

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 280/64

URTEIL

Verkündet am
4. Januar 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Otto Arnold E. in K., Inhaber Witwe Johanna E. geb. R. und Kaufmann Otto Arnold F., beide in K., in ungeteilter Erbengemeinschaft,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

die Firma H. & T. in K.-E., Inhaber Kaufmann Franz T.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Januar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Dr. Weber und Mormann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 3. November 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 1. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt den Handel mit Installationsmaterial, die Beklagte führt Installationsarbeiten aus. Die Klägerin hat der Beklagten unstreitig Waren im Werte von 32 774,18 DM geliefert, die die Beklagte nicht bezahlt hat. Diese Kaufpreisforderung nebst Zinsen ist Gegenstand des Rechtsstreits.

Die Beklagte rechnet mit einer ihr angeblich zustehenden Forderung von 58 502,08 DM auf. Hiermit hat es folger-

de Bewandtnis: Die Beklagte hatte sich im Jahre 1962 bei der U- Wohnungsbaugesellschaft in K um einen Auftrag über Installationen in 55 von der U errichteten Eigenheimen beworben. Sie hatte der U angeboten, die gesamten Installationen zu einem Pauschalpreis von 174 000 DM auszuführen. Damit war die U einverstanden. Das Installationsmaterial beabsichtigte die Beklagte bei der Klägerin zu kaufen. Um zu vermeiden, daß für den Erwerb des Materials eine doppelte Umsatzsteuer anfiel, und um der U die Möglichkeit zu verschaffen, bei sofortiger Zahlung Skontoabzüge zu machen, vereinbarten die Beklagte und die U, daß diese das Installationsmaterial für die 55 Häuser unmittelbar von der Klägerin beziehen sollte. Dabei wurde der Gesamtpreis der Installationsarbeiten von 174 000 DM derart geteilt, daß die Beklagte als Entgelt für die reinen Arbeiten 74 000 DM erhalten sollte. Gleichzeitig wurde zwischen der U und der Beklagten einerseits und der Klägerin und der Beklagten andererseits abgesprochen, daß der Rabatt, den die Klägerin der Beklagten gewährt hätte, wenn diese selbst das Material von der Klägerin bezogen hätte, von der Klägerin der Beklagten durch Barzahlung erstattet werde. Über die getroffenen Vereinbarungen verhalten sich ein Bestätigungsschreiben der Beklagten gegenüber dem Architekten E der U vom 29. Juni 1962 und eine Bestätigung der Klägerin gegenüber E vom selben Tage. Im ersten Schreiben heißt es:

"Wir bestätigen hiermit den uns erteilten Auftrag auf Ausführung der Sanitären Installationsarbeiten für 55 Einfamilienhäuser in K-V zum Preis von:

Typ 650 plus 750	DM 3 000 je Haus
Typ 850	DM 3 500 je Haus

... "

Das zweite Schreiben der Klägerin lautet:



"Für Ihren Auftrag danke ich Ihnen verbindlichst. Wie mit Herrn K[REDACTED] vereinbart, liefere ich das Material für das oben genannte Objekt in Höhe von etwa 100 000 DM. Das Material wird jeweils von der Firma H[REDACTED] & T[REDACTED] abgerufen.

Die Rechnungen werden an Sie ausgestellt. Die Copien erhält die Firma H[REDACTED] & T[REDACTED].

Entsprechend dem Umfang der Lieferungen werde ich vereinbarungsgemäß von Ihnen à conto-Zahlungen anfordern."

Die Beklagte rief in der Folgezeit im Namen der U[REDACTED] Waren ab, deren Wert oder Bruttopreise die Parteien im ersten Rechtszuge übereinstimmend mit 166 676,18 DM angegeben haben. Von diesem Betrage wäre nach dem ebenfalls übereinstimmenden Vortrag der Parteien im ersten Rechtszuge ein sogenannter Rabatt für die Beklagte in Höhe von 58 502,08 DM entstanden.

Die U[REDACTED] weigert sich, für die Lieferungen der Klägerin mehr als 100 000 DM zu zahlen. Die Klägerin hat vor dem Landgericht Köln unter dem Aktenzeichen 22 O 42/64 die Beklagte auf Zahlung in Anspruch genommen. Sie hat von dem Restbetrage von 66 676,18 DM der Beklagten den Rabatt von 58 502,08 DM gutgebracht und von ihr im Klagewege noch 8 174,10 DM gefordert. Das Landgericht Köln und das Oberlandesgericht Köln haben jene Klage abgewiesen, weil nur zwischen der Klägerin und der U[REDACTED], nicht aber zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Vertragsverhältnis bestehe und die Beklagte auch aus anderen Gründen der Klägerin nicht für den Restbetrag hafte.

Im vorliegenden Rechtsstreit ist die Klage vom Landgericht und Oberlandesgericht mit der Begründung abge-

wiesen worden, der Beklagten stehe eine Gegenforderung von 58 502,08 DM zu, mit der sie habe aufrechnen können.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision wendet sich in erster Linie gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten stehe eine vom Berufungsgericht als Provisionsanspruch bezeichnete Forderung von 58 502,08 DM zu. Sie meint, es widerspreche jeder wirtschaftlichen Vernunft, wenn die Klägerin auf eine Lieferung im Bruttowert von 166 676,18 DM nur 100 000 DM erhalte und dann noch über 58 000 DM Provision oder Rabatt zahlen solle.

II. Die Revision muß Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt und nicht hinreichend geprüft, ob seine Auslegung dem wirklichen Willen der Vertragsparteien (§ 133 BGB) gerecht wird.

1. Das Berufungsgericht hat das von der Revision beanstandete wirtschaftlich unvernünftige Ergebnis unter dem Blickpunkt der Sittenwidrigkeit nach §§ 138, 826 BGB und der Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung geprüft. Es glaubt ferner, nicht entscheiden zu brauchen, ob ein Rabatt von rd. 58 000 DM bei einem Kaufpreis von 100 000 DM "absurd" sei, weil die Vertragsparteien Ver-

einbarungen auch mit unüblichem Inhalt treffen könnten. Es hält schließlich für rechtlich unerheblich, welche Absprachen zwischen den Parteien zunächst getroffen waren, weil entscheidend allein sei, welche Vereinbarungen schließlich erzielt worden sind.

2. Mit diesen Erwägungen geht das Berufungsgericht am Kern der Sache vorbei. Eine zutreffende Beurteilung ist nur möglich, wenn auch die Vorgänge geprüft werden, die dem eigentlichen Vertragsabschluß vorausgingen. Zur Klarstellung ist deshalb vorausszuschicken, was sich als Sachverhalt aus dem Vortrag der Parteien ergibt:

a) Der Installateur, der für seine Installationsarbeiten beim Großhändler einkauft, erhält einen Großhandelsrabatt. Er bezahlt den von den Parteien als Nettopreis bezeichneten Kaufpreis. Der Unterschied zwischen Bruttopreis und Nettopreis, also der Rabatt, beträgt unstreitig (bei rd. 166 600 DM rd. 58 000 DM) etwa 35 %. Hätte die Beklagte, wie ursprünglich vorgesehen, die Installation zu einem Pauschalpreis von 174 000 DM eingebaut, so hätte sie das Material bei der Klägerin nach ihrer Darstellung zu einem Preis von rd. 100 000 DM kaufen müssen. Sollte es sich hierbei um Bruttopreise gehandelt haben, so hätte sie hierauf rd. 35 000 DM Rabatt erhalten. Das wäre ihre Einnahme aus der Materialbeschaffung gewesen. Die Klägerin behauptet allerdings, die Beklagte habe in Wahrheit so kalkuliert, daß sie für das benötigte Material bei dem Pauschalkostenangebot einen Nettopreis von 100 000 DM zugrunde gelegt habe.

b) Die neue Vereinbarung, durch die vorgesehen wurde, daß die Ubia das Material unmittelbar bei der Klägerin

kaufte, sollte wohl wirtschaftlich nichts ändern. D.h., die Klägerin sollte - die eigene Darstellung der Beklagten als richtig unterstellt - an die U [REDACTED] für 100 000 DM Ware liefern und die Beklagte für 74 000 DM Arbeiten leisten. Die Klägerin sollte alsdann der Beklagten nach deren Vortrag den dieser entgangenen Großhandelsrabatt von rd. 35.000 DM erstatten.

c) Tatsächlich hat die Klägerin der U [REDACTED] für 166 676,18 brutto Waren geliefert. Hätte die U [REDACTED] an die Klägerin in dieser Höhe Zahlung geleistet, so hätte die Klägerin der Beklagten den entsprechenden Rabatt von 58 502,08 DM zahlen müssen. Hierüber wäre, nach den beiderseitigen Erklärungen der Parteien zu urteilen, schwerlich ein Streit entstanden.

d) Tatsächlich hat die U [REDACTED] nur 100 000 DM geleistet und verweigert weitere Zahlungen. Könnte die Klägerin die Restzahlung von 66 676,18 DM nicht verlangen, so träfe in der Tat das vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen fragwürdige Ergebnis ein, daß die Klägerin Waren zu einem Bruttopreis von rd. 167 000 DM oder einem Nettopreis von rd. 108 000 DM geliefert, dafür nur 100 000 DM Erlöst hat und an die Beklagte noch über 58 000 DM auskehren müßte.

Die Streitfrage spitzt sich also, auch nach dem vom Berufungsgericht angenommenen Sachverhalt, darauf zu, wie sich auf die Rabattforderung der Beklagten der Umstand auswirkt, daß die U [REDACTED] sich weigert, den über den Bruttopreis von 100 000 DM hinausgehenden Wert der Warenlieferung zu zahlen.

3. a) Die Lösung kann sich entgegen der vom Berufungsgericht anscheinend in erster Linie vertretenen Auffassung nicht daraus ergeben, daß die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, der Beklagten stehe eine Forderung auf Zahlung von 58 502,08 DM zu. Das ist nur insoweit richtig, als zwischen den Parteien unstreitig ist, daß bei einer Lieferung der Klägerin im Bruttowert von 166 676,18 DM die Beklagte einen Rabatterstattungsanspruch von 58 502,08 DM hat. Wie sich daraus ergibt, daß die Klägerin im Rechtsstreit 22 O 42/64 des Landgerichts Köln von ihrer angeblichen Forderung von 66 676,18 DM den Rabattbetrag abgesetzt und im vorliegenden Rechtsstreit Klageabweisung beantragt, erkennt sie die Gegenforderung der Beklagten nur unter der Voraussetzung an, daß ihr der Bruttokaufpreis gezahlt wird. Oder mit anderen Worten: Die Klägerin will, wie die Revision mit ihren Rügen im Ergebnis zutreffend geltend macht, aus dem Verkauf des Installationsmaterials den Nettopreis von 108 174,10 DM erzielen. Daß die Klägerin nicht ohne weiteres die Gegenforderung der Beklagten anerkennen will, ergibt im übrigen schon der Hinweis des Berufungsgerichts, die Klägerin habe in der Berufungsbegründung Zweifel gegenüber der Wirtschaftlichkeit eines solchen Geschäfts mit der Begründung geäußert, daß ihr von der U. unstreitig erst 100 000 DM zugeflossen sind. Sie will den Rabatt also erst erstatten, wenn sie den vollen Bruttokaufpreis erhalten hat.

Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die Klägerin sich an dem Anerkenntnis, der Beklagten stehe die Gegenforderung zu, festhalten lassen müsse, und auf die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision kommt es mithin nicht an.

b) Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Anspruch der Beklagten sei auch nicht durch die von der Klägerin erstrebte Aufrechnung mit einer Forderung in gleicher Höhe aus den erfolgten Warenlieferungen an die Ubia erloschen. Der Klägerin ständen aus diesen Warenlieferungen an die U. keine Zahlungsansprüche gegen die Beklagte zu. Das gelte auch insoweit, als die von der Beklagten abgerufenen und von der Klägerin für die Ubia gelieferten Waren den anfänglich vereinbarten Wert von 100 000 DM überschritten. Insoweit habe die U. kraft Duldungsvollmacht das Handeln der Beklagten genehmigt, ganz abgesehen davon, daß die Klägerin sich der Beklagten gegenüber auf einen Mangel der Vertretungsmacht (§ 179 Abs. 3 BGB) nicht berufen könne, weil sie den Mangel erkannt habe oder hätte erkennen müssen. Mit dieser Erwägung entscheidet das Berufungsgericht an sich nur darüber, ob die Forderung der Beklagten, die es als unstreitig ansieht, durch eine von der Klägerin erklärte Aufrechnung getilgt ist. Es befaßt sich aber nicht mit der Vorfrage, ob die Forderung der Beklagten überhaupt begründet ist, solange nicht die Klägerin den Bruttokaufpreis in voller Höhe erhalten hat. Die Ausführungen des Berufungsgerichts ermöglichen auch keine Nachprüfung, ob das Berufungsgericht sich die rechtlichen Beziehungen der Klägerin zur Beklagten vor Augen geführt und zutreffend gewürdigt hat.

aa) Denkbar wäre, daß das Berufungsgericht, wenn auch unausgesprochen, davon ausgeht, die Klägerin habe von der U. den vollen Bruttokaufpreis zu fordern und sei deshalb verpflichtet, der Beklagten den entsprechenden Rabatt auszuzahlen, gleichgültig, ob sie den Kaufpreis bereits erhalten habe oder nicht. Zu dieser Vorstellung könnte das Berufungsgericht gelangt sein, weil es den

Anspruch der Beklagten als einen Provisionsanspruch wertet und der Anspruch des Handelsvertreters auf Provision nach § 87 a HGB fällig ist, sobald und soweit der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat. Gegen eine solche Auffassung bestehen indessen Bedenken. Die Annahme des Berufungsgerichts, es handele sich um einen Provisionsanspruch, ist aktenwidrig. Wie das Berufungsgericht selbst nicht verkennt, bezeichnen die Parteien übereinstimmend die Forderung als eine Forderung auf "Rabatt". Es ist auch die Rede von einem "branchenüblichen Gewinnanteil". So würdigen denn auch die Klägerin in der Berufungsbeurteilungsschrift und die Beklagte im Schriftsatz vom 25. September 1964 in gleicher Weise den Anspruch auf Zahlung von 58 502,08 DM als Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen dem Bruttopreis, den der Endverbraucher zahlen muß, und dem Nettopreis, den der Großhändler dem Zwischenhändler gewährt. Dieser Betrag sollte, wie schon erwähnt, der Beklagten zufließen, weil ihr angeblich durch den unmittelbaren Bezug der Materialien durch die Ubia der Zwischenhandelsgeinn entging. Davon, daß die Beklagte der Klägerin den Auftrag der U vermittelte hätte und daß ihr dafür eine Provision versprochen wäre, ist aus den Schriftsätzen der Parteien nichts zu entnehmen.

bb) Wenn das Berufungsgericht in den Vordergrund stellt, die Beklagte sei bei Abruf der Materialien Vertreterin der U gewesen, so berücksichtigt es nur die eine Seite der Rechtsstellung der Beklagten. Die Beklagte war aber nicht nur Vertreterin der U, sondern hatte unstreitig mit der Klägerin abgesprochen, daß die Klägerin ihr "Rabatt" zahlen solle. Für die Entscheidung, welche Ansprüche der Beklagten zustehen, muß auch

dieser Vertrag gewürdigt werden. Bei der Würdigung kann an dem unstreitigen Umstand, daß die Beklagte der U. die Einrichtung der Installation einschließlich Material und Lohn zum Pauschalpreis von 174 000 DM angeboten hatte und daß in Abänderung dieses Angebots im allgemeinen Einverständnis dann die U. der Klägerin einen Auftrag zur Lieferung des Materials im Werte von 100 000 DM erteilt hatte, nicht vorbeigegangen werden. Trotz dieser Änderung sollte es, wie wohl der Vortrag der Parteien zu verstehen ist, bei dem anfänglich beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg verbleiben. Auch das war offenbar unter den Parteien unstreitig. Wenn das Berufungsgericht Zweifel gehabt hätte, hätte es, wie die Revision zutreffend rügt, die hierzu benannten Zeugen B. und A. hören müssen. So betrachtet spricht viel dafür, daß die Klägerin mit der von ihr übernommenen Zahlung des "Rabatts" nicht ihre frühere Kalkulation verschlechtern wollte, zumal an der Änderung gegenüber dem Angebot nur die Beklagte, ^{die} die Umsatzsteuer sparte, und die U., die bei Barzahlung einen Skontoabzug erhielt, interessiert waren. Dann aber bietet sich eine Würdigung der Rabattabrede dahin an, daß die Klägerin bei Abwicklung des Vertrages mit der U. statt mit der Beklagten genau so dastehen wollte, als habe sie den Lieferungsvertrag mit der Beklagten geschlossen. Hätte aber die Beklagte bei ihr Waren zum Bruttopreise von 166 676,18 DM abgerufen, so hätte sie der Beklagten einen Nettokaufpreis von 108 174,10 DM in Rechnung gesetzt. Hätte ihr die Beklagte darauf nur 100 000 DM bezahlt, so wäre die Klägerin selbstverständlich nicht verpflichtet gewesen, der Beklagten den Unterschiedsbetrag zwischen dem Bruttopreis und dem Nettokaufpreis von 58 502,08 DM herauszuzahlen. Selbst wenn unterstellt wird, daß die U. den Restbetrag von 66 676,18 DM zu zahlen habe, würde nach dieser Auslegung möglicherweise der Anspruch auf

Erstattung des Zwischenhändlererrabattes erst fällig sein, wenn die Ubia ihrer Verpflichtung auf Zahlung auch tatsächlich nachgekommen ist. Für diese Auslegung spricht insbesondere, daß der Anspruch der Beklagten von beiden Parteien als Anspruch auf Erstattung von Rabatt angesehen wird, also als Anspruch auf Herausgabe des Unterschiedes zwischen tatsächlich gezahltem Bruttokaufpreis und dem der Klägerin bei der ursprünglich beabsichtigten Abwicklung nur gebührenden Nettokaufpreis. Diesem Blickpunkt hat sich das Berufungsgericht durch seine im Vorbringen der Parteien keine Grundlage findende Auffassung verbaut, es handele sich um einen Provisionsanspruch.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung ihrem Inhalt nach näher feststellen und sodann auslegen müssen.

cc) Sollte gar, wie die Klägerin behauptet, die Beklagte bei ihrem ersten Pauschalangebot an die U. da- von ausgegangen sein, daß Waren für rd. 100 000 DM netto, also für über 150 000 DM brutto benötigt würden, so wäre der Beklagten bei der ursprünglich geplanten Abwicklung des Geschäfts ein Gewinn durch den Bezug der Waren zu Nettopreisen überhaupt nicht zugeflossen. Ihr Verdienst hätte sich dann nur noch aus der Ausführung der Arbeiten ergeben. Da sich die Beklagte nach der übereinstimmenden Angabe der Parteien von der Klägerin trotzdem die Erstattung des Unterschiedsbetrages zwischen Brutto- und Nettopreis hat versprechen lassen, müßte das Berufungsgericht gegebenenfalls auch dieses Verhalten der Beklagten werten

und die Vereinbarung der Parteien daraufhin würdigen, ob der Erstattungsanspruch auch dann begründet sein sollte, wenn die Beklagte gegenüber der U. den Pauschalpreis von 174 000 DM einhalten mußte und bei der endgültigen Verrechnung zwischen der Klägerin, der U. und der Beklagten für einen Gewinn aus Großhändlererrabatt zugunsten der Beklagten kein Raum war. Sollte die Behauptung der Klägerin zutreffen, hat die Beklagte möglicherweise versucht, den ihr bei der knappen Kalkulation des Pauschalangebots im Verhältnis zur U. entgehenden Vorteil des Großhändlererrabattes sich durch die Vereinbarung mit der Klägerin wieder zuzuführen. Das könnte darauf hinauslaufen, daß die Beklagte einen durch falsche Kalkulation drohenden Verlust auf die Klägerin, der die Grundlagen der Kalkulation wohl unbekannt waren, abgewälzt hat.

4. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, der Beklagten stehe ein Anspruch auf Erstattung des Rabatts schon dann zu, wenn die U. den Restbetrag von 66 676,18 DM zwar noch nicht bezahlt habe, jedoch verpflichtet sei, ihn der Klägerin zu zahlen, so käme es darauf an, ob die U. sich darauf berufen kann, daß sie entsprechend dem Schreiben des Architekten E. vom 16. Juni 1962 an die Klägerin und dem Schreiben der Klägerin an E. vom 29. Juni 1962 ihre Bestellung auf den Wert von 100 000 DM beschränkt hat, ob also, mit anderen Worten, die Pauschalabrede, daß die gesamte Installation 174 000 DM koste, auch für die geänderte Vereinbarung gilt. Das Berufungsurteil nimmt auf das Urteil des Berufungsgerichts vom 3. November 1964 in der Sache 22 O 42/64 des Landgerichts Köln/3 U 157/64 des Oberlandesgerichts Köln Bezug. Hierin wird im einzelnen ausgeführt: Die U. habe zwar nur einen Betrag von 100 000 DM bezahlt. Wenn darin auch eine Verweigerung

der Genehmigung des über die 100 000 DM-Grenze erfolgten Abrufes gegenüber der Beklagten geschehen werden könnte, sei diese Verweigerung gleichwohl unbeachtlich. Denn die U [REDACTED] habe vordem bewußt geduldet, daß die Beklagte die ihr erteilte Vollmacht, Material für 100 000 DM von der Klägerin abzurufen, überschritten habe. Anders lasse es sich nicht erklären, daß die U [REDACTED] trotz Übersendung der jeweiligen Rechnungen, der angeforderten à conto-Zahlungen und der Duldung des Einbaues der Materialien weiteren über die 100 000 DM-Grenze hinausgehenden Lieferungen der Klägerin nicht widersprochen habe. Offensichtlich sei auch die Klägerin von dieser Vorstellung ausgegangen. Sonst wäre nicht begreiflich, warum sie weiterhin die Rechnungen für die Mehrlieferungen an die U [REDACTED] übersandt und von dieser und nicht von der Beklagten zunächst Zahlung verlangt habe.

Diese Erwägungen wird das Berufungsgericht zu überprüfen haben. Es handelt sich nicht einfach um den Fall, daß ein beauftragter Handwerker im Namen des Bauherrn Material abrufen, das für den Bau benötigt wird. Hier liegt die Besonderheit vor, daß die U [REDACTED] mit der Beklagten einen Vertrag über den gesamten Einbau der Installationen zu einem Pauschalpreis von 174 000 DM geschlossen hatte. Daran sollte sich anscheinend dadurch nichts ändern, daß die U [REDACTED] das Material unmittelbar bei der Klägerin bestellte. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, daß die U [REDACTED] für die Installationen mehr als insgesamt 174 000 DM aufwenden wollte. Das bedeutet aber, daß jede Überschreitung der Kostengrenze von 100 000 DM für Material, sei es, daß mehr Material gebraucht wurde, als die Beklagte geschätzt hatte, oder daß die Materialpreise sich höher stellten, als die Beklagte in ihrer Berechnung veran-

schlagt hatte, im Verhältnis zwischen der U. und der Beklagten zu Lasten der Beklagten ging. Wie hoch der Kaufpreis für das von der Beklagten bestellte Material war, konnte der U. gleichgültig sein. Sie sollte hierfür nicht mehr als 100 000 DM aufzuwenden brauchen. Unter diesem Gesichtspunkt wird es der Nachprüfung bedürfen, ob die bloße Duldung, daß die Beklagte Bestellungen aufgab, deren Rechnungsbetrag über 100 000 DM hinausging, als Ausdruck der Vollmachtserteilung angesehen werden kann. Das Berufungsgericht wird im besonderen zu würdigen haben, ob die U. zum Widerspruch Veranlassung hatte, wenn die Beklagte mehr Material bestellte, als etwa ihrem Kostenanschlag zugrunde lag. Die Beklagte war verpflichtet, so viel Material abzurufen, daß sie der U. gegenüber ihre Verpflichtung zur Herstellung der Installationen erfüllen konnte. Die U. brauchte sich um die Menge nicht zu kümmern. Falls, wofür manches spricht, die Klägerin wußte, daß die Beklagte das Material für Rechnung der U. nur im Rahmen des Pauschalpreises abzurufen hatte, wird die Klägerin darauf, daß die U. die darüber hinausgehenden Bestellungen der Beklagten genehmigte, nicht haben vertrauen dürfen. Die Frage der Vollmacht und Genehmigung wird sich jedenfalls nicht beantworten lassen, ohne daß festgestellt wird, worauf die Überschreitung des Pauschalpreises von 100 000 DM um 2/3 beruht. Es erscheint zum mindesten fraglich, ob es dem Sinn und Zweck der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Rabattabrede entspricht, den Streit zwischen der Beklagten und der U. wegen der Überschreitung des Pauschalpreises auf dem Rücken der Klägerin auszutragen.

Sollte die U. zur Zahlung des über 100 000 DM hinausgehenden Kaufpreises verpflichtet sein, wird die Klägerin sich allerdings nicht untätig verhalten dürfen. Andererseits könnte die Beklagte, wenn sie von der Klägerin aufgrund der getroffenen Vereinbarung Erstattung des ihr vermeintlich entgangenen Großhändlererrabatts verlangt, auch ihrerseits verpflichtet sein, dafür zu sorgen, daß die Ubia den Kaufpreis für das Material, das die Beklagte in Erfüllung des mit der U. abgeschlossenen Vertrages abgerufen hat, an die Klägerin entrichtet. Es wäre deshalb denkbar, daß die Klägerin wenigstens ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann.

III. Die Sache war daher zur anderweiten Entscheidung und Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es erschien angemessen, die Sache nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO an einen anderen Senat zu verweisen.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber

Mormann