

41

2083 010.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 223/64

URTEIL

Verkündet am
23. Mai 1966
Horn,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der B[redacted]-Bekleidungswerke, Ba[redacted] & v.d. Br[redacted] GmbH,
W[redacted], E[redacted]straße [redacted], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Heinrich P[redacted],

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

gegen

den Handelsvertreter Martin K [redacted], Bre[redacted], Horner
H[redacted]straße [redacted],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten,
Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 7. Juli 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war von Herbst 1953 bis Ende Januar 1959 Bezirksvertreter der Klägerin. Er kündigte damals fristlos. Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe ihm 11.032,99 DM Provision zuviel gezahlt. Er bestreitet das und hat einen angemessenen Ausgleich (§ 89 b II B) gefordert. Die Feststellungsklage der Klägerin hat sich im ersten Rechtszug erledigt. Seitdem ist nur noch die Widerklage des Beklagten im Streit, über die inzwischen z.T. rechtskräftig entschieden ist. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf das Urteil des Senats vom 12. Juni 1963 VII ZR 272/61 verwiesen.

Auf Grund der neuen Verhandlung hat das Berufungsgericht nunmehr:

- 1) die Feststellung des Landgerichts bestätigt, daß der Klägerin gegen den Beklagten keine Forderung von 11.032,99 DM wegen zuviel gezahlter Provision aus dem Arbeitsjahr 1957/58 zustehe,
- 2) dem Beklagten gegen die Klägerin einen Ausgleich von 16.800 DM zuerkannt.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihr Ziel vollständiger Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Feststellungsantrag:

Die Klägerin hatte dem Beklagten für mehrere Reisejahre, u.a. auch für die Zeit vom 1.9.1957 bis 31.8.1958, "eine Provision in Höhe von 36.000 DM garantiert, jedoch unter der Voraussetzung, daß in diesen Jahren mindestens ein Umsatz in Höhe von 750.000 DM pro Jahr erzielt wird" (Zusatzabkommen der Parteien vom 9. September 1955).

Die Klägerin hat dem Beklagten die 36.000 DM vor-schußweise gezahlt, aber in ihrer Abrechnung vom 15. Oktober 1958 den Umsatz mit nur 736.445,88 DM errechnet. Nach diesem Umsatz würde der Beklagte nur 24.967,01 DM Provision verdient haben. Den überschießenden Betrag von 11.032,99 DM möchte die Klägerin zurückfordern.

Das Berufungsgericht sieht als bewiesen an, daß der Beklagte im Reisejahr 1957/58 750.000 DM Umsatz er-



zielt hat. Das ergebe sich zwar nicht aus den vom Beklagten vorgelegten monatlichen Provisionsabrechnungen der Klägerin, da diese auch Provisionen für aus dem Vorjahr stammende Aufträge enthalten könnten. Der Beweis sei jedoch geführt durch die Zeugenaussage des früheren Prokuristen der Klägerin We [REDACTED]. Dieser habe bekundet, es sei bei der Klägerin immer wieder vorgekommen, daß eingebrachte Aufträge nicht voll hätten ausgeführt werden können und daß Reklamationen erfolgt seien. Solche Aufträge seien dann bei der Umsatzberechnung von der Klägerin nicht berücksichtigt worden. Das Berufungsgericht erklärt sich - ebenso wie der Zeuge - überzeugt, daß, angesichts der schon nach der Abrechnung der Klägerin verhältnismäßig geringen Unterschreitung des Mindestumsatzes von 750.000 DM um "nur knapp 2 % (13.554,12 DM), dieser Umsatz erreicht sei, wenn man die in der Abrechnung der Klägerin unberücksichtigt gebliebenen nicht ausgeführten Geschäfte (s. S. 10 des ersten Revisionsurteils) einbeziehe.

Diese rechtsfehlerfreie tatrichterliche Beweiswürdigung bindet das Revisionsgericht.

Was die Revision dagegen vorbringt, ist nicht begründet.

1.) Die Klägerin hatte (S. 2 ihres Schriftsatzes vom 24. Juni 1964) ihren Angestellten S [REDACTED] als Zeugen dafür benannt, daß in ihrer Abrechnung vom 15. Oktober 1958 die Gutschriften gemäß den Provisionsabrechnungen voll berücksichtigt, insbesondere darin auch aufgeführt seien:

- a) Die Aufträge, die vor dem 1.9.1957 hereingebracht, aber noch nicht ausgeliefert worden seien,

mit 162.118,20 DM

- b) die Forderungen, die die Klägerin noch an Kunden gehabt habe, die auf Grund von Aufträgen des Beklagten entstanden seien, gemäß Aufstellung vom 31. August 1958

mit 213.631,46 DM.

Sämtliche Aufträge seien dabei voll erfaßt und es ergebe sich demnach, daß aus den im streitigen Jahr eingebrachten und ausgelieferten Aufträgen ein Umsatz von 736.445,88 DM erzielt worden sei.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht den Beweis nicht erhoben hat. Das brauchte es aber nicht. Denn es geht von denselben Zahlen aus wie die Klägerin an der genannten Schriftsatzstelle.

2.) Die Klägerin hatte in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, daß bei Ermittlung des Gesamtumsatzes für das Reisejahr 1957/58 die 162.118,20 DM oder die 213.631,46 DM von den 736.445,88 DM abzuziehen seien. Was sie hierzu in der Revisionsverhandlung vorträgt, sind neue Behauptungen, mit denen sie nicht mehr gehört werden kann und die auch mit ihrem früheren Vorbringen unvereinbar sind.

3.) Die Revision meint, unter "Umsatz" im Sinne des Zusatzabkommens vom 9. September 1955 seien nur provisionspflichtige Geschäfte zu verstehen. Von dieser Auslegung geht aber, wie der Revision nicht entgangen ist, auch das Berufungsgericht aus. Es hält jedoch den Mindestumsatz von 750.000 DM deswegen für erreicht, weil der in der Abrechnung der Klägerin genannte Umsatz von 736.445,88 DM nicht die Geschäfte umfasse, die nach Maßgabe des § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB provisionspflichtig sind (nicht ausgeführte Geschäfte). Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen nicht be-

hauptet, daß auch solche Geschäfte in der Umsatzzahl von 736.445,88 DM miterfaßt wären. Die Revision meint daher zu Unrecht, das Berufungsgericht habe den Umsatz von 750.000 DM nur infolge unzulässiger Einbeziehung nicht provisionspflichtiger Geschäfte als erreicht angesehen.

4.) Die Revision weist auf die Lieferbedingungen der Klägerin hin, wonach dieser im Verhältnis zu ihren Abnehmern Minderlieferungen bis zu 5 % der Auftragssumme gestattet seien. Die Revision meint, nur für (im Verhältnis zum Abnehmer) vertragswidrig nicht ausgeführte Geschäfte sei nach § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB Provision zu zahlen.

Es kann auf sich beruhen, ob das zutrifft. Denn als "nicht ausgeführte Geschäfte" kommen hier keineswegs, wie die Revision irrig anzunehmen scheint, nur durch die Lieferbedingungen der Klägerin gedeckte "Minderlieferungen bis zu 5 %" in Betracht, sondern vor allem solche gemäß § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB provisionspflichtige Geschäfte, welche die Klägerin ganz oder zu einem wesentlichen Teil überhaupt nicht ausgeführt hat oder die sie infolge von Mängelrügen der Abnehmer wieder rückgängig gemacht hat. Auf Grund der Einrechnung solcher Geschäfte durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß auf Grund der Aussage des Zeugen We [REDACTED] den Mindestumsatz von 750.000 DM als erwiesen ansehen.

5.) Es wäre Sache der Klägerin gewesen, im einzelnen darzulegen und unter Beweis zu stellen, daß für bestimmte nicht ausgeführte Geschäfte aus den in § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB genannten Gründen eine Provisionspflicht nicht bestehe. Wie die Fassung die-

ser Vorschrift ergibt, trifft den Unternehmer die Beweislast für die darin genannten Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise die in Satz 1 aaO angeordnete Provisionspflicht entfällt. Die Klägerin hat in dieser Richtung nichts vorgetragen.

6.) Die Revision beruft sich auf den Schriftsatz der Klägerin vom 24. Juni 1964 S. 2 und 3. Sie übersieht, daß das Berufungsgericht diesen nach Schluß der Berufungsverhandlung eingereichten Schriftsatz nur zu dessen Abschnitt I 1 berücksichtigt hat. Das enthält keinen Prozeßverstoß; denn nur dieser Teil des Schriftsatzes enthält die Stellungnahme der Klägerin zu den von dem Beklagten vorgelegten Provisionsabrechnungen, welche allein das Berufungsgericht ihr nachgelassen hatte. Die Ausführungen der Revision beziehen sich dagegen auf den Abschnitt I 3 des genannten Schriftsatzes.

II.

Ausgleichsanspruch:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin die Stoffmuster, mit denen sie ihre Handelsvertreter zur Kundschaft schickte, z.T. fälschlich mit den Namen besonders angesehener Webereien versehen hatte, um die Kunden zu täuschen. Es ist der Auffassung, damit habe die Klägerin dem Beklagten begründeten Anlaß zu der von ihm ausgesprochenen fristlosen Kündigung gegeben. Es hält nicht für erwiesen, daß der Beklagte sich bei der Klägerin im Frühjahr 1961 um eine Wiedereinstellung beworben habe. Aber selbst wenn man das unterstelle, so habe er dabei doch nicht zu erkennen gegeben, daß

er bereit sei, das unlautere Geschäftsgebahren der Klägerin künftig mitzumachen. Denn ihm sei, wie die Aussage des Zeugen Voß ergebe, bereits seit Januar 1961 bekannt gewesen, daß die Klägerin die früher geübte unzulässige Musterbezeichnung inzwischen abgestellt hatte.

Die Revision richtet ihre Angriffe gegen die Hauptbegründung des Berufungsgerichts. Darauf kommt es nicht an. Denn die von der Revision nicht angegriffene Hilfsbegründung trägt das Urteil. Aus ihr ergibt sich, daß die unterstellte Bewerbung des Beklagten bei der Klägerin nicht den Schluß zuläßt, der Beklagte sei bereit gewesen, künftig die täuschende Werbung der Klägerin mitzumachen, und habe sie daher nicht als schwere Vertragsstörung empfunden.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Ausgleichs lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden auch von der Revision nicht angegriffen.

III.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Vogt

Finke