

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 27/75

URTEIL

Verkündet am
7. Juli 1976
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Y [REDACTED] S [REDACTED] Nachtbetriebs Gesellschaft mbH,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Otto Bi [REDACTED]
in M [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Brigitte Wi [REDACTED]-Sch [REDACTED] in M [REDACTED],
Be [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1976 durch die Richter Braxmaier, Claßen, Hoffmann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 29. Oktober 1974 im Kostenpunkt aufgehoben und im übrigen dahin geändert, daß die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 19 238,52 DM nebst 5 % Zinsen ab 20. März 1972 zu zahlen.

Hinsichtlich des zugesprochenen Mehrbetrages wird das vorbezeichnete Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte 2/3 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin klagt aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes, des Zeugen Wi[REDACTED]. Diesem hatte die Beklagte mit Vertrag vom 23. Juni 1970 die Wartung ihres Aquariums einschließlich des Fischbesatzes übertragen. Nach Ziffer I

dieses Vertrages übernahm Wi [REDACTED] die Pflege, Wartung und Unterhaltung des Aquariums; die von ihm zu erbringenden Leistungen waren im einzelnen aufgeführt. In Ziffer III und V des Vertrages heißt es u.a.:

"III.

- a) Die Lieferung der für die Wartung und Unterhaltung erforderlichen Geräte und Verbrauchsgüter wie Vitamine, Spurenelemente, Chemikalien usw. übernimmt Herr Wi [REDACTED].
- b) Die Kosten dafür werden monatlich nachgewiesen und in Rechnung gestellt. Die entsprechenden Mengen werden durch Lieferscheine nachgewiesen.
- c) Herr Wi [REDACTED] übernimmt, falls erforderlich, die Nachlieferung von Seetieren für das Aquarium. Vorher muß ein Kostenangebot abgegeben werden.
Der Auftrag zur Lieferung muß schriftlich erteilt werden....

V.

Für die Leistungen aus diesem Vertrag werden Herrn Wi [REDACTED] die Kosten wie folgt vergütet:

Die Personal- und Verwaltungskosten fix
Die Wartungs- und Pflegematerialkosten nach
§ 3 b zum Nachweis
Die Fixkosten des Vertrages betragen pauschal
DM 6.850,--...."

Mit Rechnung vom 29. April 1971 stellte Wi [REDACTED] der Beklagten für Pflegemittel, Fischfutter und Aquariumsfische 29 619,79 DM in Rechnung. Nachdem es u.a. wegen dieser Rechnung zu Differenzen mit der Beklagten gekommen war, zerriß Wi [REDACTED] im April 1971 die Rechnung und kündigte am 3. Mai 1971 den Vertrag fristlos. Am 14. April 1972 trat er die Forderung an die Klägerin ab. Daraufhin übersandte er der Beklagten eine Fotokopie der Rechnung vom 29. April 1971 und reichte von ihm



gefertigte - und mit einer Ausnahme - von einem seiner Mitarbeiter abgezeichnete Lieferscheine nach.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung des Betrages von 29 619,79 DM nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht gab der Klage mit Ausnahme des geltend gemachten Zinssatzes statt. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, Wi [REDACTED] habe gemäß Ziffer III b des Vertrages der Beklagten Pflegemittel und Fischfutter nicht zu Selbstkostenpreisen liefern müssen, sondern sei berechtigt gewesen, "seine" Preise gemäß §§ 315, 316 BGB zu verlangen. Der von Wi [REDACTED] nach seiner Aussage auf die Preise seiner Lieferanten gemachte Aufschlag sei nicht als unbillig oder unüblich anzusehen. Aufgrund der Beweisaufnahme stehe fest, daß die Beklagte Wi [REDACTED] den Auftrag erteilt habe, Aquariumsfische zu liefern. Auch insoweit habe er die Preise nach den §§ 315, 316 BGB bestimmen dürfen. Daß diese Preise ebenfalls nicht unbillig seien, ergebe sich aus den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Ne [REDACTED]. Der Umfang der Lieferungen sei aufgrund der Aussage des Zeugen Wi [REDACTED] sowie aufgrund der vorgelegten, von Wi [REDACTED] gefertigten und mit einer Ausnahme von einem seiner Mitarbeiter abgezeichneten Lieferscheine bewiesen.

II. Die Revision macht geltend, bei der Beschaffung von Pflege- und Fischfuttermitteln habe es sich um eine Nebenleistung des mit Wi[REDACTED] geschlossenen Dienstvertrages gehandelt. Schon daraus ergebe sich, daß Wi[REDACTED] der Beklagten nur seine Aufwendungen und nicht "seine" Preise habe in Rechnung stellen dürfen. Das werde auch durch Ziffer III b des Vertrages bestätigt. Die Auslegung dieser Vertragsbestimmung durch das Berufungsgericht verstoße gegen §§ 286 ZPO, 133, 157 BGB und gegen Denkgesetze und allgemeine Auslegungsregeln. Mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben.

1. Es kann davon ausgegangen werden, daß es sich bei der Lieferung von Pflege- und Fischfuttermitteln durch Wi[REDACTED] um eine Nebenleistung im Rahmen der als Dienstvertrag zu wertenden Vereinbarung vom 23. Juni 1970 handelte. Darauf kommt es indessen nicht an, weil die Kosten für Pflege- und Fischfuttermittel nicht durch das Pauschalhonorar abgegolten werden sollten und weil der Vertrag hinsichtlich dieser Kosten eine Regelung enthält.

2. Ob Wildenauer für die Pflege- und Futtermittel lediglich seine Aufwendungen oder "seine" Preise verlangen kann, ist daher dem Vertrag zu entnehmen. Die Auslegung der entsprechenden Vertragsbestimmungen liegt auf dem Gebiet der dem Berufungsgericht zustehenden tatrichterlichen Würdigung. Sie ist möglich und läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Nach Ziffer III a des Vertrages hatte Wi[REDACTED] die "Lieferung" der Pflege- und Fischfuttermittel zu

übernehmen. Er sollte somit die Pflege- und Fischfuttermittel nicht beschaffen, sondern diese liefern. Wie das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung zu Recht ausgeführt hat, kann daraus geschlossen werden, daß Wi[REDACTED] als Kaufmann die Lieferung zu übernehmen hatte, also die Pflege- und Fischfuttermittel einkaufen und der Beklagten verkaufen sollte. In diesem Fall war Wi[REDACTED] berechtigt, der Beklagten "seine" Preise in Rechnung zu stellen. Denn ein Kaufmann tut nichts umsonst und liefert nicht zu Selbstkostenpreisen, sondern berücksichtigt eine Gewinnspanne und stellt dem Käufer "seine" Preise in Rechnung.

b) Es kann daher dahingestellt bleiben, ob sich auch aus der vom Berufungsgericht hervorgehobenen Unterscheidung zwischen dem Nachweis der Kosten und dem Nachweis der gelieferten Menge in Ziffer III b des Vertrages darauf schließen läßt, daß Wi[REDACTED] nicht als Vertreter der Beklagten für die Lieferung von Pflege- und Fischfuttermitteln habe sorgen sollen, sondern diese im eigenen Namen der Beklagten liefern und verkaufen sollte. Doch ist die Würdigung des Berufungsgerichts auch insoweit möglich.

III. Die Revision wendet sich weiter ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte am 6. April 1971 Wi[REDACTED] den Auftrag erteilt habe, Aquariumsfische zu liefern.

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß bei einer Besprechung am 6. April 1971 Otto Schn[REDACTED], der die Beklagte habe vertreten können, dessen Äußerungen diese jedenfalls gegen sich gelten lassen müsse, Wi[REDACTED]

sinngemäß gesagt habe, er solle Fische heranschaffen, und zwar "ganz egal, wie und woher, Geld spiele keine Rolle". Insoweit erhebt die Revision keine Rüge.

2. Soweit die Revision die rechtliche Wertung dieser Äußerung angreift, hat sie keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat rechtsirrtumsfrei angenommen, daß Schn[REDACTED] bei dieser Besprechung Wi[REDACTED] den Auftrag erteilt hatte, Fische für das Aquarium zu beschaffen.

a) Daß die Besprechung vom 6. April 1971 den Charakter einer "Manöverkritik" hatte, weil die Eröffnung des Aquariums nicht das erwartete Echo in der Öffentlichkeit gefunden hatte, spricht nicht gegen, sondern für die Auffassung des Berufungsgerichts. Denn das erklärt die spontane Äußerung Schn[REDACTED], es müßten ohne Rücksicht auf die Kosten weitere Fische beschafft werden. Daß Schn[REDACTED] ein erfahrener Geschäftsmann war und daß, wie die Zeugen T[REDACTED] und La[REDACTED] bekundet haben, im "Hause Schn[REDACTED]" Aufträge üblicherweise nur schriftlich erteilt werden, schließt nicht aus, daß Schn[REDACTED] im Hinblick auf die gegebene Situation von dieser Gepflogenheit abging.

b) Daß nach Ziffer III b des Vertrages vor der Lieferung von Fischen ein Kostenangebot abgegeben werden sollte und daß der Auftrag zur Lieferung schriftlich zu erteilen war, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Ein Kostenangebot konnte schon deshalb nicht verlangt werden, weil Geld bei der in Auftrag gegebenen Lieferung von Fischen keine Rolle spielen sollte. Es bedurfte

indessen auch keiner Erteilung eines schriftlichen Auftrags. Denn eine stillschweigende Aufhebung der vereinbarten Form ist anzunehmen, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit des mündlich Vereinbarten gewollt haben. Das gilt auch dann, wenn sie an eine Beachtung der Schriftform nicht dachten (BGH Urteil vom 29. November 1973 - VII ZR 205/71 = WM 1974, 105 m.w.Nachw.). Da nach der Feststellung des Berufungsgerichts Schn[REDACTED] bei der Unterredung vom 6. April 1971 einen verbindlichen Auftrag erteilt hatte, kann angenommen werden, daß er auf die Erteilung eines schriftlichen Auftrages verzichtete, selbst wenn er sich bei seinen Äußerungen nicht bewußt gewesen wäre, daß nach dem Vertrag der Auftrag schriftlich zu erteilen war.

c) Das Berufungsgericht hat ersichtlich angenommen, daß Wi[REDACTED] bei der erwähnten Äußerung Schn[REDACTED] anwesend war. Das hat es im Rahmen der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung des Beweisergebnisses auch dann tun können, wenn einzelne Zeugen nicht sagen konnten, ob Wi[REDACTED] bei dieser Äußerung Schn[REDACTED] zugegen war.

IV. Wie der Revision zugegeben werden muß, ist das Berufungsgericht nicht darauf eingegangen, daß nach der Aussage des Zeugen Wi[REDACTED] in erster Instanz Pflege- und Fischfuttermittel wie auch Fische teils von Schn[REDACTED] und teils von einem gewissen E[REDACTED] bestellt worden waren. Das ist indessen deshalb unerheblich, weil unstreitig die Rechnungen der Lieferanten nicht von der Beklagten, sondern von dem Zeugen Wi[REDACTED] bezahlt wurden. Wi[REDACTED] ist daher auch insoweit als Lieferer anzusehen und kann für diese Lieferungen gleichfalls "seine" Preise in Rechnung stellen.

V. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Umfang der Lieferungen an Pflege- und Fischfuttermitteln wie an Fischen sei bewiesen, hält allerdings einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Daß Wildenauer die von ihm in Rechnung gestellten Aquariumsfische der Beklagten geliefert hatte, hat das Berufungsgericht aufgrund der Aussage des Zeugen Wi [REDACTED] annehmen können. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß Wi [REDACTED] am Ausgang des Rechtsstreits interessiert ist und seine Stellung mit der einer Prozeßpartei zu vergleichen ist. Daß es ihn dennoch für glaubwürdig hielt und seiner Aussage Glauben schenkte, läßt sich aus Rechtsgründen nicht beanstanden. Das Berufungsgericht hat auch dem Umstand Bedeutung beimessen können, daß die Rechnung vom 29. April 1971 vor den Differenzen mit der Beklagten und vor der fristlosen Kündigung Wi [REDACTED] erstellt war. Daß die später vorgelegte Fotokopie dieser Rechnung nicht entsprochen habe, ist nicht geltend gemacht.

2. Die Revision rügt indessen mit Recht, daß das Berufungsgericht aufgrund der Aussage des Zeugen Wi [REDACTED] und der von ihm gefertigten Lieferscheine den Umfang der Lieferungen an Pflege- und Fischfuttermitteln nicht ohne weiteres als bewiesen ansehen durfte.

a) Nach Ziffer III b des Vertrages vom 23. Juni 1970 waren die der Beklagten gelieferten Mengen an Pflege- und Fischfuttermitteln durch Lieferscheine nachzuweisen.

aa) Daß Verträge wirksam sind, in denen die Beweisführung auf bestimmte Beweismittel beschränkt wird,

ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (RGZ 20, 318, 402 und 96, 57, 59; BGH Urteil vom 30. November 1972 - II ZR 135/70 = WM 1973, 144 = Betr. 1973, 1451) und wird auch im neueren Schrifttum überwiegend angenommen (Schumann/Leipold bei Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 282 Anm. VII; Thomas/Putzo, ZPO 5. Aufl. § 282 Anm. 6; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 113 VI 3; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht Erkenntnisverfahren 1963 § 71 II; Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 33 S. 119; Schlosser, Einverständliches Parteiverhalten im Zivilprozeß 1968 S. 86/87; a.M. Wieczorek, ZPO § 282 Rdn. C III m.w.Nachw.). Ob es sich bei derartigen Vereinbarungen um Prozeßverträge (so insb. Rosenberg/Schwab, aaO und Thomas/Putzo, aaO) oder um sachlich-rechtliche Verträge handelt (so insb. A. Blomeyer, aaO), ist für die hier zu entscheidende Frage unerheblich (vgl. Schiedermair aaO S. 86). Die Parteien konnten daher in Ziffer III b des Vertrages wirksam vereinbaren, daß die Menge der gelieferten Pflege- und Fischfuttermittel von Wi [REDACTED] durch Lieferscheine nachzuweisen war.

bb) Das Berufungsgericht hat indessen nicht in Erwägung gezogen, ob im Hinblick auf Ziffer III b des Vertrages die Zeugenaussage Wi [REDACTED] zum Nachweis der gelieferten Menge an Pflege- und Fischfuttermitteln ausreichte oder ob nicht vielmehr der Nachweis der gelieferten Menge durch Lieferscheine zu erbringen war. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich um Lieferscheine von Drittlieferanten oder um Lieferscheine Wi [REDACTED] handeln sollte und ob nicht zumindest im

letzteren Falle die Lieferscheine von der Beklagten abzuzeichnen waren, was allerdings naheliegt. In dem einen wie dem anderen Punkte bedarf es der vom Berufungsgericht unterlassenen Prüfung.

b) Das Urteil des Berufungsgerichts kann daher keinen Bestand haben. Dabei bedarf hier keiner Entscheidung, ob bei einer Vereinbarung, daß ein Beweis durch Urkunden zu erbringen ist, ein anderer Beweisantritt grundsätzlich unzulässig und zurückzuweisen ist (so insb. Schiedermaier, aaO S. 119). In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem Lieferungen unstreitig erfolgt sind und lediglich der durch Lieferscheine zu beweisende Umfang der Lieferungen bestritten ist, kann nach dem das gesamte Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben dem Gläubiger nicht verwehrt sein, den ihm obliegenden Beweis durch andere Beweismittel als Urkunden zu führen, wenn er solche aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht vorzulegen vermag. Falls Wi[REDACTED] keine Lieferscheine, die von Drittlieferanten ausgestellt oder von der Beklagten abgezeichnet sind, vorlegen könnte, wäre daher bei der Würdigung anderer Beweismittel insbesondere zu berücksichtigen, aus welchen Gründen Wi[REDACTED] den ihm gemäß Ziffer III b des Vertrages obliegenden Beweis durch Lieferscheine nicht zu erbringen vermag.

VI. Da der Umfang der Lieferungen insoweit nicht bewiesen ist, kommt es in der Revisionsinstanz nicht darauf an, ob die von Wi[REDACTED] für Pflege- und Fischfuttermittel in Rechnung gestellten Preise nicht unbillig sind. Daß die Preise für die Lieferung von Aquariumfischen nicht unbillig oder unüblich waren,

hat das Berufungsgericht den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Ne[REDACTED] entnehmen können, was auch die Revision nicht beanstandet.

VII. Einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur Klärung, welcher Teil der Klageforderung auf die Lieferung von Pflege- und Fischfuttermitteln und welcher Teil auf die Lieferung von Aquariumsfischen entfällt, bedarf es nicht. Aus der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen und insoweit nicht bestrittenen Berufungsbegründung der Beklagten ergibt sich, daß Wi[REDACTED] für die Lieferung von Aquariumsfischen 17 332 DM in Rechnung gestellt hatte. Diese Forderung ist nach den obigen Ausführungen begründet. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer mit 1 906,52 DM, was einen Betrag von 19 238,52 DM ergibt. Insoweit war daher die Verurteilung der Beklagten aufrechtzuerhalten.

Hinsichtlich des in den Vorinstanzen der Klägerin zugesprochenen Mehrbetrags war das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit bei der erneuten Verhandlung Wi[REDACTED] den Umfang seiner Lieferungen an Pflege- und Fischfuttermitteln entsprechend den obigen Ausführungen nachweisen sollte, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die von ihm in Rechnung gestellten Preise nicht unbillig sind, weil der Sachverständige Dr. Ne[REDACTED] diese Frage nicht beantworten konnte.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 92, 97
Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Rechts-
streits war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie
von dessen Entscheidung in der Sache abhängt.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Merz

Treier