre, welcher Art der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls beruht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten keinen Kaufvertrag geschlossen, nicht auf einer Verletzung sachlichen Rechts. Das Berufungsgericht nimmt entgegen der Ansicht der Revision nicht etwa an, daß ein Kaufvertrag nur vorliegen könne, wenn die Zahlung des Entgelts unmittelbar an den Verkäufer erfolge. Es führt vielmehr aus, der vom Kläger zu zahlende "Kaufpreis" von 635 DM je Tonne habe weder unmittelbar noch mittelbar in die Verfügungsgewalt des Beklagten gelangen, auch nicht etwa für seine Rechnung an einen Dritten gezahlt werden sollen. Vielmehr sei ein Teil von 210 DM an Otto A. zur Verfügung gestellt worden, damit dieser dafür Koks kaufe und ihn als Tauschware an die Hütte H. liefere. Ein weiterer Teil von 425 DM hätte an die Firma Otto W. gezahlt werden sollen, die den Stahl von der Hütte beziehen und ihn an die vom Kläger bestimmte Stelle zu liefern hatte. Der Beklagte habe nur eine Provision von 10,-DM erhalten.

Der Gebrauch des Wortes "Provision" darf allerdings nicht den Ausschlag gegen die Annahme eines Eigengeschäfts geben. da auch Eigengeschäfte so geschlossen werden können. daß ein Zuschlag zum Einkaufspreis gezahlt wird (HGB RGRK 2.Aufl. § 383 Anm.9 S.5 unten). Doch läßt die Erwägung des Berufungsgerichts keinen Rechtsirrtum er-

kennen denn es legt ersichtlich das entscheidende Gewicht darauf, daß der Beklagte außer der "Provision" kein Entgelt habe erhalten sollen und ein Kaufpreis nicht vereinbart gewesen sei. Das Berufungsgericht übersieht ferner nicht, wie die Revision meint, daß ein Kaufvertrag auch dann vorliegen kann, wenn der Verkäufer die Kaufsache auf Weisung des Käufers einem Dritten zu übergeben hat oder wenn jemand, der die Ware dem Verkäufer liefern soll, sie dem Käufer vereinbarungsgemäß unmittelbar übersendet. Das Berufungsgericht legt vielmehr die Vereinbarung der Parteien dahin aus, daß nicht der Beklagte, sondern die Hütte H. über die Firma W. Stahl habe liefern sollen, und stellt dazu fest, der Kläger habe von vornherein nur Otto A. - hinsichtlich des Koks - und die Firma W. - hinsichtlich des Stahles - als seine "Lieferanten" und "Geschäftspartner" betrachtet. Dieser Rechtsauffassung widerspricht entgegen den Ausführungen der Revision auch nicht, daß es an einer ausdrücklichen Erklärung des Beklagten fehlen mag, er wolle sein Angebot auf Lieferung von Stahl nicht im eigenen Namen machen. Das Berufungsgericht hat nicht etwa unter rechtsirrtümlicher Anwendung des § 164 BGB angenommen, der Beklagte habe als Vertreter des A. oder der Firma W. oder der Hütte H. dem Kläger Stahl verkauft. Das Berufungsgericht sieht den Beklagten vielmehr als "Mittelsmann" in einer Kette von Handelsleuten an und meint, bei den im Schreiben vom 11. August 1952 festgelegten Abmachungen handle es sich nicht um einen Kaufvertrag, sondern allenfalls um einen Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB. Ob diese rechtliche Einordnung als Geschäftsbesorgungsvertrag zutreffend ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Jedenfalls läßt es keinen Rechtsirrtum erkennen, wenn das Berufungsgericht die Erklärungen der Parteien dahin auslegt, daß nicht der Be-

klagte den Stahl an den Kläger habe verkaufen sollen. Der Beklagte hat nach dieser Auffassung des Berufungsgerichts deshalb auch nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Daher entfällt auch eine Anwendung des § 179 BGB, der nach Meinung der Revision hätte berücksichtigt werden müssen.

II. Auch die Verfahrensrügen, die der Beklagte gegen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und die Auslegung der Willenserklärungen anbringt, greifen nicht durch. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Klägers übergangen, daß der Beklagte ihn gebeten habe, einen Teil des Kaufpreises als Provision zu deklarieren, und dabei erklärt habe, die offizielle Handelsspanne sei für ihn so gering, daß er die zusätzliche Provision haben müsse. Unter Verstoß gegen §§ 286, 445 ZPO habe das Berufungsgericht dem Antrage, hierüber die Parteien zu vernehmen, nicht entsprochen. Das Berufungsurteil befaßt sich zwar nicht ausdrücklich mit diesem Vortrage. Die Feststellung, der Beklagte habe nichts von dem Kaufpreis, sondern nur eine Provision von 10,- M erhalten sollen, läßt jedoch erkennen, daß das Berufungsgericht die Darstellung, der Beklagte habe eine Provision zusätzlich zum Kaufpreis bekommen sollen, als widerlegt ansieht. Richtig ist allerdings, daß der Kläger sich im Schriftsatz vom 23. November 1954 und auch im Schriftsatz vom 3. Mai 1956 auf Parteivernehmung, zuletzt auf Vernehmung beider Parteien bezogen hatte. Der Kläger hatte aber in der Berufungsbeurteilung vom 15. November 1955 auch die Sekretärin U. als Zeugin für die erwähnte Behauptung benannt und diese ist im Termin vom 5. Januar 1957 eingehend vernommen worden. Trotz Anwesenheit beider Parteien in diesem Termin hat der Kläger damals den Antrag auf Parteivernehmung nicht wiederholt. Auch nach dieser vom Berufungsgericht

ersichtlich als erschöpfend angesehenen Beweisaufnahme ist der Kläger in den bis zur letzten mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 1957 gewechselten Schriftsätzen nicht mehr auf seinen Antrag zurückgekommen. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß der Kläger den Antrag auf Parteivernehmung nicht mehr aufrecht erhalte. Dafür, daß es von Amts wegen die Parteien über die Behauptung des Klägers hätte vernehmen müssen, liegen keine Anhaltspunkte vor.

B.

I. 1. Das Berufungsgericht hält den Anspruch des Klägers auch unter dem Gesichtspunkt des Geschäftsbesorgungsvertrages nicht für begründet, weil der Beklagte das Geschäft mit der gebotenen Sorgfalt besorgt habe. Es sieht als erwiesen an, daß A. den für den Akkreditivbetrag beschafften Koks bei der Hütte H. angeliefert habe und daß mit dieser schon vorher eine feste Abmachung getroffen worden sei, nach der sie Torstahl gegenzuliefern gehabt habe. Das Berufungsgericht stellt ferner fest, die Hütte hätte Torstahl bis Mitte August 1952 liefern können, das Geschäft wäre daher durchzuführen gewesen, wenn der Kläger das Akkreditiv, wie vorgesehen, bis zum 13. August 1952 gestellt hätte. Daß das Geschäft nicht durchgeführt worden sei, beruhe darauf, daß das Akkreditiv nicht rechtzeitig eröffnet worden sei. Zu Unrecht mache der Kläger geltend, der Beklagte habe ihn nach dem 13. August 1952 gedrängt, die Gestellung des Akkreditivs nachzuholen. Die Schlußfolgerung des Klägers, die Bedingungen des "Kaufvertrages" seien unter Abänderung der Bestimmung über den Termin der Akkreditivgestellung aufrecht erhalten worden, sei unrichtig, weil der Beklagte nicht der Käufer des Stahles gewesen sei und eine Terminsverlängerung nicht habe bewilligen können. Viel-

mehr habe der Beklagte den Kläger nur auf die Bedeutung des Termins hingewiesen, ohne an der zugrundeliegenden Absprache etwas zu ändern.

2. Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht legt die Willenserklärungen der Parteien zwar dahin aus, daß sie nicht einen Kaufvertrag hätten schließen wollen, es läßt aber eine Entscheidung darüber vermissen, was die Parteien tatsächlich vereinbart haben. Wenn es dem Beklagten die Rolle eines Mittelsmannes zuweist, dessen Aufgabe es gewesen sei, Verhandlungen mit A [REDACTED] und der Firma W [REDACTED] zu führen, um möglichst zu erreichen, daß das Geschäft in der vorgesehenen Weise zustandekomme und durchgeführt werde, und wenn es in der Abmachung der Parteien allenfalls einen Geschäftsbesorgungsvertrag sehen will, so ist das teils rechtlich unbestimmt, teils widerspruchsvoll. Die Wortfassung "Mittelsmann" könnte zwar an einen Makler denken lassen. Feststellungen, ob die Parteien den Willen gehabt haben, daß der Beklagte als Makler einen Vertragsschluß zwischen dem Kläger und der Hütte H [REDACTED] oder der Firma W [REDACTED] oder etwa A [REDACTED] vermittele, fehlen indessen. Anhaltspunkte dafür, daß es noch zu Vertragsverhandlungen des Klägers mit diesen Personen und Betrieben habe kommen sollen, sind nicht hervorgetreten. Denkbar ist zwar, daß der Makler nicht nur einen Vertrag zu vermitteln hat, sondern daneben auch beauftragt wird, den Vertrag im Namen des Auftraggebers abzuschließen, also als dessen Vertreter handeln soll. Eine Feststellung in dieser Hinsicht hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Sie muß auch nicht darin gefunden werden, daß der Kläger A [REDACTED] und die Firma W [REDACTED] als seine "Lieferanten" und "Geschäftspartner" angesehen habe, da es sich um eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise handeln kann. Die Annahme, der Beklagte sei als Vertreter des Klägers aufgetreten, würde

- 11 -

auch mit der Zeugenbekundung des A. schwer zu vereinbaren sein, der Koks sei auf den Namen und die Rechnung des Beklagten bestellt worden, sowie der Aussage des Zeugen B., des Handlungsbevollmächtigten der Firma W., daß ihm über Vertragsverhandlungen der Parteien nichts bekannt sei und der Firma W. der spätere Auftrag zur Lieferung des Stahls von der Firma Peter D., einem eingeschalteten Unterbesteller, erteilt sei. Es spricht daher manches dafür, daß der Beklagte den Stahl im eigenen Namen, jedoch für Rechnung des Klägers hat einkaufen sollen. In diesem Falle würde allerdings in Übereinstimmung mit der Unterstellung des Berufungsgerichts ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegen. Auf ihn würden aber, was das Berufungsgericht verkennt, in erster Linie die Vorschriften des Handelsgesetzbuches anzuwenden sein. Der Beklagte ist Kaufmann und hätte den Einkauf des Stahls im Betriebe seines Handelsgewerbes übernommen. Nach § 406 HGB fänden daher die Bestimmungen der §§ 383 ff HGB über das Kommissionsgeschäft Anwendung.

Der Entscheidung, welcher Art die Rechtsbeziehungen der Parteien sind, durfte das Berufungsgericht sich nicht entziehen, da hiervon abhängt, welche Rechtspflichten dem Beklagten gegenüber dem Kläger oblagen. Selbst wenn zugrundegelegt wird, daß die Parteien einen Kommissionsvertrag geschlossen haben, begegnet die Meinung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die gebotene Sorgfalt beachtet, rechtlichen Bedenken. Da der Kläger auch Ersatz des ihm entgangenen Gewinns, also das Erfüllungsinteresse beansprucht, bedurfte es zunächst der Prüfung, welche Vertragspflichten der Beklagte etwa nach dem Kommissionsvertrage zu erfüllen hatte, ob er nur einen Kaufvertrag mit einem Dritten abschließen oder auch für Erfüllung des Kaufvertrages sorgen sollte. Nach § 384 HGB ist der Kommissionär verpflichtet, das übernommene Ge-

schäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen. Unter der Ausführung im Sinne dieser Vorschrift wird in der Regel nur die Erfüllung des Auftrages durch Abschluß des Geschäfts, nicht auch die Erfüllung des Geschäfts verstanden. Die Abreden können aber auch einen anderen Sinn haben. Das ist im wesentlichen Tatfrage (HGB RGRK § 384 Anm.2 S.31; Schlegelberger, HGB 3.Aufl. § 384 Anm.2 und 3). Im vorliegenden Fall könnte die Fassung der Vereinbarung, wonach ein verbindliches Festangebot über Lieferung von Stahl gemacht war und die Art der Abwicklung geregelt wurde, dafür sprechen, daß der Beklagte dafür habe einstehen sollen, daß die Hütte H. den Stahl auch liefere. Das Berufungsgericht nimmt hierzu nicht ausdrücklich Stellung. Es läßt nicht ersehen, ob es der Auffassung ist, der Beklagte habe schon mit der Ausnützung der vorher mit der Hütte H. getroffenen festen Abrede und durch Abschluß des Vertrages mit A. die ihm nach dem Geschäftsbesorgungsvertrage obliegenden Verpflichtungen erfüllt, oder ob es sagen will, den Beklagten treffe daran, daß der Geschäftsbesorgungsvertrag nicht durch Lieferung des Stahls habe erfüllt werden können, kein Verschulden. Auf die zweite Ansicht könnten die Erwägungen des Berufungsgerichts deuten, dem Beklagten oder seinem Gewährsmann A. falle ein Verschulden daran, daß das geplante Geschäft undurchführbar geworden sei, nicht zur Last.

Den Umstand, daß der Kläger das Akkreditiv verspätet gestellt hat, berücksichtigt das Berufungsgericht im übrigen nur unter dem Gesichtspunkt, daß daran die Erfüllung des Stahllieferungsvertrages gescheitert sei. Es liegt indessen nahe zu erwägen, ob nicht schon im Verhältnis der Parteien zueinander die rechtzeitige Gestellung des Akkreditivs die Voraussetzung dafür hat sein sollen, daß der Beklagte zum Abschluß eines Lie-

ferungsvertrages verpflichtet war. Es wäre möglich, daß die Parteien bei der Vereinbarung vom 11. August 1952 davon ausgegangen sind, der Beklagte brauche einen Vertragsschluß mit dem Verkäufer des Stahls nicht herbeizuführen, ehe nicht der Kläger das Akkreditiv gestellt habe. Entweder könnte von vornherein die Verpflichtung zur Ausführung des übernommenen Geschäfts durch die fristgerechte Stellung des Akkreditivs bedingt gewesen sein oder die Abrede über die Gestellung des Akkreditivs könnte dem Kommissionsvertrag das Wesensmerkmal eines Fixgeschäfts verliehen haben, so daß der Beklagte vom Vertrage bei Ablauf der Frist hätte zurücktreten können (§ 361 BGB). Denkbar wäre auch, daß die vertraglich vorausgesetzte sofortige Ausführung durch das fehlende Akkreditiv unmöglich geworden ist und deshalb der Beklagte nach Ablauf der vorgesehenen Zeit den Auftrag nicht mehr hätte auszuführen brauchen (HGB RGRK 2. Aufl. § 384 Anm. 2 a.E.). Unter diesen Gesichtspunkten würde dem Kläger bei der anfänglichen Gestaltung des Vertrages allerdings ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kommissionsvertrages zu versagen sein und es käme entgegen der Auffassung der Revision nicht darauf an, ob der Beklagte, wenn der Kläger das Akkreditiv rechtzeitig gestellt hätte, den Stahl von der Hütte H. oder der Firma W. hätte erlangen können oder ob die Hütte etwa auch deshalb den Stahl nicht sofort hat liefern können, weil A. ihr erst am 8. September 1952 den eigentlichen Auftrag zur Lieferung von 20 t Stahl erteilt hat.

Die Revision rügt indessen mit Recht, daß das Berufungsgericht dem Verhalten des Beklagten nach Ablauf der für das Akkreditiv bestimmten Frist nicht die erforderliche Würdigung hat zuteil werden lassen und dabei nicht ausreichend berücksichtigt hat, welche Sorgfaltspflichten ihm nach dem Rechte des Kommissionsgeschäftes

haben obliegen können. Der Beklagte hat nämlich - insoweit weist der vorliegende Fall eine Besonderheit auf - nach Ablauf der Akkreditivfrist eine weitere Tätigkeit nicht abgelehnt, sondern hat, auch nachdem die Frist für die Errichtung des Akkreditivs verstrichen war, weiterhin auf dessen Gestellung gedrängt. Dieser Umstand könnte den Gedanken nahelegen, daß der Beklagte trotz Fristablaufs das ihm übertragene Geschäft noch hat besorgen wollen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Mahnungen des Beklagten nach Fristablauf hätten an den zugrundeliegenden Absprachen nichts geändert, ist nicht rechtsirrtumsfrei. Hatten die Parteien, wie das Berufungsgericht annimmt, der rechtzeitigen Gestellung des Akkreditivs als einer Vertragsbestimmung entscheidendes Gewicht beigelegt, so kann es nicht ohne rechtliche Bedeutung sein, wenn der Beklagte zu erkennen gab, daß er aus der Fristüberschreitung gerade keine Rechte herleiten wolle. In diesem Verhalten konnte mindestens das Angebot liegen, daß von der bisher über die Akkreditivfrist getroffenen Regelung abgewichen werden solle. Mahnte der Beklagte die Akkreditivgestellung auch nach der für sie bestimmten Zeit noch an, so konnte die Vereinbarung der Parteien die ihr beigelegte Natur eines Vertrages, bei dem die Einhaltung der Frist wesentlicher Bestandteil ist, verlieren (RG JW 1909, 57). Wenn das Berufungsgericht in dem Verhalten des Beklagten auch deshalb keine Änderung der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen sehen will, weil der Beklagte nicht der Käufer des Stahls gewesen sei und eine Terminsverlängerung nicht habe bewilligen können, so wird diese Erwägung weder dem Vorbringen des Klägers gerecht noch steht sie im Einklang mit dem unstreitigen und dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt. Wird bei einem Kauf eine Frist für die Stellung des Akkreditivs, das der Berichtigung des Kaufpreises dient, gesetzt, so ist grundsätzlich der Verkäufer als der durch das Akkreditiv Begünstigte und nicht der Käufer

derjenige Vertragsteil, der sich mit einer Verlängerung einverstanden erklären muß. Es ist daher nicht klar zu erkennen weshalb das Berufungsgericht aus dem Umstande, daß der Beklagte nicht Käufer des Stahls gewesen sei, herleiten will, daß er eine Fristverlängerung nicht habe bewilligen können. Möglicherweise will das Berufungsgericht allerdings sagen, den Stahl habe von der Firma W. nicht der Kläger, sondern A. gekauft, es wäre daher Sache des A. und der Firma W. gewesen, miteinander eine Verlängerung der Frist für die Lieferung des Stahls auszuhandeln, der Beklagte habe damit nichts zu tun gehabt. Sollte das die Auffassung des Berufungsgerichts gewesen sein, so würde in Betracht zu ziehen sein, daß hier nicht die Beziehungen zwischen der Hütte und deren Abnehmern, sondern die zwischen den Parteien des Kommissionsvertrages in Frage stehen. Schob der Beklagte, indem er nach Ablauf der für die Gestellung des Akkreditivs gesetzten Frist noch auf die Eröffnung des Akkreditivs drängte, damit die ursprünglich auch für die Ausführung des übertragenen Geschäfts bestimmte Frist hinaus, so lag es ihm ob, dafür zu sorgen, daß der Stahl noch zu einem späteren Zeitpunkt geliefert werden konnte. Darüber, daß das etwa unmöglich gewesen wäre, hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Wenn es ausführt, Torstahl in der gewünschten Abmessung hätte nur bis Mitte August 1952 geliefert werden können, so erschöpft das nicht den Sachverhalt, wie ihn das Berufungsgericht selbst nach dem Aktenvermerk der Hütte H. vom 5. Mai 1955 und der Bekundung des Zeugen A. sieht. Danach hatte nämlich die Hütte Haspe einer Firma B. in B. auf Grund eines mit dieser geschlossenen Vertrages 120 to Stahl als Gegenlieferung für erhaltene 360 to Koks bereitgestellt. Mit der Abwicklung hatte die Firma B. ihrerseits

den Zeugen A [REDACTED] beauftragt, der als Entgelt für jede Tonne Koks 1.-DM erhielt. A [REDACTED] führte der Hütte die verschiedenen Abnehmer, in dem Aktenvermerk "Interessenten" genannt, zu. Waren von der Hütte H [REDACTED] mit diesen Interessenten, zu denen nach dem Aktenvermerk auch der Beklagte gehörte, feste Abmachungen getroffen, so wurde der Auftrag einem Großhändler überschrieben, wie etwa der Firma W [REDACTED], der dann seinerseits - wohl entsprechend der zwischen der Hütte und dem Interessenten erfolgten Abrede - dem Interessenten den Stahl auslieferte. Die Hütte war also nach diesem Sachverhalt, wie er sich aus den Akten darstellt, zu einer beliebigen Veräußerung der bereitgestellten 120 to Stahl nicht mehr befugt, sondern verfügte über ihn nach Anweisung des von der Firma B [REDACTED] beauftragten Zeugen A [REDACTED]. Wenn die Hütte zu dem Zeitpunkt, als der Akkreditivbetrag dem A [REDACTED] zur Verfügung stand, den Stahl bereits anderweit veräußert hatte, so könnte es also nur geschehen sein, weil A [REDACTED] ihr dazu eine Anweisung erteilt hatte. Hierzu mag A [REDACTED], da das Akkreditiv nicht rechtzeitig gestellt worden war, zwar berechtigt gewesen sein. Das besagt aber nichts für die dem Beklagten gegenüber dem Kläger obliegenden Pflichten. Da der Beklagte sich des Alberts bediente, um das übernommene Geschäft auszuführen, mußte er, wenn er sich von dem Kommissionsgeschäft nicht lösen, sondern trotz Ablaufes der vorgesehenen Frist bei ihm stehen bleiben wollte, vergewissern, ob A [REDACTED] seinerseits noch zur Beschaffung des Stahls bereit sei, und gegebenenfalls eine Lieferung sicherstellen. Sollte er das unterlassen haben, so nahm er möglicherweise die Gefahr, daß er bei der verspäteten Gestellung des Akkreditivs den Stahl nicht mehr beschaffen konnte, in Kauf und könnte sich dann nicht darauf berufen, daß ihm die Ausführung des übernommenen Geschäfts unmöglich geworden sei. Er würde dann das ihm übertragene Geschäft nicht ausgeführt und den Kommissionsvertrag aus einem in seiner Person liegenden Grunde nicht erfüllt haben.

Das Berufungsgericht hätte daher eine Entscheidung darüber, ob dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrags zusteht, nicht fällen können, ohne vorher durch Auslegung zu ermitteln, welcher Art die Vereinbarungen sind, die die Parteien getroffen haben, und im einzelnen aufzuklären, welche Abmachungen der Beklagte mit A [REDACTED] getroffen hat, ob A [REDACTED] etwa berechtigterweise sich von einem mit dem Beklagten geschlossenen Verträge gelöst hat und unter welchen Umständen und auf welcher Grundlage der Beklagte nach Ablauf der für das Akkreditiv gestellten Frist den Kläger zur nachträglichen Gestellung des Akkreditivs veranlaßt hat.

Wenn die Revision darüber hinaus mit der Prozeßrüge aus § 286 ZPO geltend macht, es fehle auch an der Feststellung, daß der Beklagte vor dem 8. September 1952 der Hütte H [REDACTED] einen Auftrag zur Lieferung von Stahl erteilt habe, so geht das allerdings fehl. Das Berufungsgericht hat das Abkommen der Parteien insoweit rechtsirrtumsfrei dahin ausgelegt, der Beklagte habe durch Abschluß von Verträgen die Lieferung von Stahl erreichen sollen. Daß Verträge mit der Hütte selbst oder der Firma W [REDACTED] hätten abgeschlossen werden müssen, hat es erkennbar nicht als vereinbart angesehen. Es konnte daher zugrundelegen, daß die Überschreibung des Auftrages auf den Namen eines zuverlässigen Großhändlers nur "der Ordnung halber" erfolgte und keine wesentliche Bedeutung hatte, so daß zur Erfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrags schon der Abschluß einer Vereinbarung mit A [REDACTED] genügte.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Einer Entscheidung, ob auch die Prozeßrüge der Revision durchgreift, das Berufungsgericht hätte die Aktennotiz der Hütte H [REDACTED] vom

5. Mai 1955 und die Auskunft vom 16. Mai 1955 nicht verwerten dürfen, sondern hätte dem Antrage des Klägers auf Vornahme des Prokuristen W. stattgeben müssen, bedarf es daher nicht. Der Kläger wird Gelegenheit haben, vor dem Berufungsgericht erneut seine Beweisanträge zu stellen. Das Berufungsgericht wird auch der Frage nachgehen müssen, ob etwa der Geschäftsbesorgungsvertrag eine nach dem Wirtschaftsstrafgesetz in der Fassung vom 25. März 1952 (BGBl I 188) verbotene Handlung zum Gegenstand gehabt hat. Der Senat ist hierzu mangels tatsächlicher Feststellungen nicht in der Lage.

II. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung den Sachverhalt auch unter einem weiteren Gesichtspunkt zu prüfen haben. Der Kläger hatte im Schriftsatz vom 29. Mai 1957 unter Verweisung auf die eigene Darstellung des Beklagten vorgetragen, der Beklagte habe am 21. August 1952 durch einen Anruf des A. erfahren, daß der Koks an die Hütte geliefert worden sei und er, A., das Geld einziehen werde. Gleichzeitig habe A. ihm mitgeteilt, daß infolge verspäteter Akkreditivstellung Torstahl in der gewünschten Abmessung nicht mehr vorhanden sei und erst später wieder gewalzt werden müsse. Seine Schadensersatzansprüche hat der Kläger unter Berufung auf diesen Sachverhalt auch darauf gestützt, daß der Beklagte, obwohl er erkannt habe, daß das geplante Geschäft nicht durchgeführt werden könne, ihn, den Kläger, hiervon nicht so rechtzeitig benachrichtigt habe, daß er das Akkreditiv hätte sperren lassen können.

Das Berufungsgericht ist auf dieses Vorbringen nicht eingegangen. Es hat lediglich im anderen Zusammenhang ausgeführt, der Beklagte habe dem Kläger bereits mit Schreiben vom 25. August 1952 mitgeteilt, daß Torstahl einstweilen nicht geliefert werden könne, ohne daß der Kläger

seinen Auftrag (gemeint offenbar der dem Beklagten erteilte Auftrag) widerrufen habe. Der Beklagte habe es also an einer rechtzeitigen Unterrichtung nicht fehlen lassen.

Die Revision führt aus, das Verschulden des Beklagten liege darin, daß er bei Anwendung auch nur der geringsten im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß er seinen Verpflichtungen aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag nicht genüge, wenn er nur den Kläger veranlaßte, das Akkreditiv zugunsten A. [REDACTED] zu stellen, ohne gleichzeitig die Verpflichtung zur sofortigen Lieferung der vereinbarten Stahlmenge in den vereinbarten Abmessungen für den Geschäftsgegner zu begründen. Wäre der Beklagte dieser Verpflichtung aus dem Geschäftsbesorgungsvertrage nachgekommen, hätte es niemals geschehen können, daß der Kläger rund 5.000 DM für ein zu Gunsten A. [REDACTED] gestelltes Akkreditiv aufwendete, um der Hütte H. [REDACTED] den Bezug von 90 to (in Wahrheit 60 to) Brechkoks zu ermöglichen, und daß hierfür die Hütte H. [REDACTED] an die Firma Otto W. [REDACTED] 30 to Torstahl zum normalen Marktpreis liefere, ohne daß der Kläger den aufgewendeten Betrag erstattet erhalte. Das Vorbringen der Revision läuft also darauf hinaus, das Berufungsgericht habe verkannt, daß dem Beklagten die Verpflichtung obgelegen habe, dafür zu sorgen, daß der Kläger nicht durch die Gestellung des Akkreditivs Schaden erleide. Es habe - insofern liegt in dem Vorbringen auch eine Verfahrensrüge - den Vortrag des Klägers nicht erschöpfend berücksichtigt.

Nach § 384 HGB hat der Kommissionär das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen und hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen. Er hat dem Kommittenten auch die erforderlichen Nachrichten zu geben. Zu diesen gehören

die Nachrichten über alle Umstände, die für den Kommit-
tenten in Ansehung des Geschäfts von Wichtigkeit sind,
die insbesondere für ihn bestimmend sein können, um
hinsichtlich des Geschäfts Anordnungen zu treffen (HGB
RGRK 2.Aufl. § 384 Anm.10). Die Stellung des Akkreditivs
bildete hier wirtschaftlich eine Vorschußleistung an den
Verkäufer des Kokes für Rechnung des Kommissionärs. Auch
bei Vorschußleistung muß der Kommissionär mit der gehörigen
Sorgfalt verfahren und das Interesse des Kommitten-
ten wahrnehmen (HGB RGRK 2.Aufl. § 393 Anm.3). Ein Ver-
stoß gegen diese Pflichten macht den Kommissionär we-
gen positiver Vertragsverletzung schadenersatzpflich-
tig. Unter diesen Gesichtspunkten hat das Berufungsge-
richt den Sachverhalt und den Vortrag des Klägers nicht
erschöpfend behandelt. Der Ankauf des Stahls wies näm-
lich eine Besonderheit auf: Infolge des zu jener Zeit
herrschenden Mangels an Stahl und Koks waren die Hütten
dazu übergegangen, nur Stahl zu liefern, wenn sie dafür
eine entsprechende Menge Koks erhielten. Wer Stahl kau-
fen wollte, aber selbst nicht über Koks verfügte, mußte
ausländischen Koks auf dem freien Markt zu einem erhöh-
ten Preise kaufen. Die Hütte lieferte ihrerseits den
Stahl zum üblichen Preis. In dieser Weise hatte auch
der Beklagte den Kauf des Stahls in die Wege geleitet.
A [REDACTED] sollte unter Benutzung des schon früher zwi-
schen der Firma B [REDACTED] und der Hütte H [REDACTED] geschlos-
senen Vertrages der Hütte Koks zukommen lassen. Die
Hütte ihrerseits sollte über die Firma W [REDACTED] den Stahl
an die Firma T [REDACTED] & L [REDACTED] GmbH liefern. Der an
die Firma W [REDACTED] zu entrichtende Preis von 425 DM je to
bildete dabei den Normalpreis für den Stahl, während
nach der Darstellung des Beklagten in den Schriftsätzen
vom 6. Juli 1955 und 10. Januar 1957 der durch das
Akkreditiv geleistete Betrag von 4.200 DM den Über-
preis darstellte, der für die Beschaffung des Kokes

geleistet werden mußte. Bei dieser Sachlage stellte die Zahlung des Kaufpreises für den Koks ein erhebliches Wagnis dar, wenn nicht gesichert war, daß der bestellte Stahl in der vereinbarten Weise an den Kläger oder die von ihm bezeichneten Personen gelangte. Wurde der Stahl nämlich nicht zeitgerecht geliefert oder kam er in andere Hände, so war der als Kaufpreis für den Koks bezahlte Betrag vergeblich aufgewendet, ohne daß der Kläger die Gewähr hatte, ihn erstattet zu erhalten. So ist auch tatsächlich die weitere Entwicklung gegangen: A [REDACTED] oder die hinter ihm stehende Firma B [REDACTED] hat den ausländischen Koks vertragsgemäß an die Hütte H [REDACTED] geliefert, die Hütte H [REDACTED] hat ihrerseits auf Grund der Kokslieferung im Oktober 1952 Stahl an die Firma W [REDACTED] geliefert und diese hat ihn, da der Kläger den Stahl nicht mehr abnehmen wollte, ausweislich der Rechnung vom 3. November 1952 an eine Firma Peter D [REDACTED] ausgeliefert. Das wirtschaftliche Ergebnis ist also, daß der Kläger durch die Beschaffung des Kokses es der mit ihm in keinem Vertragsverhältnis stehenden Firma D [REDACTED] ermöglicht hat, Stahl zum Normalpreis zu beziehen, ohne daß diese ihm zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet ist. Das Berufungsgericht hätte daher, wenn es den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag wertete, prüfen müssen, ob es zur Vertragspflicht des Beklagten gehörte, sich darüber zu vergewissern, ob trotz der ihm bekannten ausschlaggebenden Bedeutung der fristgerechten Lieferung des Kokses auch bei verspäteter Beschaffung noch die Gewähr geboten war, daß die Hütte den bestellten Stahl sofort liefern konnte. Wenn das Berufungsgericht es darauf abstellt, daß der Beklagte mit seiner Mahnung, das Akkreditiv zu stellen, den Kläger auf die ausschlaggebende Bedeutung der Einhaltung des Terms, der ja in Wahrheit schon abgelaufen war und gar nicht mehr eingehalten werden konnte, mit Nachdruck hin-

gewiesen habe, so ist das unrichtig gesehen. Es fragt sich im Gegenteil, ob der Beklagte den Kläger nicht gerade von einer verspäteten Gestellung des Akkreditivs hätte abhalten müssen, wenn eine sofortige Lieferung des Stahls nicht mehr gesichert war. Das könnte besonders dann der Fall sein, falls der Kläger, wie er in den Schriftsätzen vom 3. Mai 1956 und 29. Mai 1957 behauptet, vom Beklagten nicht darüber unterrichtet worden ist, wo die je zu zahlenden 210,-- und 425,-- DM verblieben, und nicht gewußt hat, daß in dem Betrage von 210,--DM ein Überpreis für den Stahl enthalten war. Der Umstand, auf den das Berufungsgericht im anderen Zusammenhange hinweist, der Beklagte habe mit Schreiben vom 25. August und schon vorher - nach der Darstellung des Beklagten am 21. August 1952 - den Kläger darauf hingewiesen, daß Torstahl in der verlangten Abmessung nicht vorhanden sei, brauchte den Beklagten nicht ohne weiteres zu entlasten. Falls das Akkreditiv etwa, wie nach dem Eröffnungsantrage vom 19. August 1952 anzunehmen ist, unwiderruflich war, hätte wohl der Kläger, nachdem Alberts am 21. August 1952 den Koks an die Hütte ausgeliefert hatte, die Auszahlung des Akkreditivbetrages nicht mehr verhindern können. Die Beweislast dafür, daß er die erforderliche Sorgfalt angewendet habe, trifft im Übrigen, wenn der beabsichtigte Zweck des Geschäfts nicht erreicht ist, den Kommissionär (HGB RGRK, 2.Aufl. § 384 Anm.9).

, C.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision
wird dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner