

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 269/63

URTEIL

Verkündet am
29. November 1965
Horn,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] GmbH, K [REDACTED], Kreis W [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer T [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Cläre Irene O [REDACTED], geb. Wa [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],
Oh [REDACTED] strasse [REDACTED], als Alleinerbin des am 22. Oktober
1963 verstorbenen Rentners Werner O [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 22. Oktober 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres am 22. Oktober 1963 gestorbenen Ehemannes.

Dieser (im folgenden Kläger genannt) war Handelsvertreter der Beklagten auf Grund eines mündlich geschlossenen Vertrages.

Mit Schreiben vom 11. November 1960 kündigte die Beklagte "vorsorglich zum 31.12.1960 das bestehende Verhältnis". Die Parteien streiten darüber, ob diese Kündigung zum 31. Dezember 1960 oder zum 31. März 1961 wirksam geworden ist. Darüber hat das Landgericht noch nicht entschieden.

Der Kläger hat ferner behauptet, es sei ein Provisions-
satz von 10 % vereinbart worden, nur Aufträge der Firma
B[REDACTED] und der Bundespost hätten lediglich mit 5 % ver-
gütet werden sollen, die Beklagte schulde ihm - gemäß von
ihm vorgelegter Berechnung - an rückständigen Provisionen
noch 6.808,10 DM. Er hat u.a. beantragt, die Beklagte zu
verurteilen, ihm diesen Betrag nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat dazu vorgetragen: Dem Kläger sei die
ihm zustehende Provision gezahlt worden. Er habe sogar
1.784,06 DM zuviel erhalten. Ein Provisionssatz von 10 %
sei nicht allgemein vereinbart worden. Man habe Sonder-
regelungen über die Provisionshöhe von Fall zu Fall vor-
gesehen und auch getroffen. Bei Aufträgen großen Umfangs
habe sie besondere Mengenrabatte gewähren müssen und des-
halb nur eine geringere Provision zahlen können.

Das Landgericht hat die Beklagte u.a. nach dem vorbe-
zeichneten Klageantrag verurteilt. Das Oberlandesgericht
hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten hiergegen
zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte insoweit den
Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet,
die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Beklagte habe im ersten Rechtszug trotz Aufforderung
durch das Landgericht zu der vom Kläger vorgelegten genauen



Berechnung seiner Provisionsforderung nicht Stellung genommen, sondern sich nur allgemein geäußert, seine Berechnung stimme nicht, ihm sei schon zuviel gezahlt worden. Ihr unsubstantiiertes Bestreiten genüge nicht, da sie für den Kläger ein Provisionskonto geführt habe und es ihr daher ohne weiteres möglich gewesen sei, im einzelnen darzulegen, in welchen Punkten und aus welchen Gründen sie die Berechnung des Klägers für unrichtig halte. Das Landgericht habe daher mit Recht den Sachvortrag des Klägers als zugestanden angesehen.

Die Beklagte habe sich auch in der Berufungsbegründung zur Berechnung der Klageforderung nicht im einzelnen geäußert, insbesondere auch darin nicht dargelegt, welche Provisionssätze mit dem Kläger vereinbart worden seien. Erst aus den von ihr mit Schriftsatz vom 20. September 1963 vorgelegten Kontenblättern sei als Grund der Differenz zwischen den Parteien zu entnehmen, daß die Beklagte dem Kläger für Aufträge der Firmen L., D. und M.-Union nur Provisionen von 6 bzw. 5 % gutgebracht habe, während der Kläger 10 % verlange. Dieses Vorbringen sei gemäß dem § 529 Abs. 2 Satz 2, 3 ZPO nicht mehr zuzulassen.

II.

Die Revisionsangriffe gegen dieses Urteil haben keinen Erfolg.

1.) Die Revision macht geltend, die Beklagte habe den vom Kläger behaupteten Provisionssatz von 10 % von Anfang an bestritten, wie ihr Sachvortrag ergebe. Dieses Vorbringen des Klägers hätte daher nicht als zugestanden angesehen werden dürfen. Der Kläger hätte vielmehr den von ihm behaupteten Vertragsinhalt beweisen müssen.

Dem ist nicht beizutreten.

Das Berufungsgericht hat gemäß § 138 Abs. 3 ZPO ohne Rechts- oder Verfahrensverstoß das Bestreiten der Beklagten den Umständen nach als nicht genügend substantiiert und daher als unbeachtlich angesehen (vgl. dazu BGHZ 12, 49 und RG in JW 1911, 184, 1912, 199).

Die Beklagte hat selbst eingeräumt, daß dem Kläger im Normalfall eine Provision von 10 % zugestanden habe und daß ihm dieser Provisionssatz auch überwiegend gezahlt worden sei. Bei Zugrundelegung dieses ihres eigenen Vorbringens hätte sie im einzelnen darlegen müssen, für welche Geschäfte ein anderer Satz gelten sollte. Daran hat sie es nach der zutreffenden Feststellung des Berufungsgerichts sowohl im ersten Rechtszug als in der Berufungsbegründung fehlen lassen. Sie hat sich auch nicht darauf berufen, daß sie dazu nicht im Stande gewesen wäre.

Ihr Sachvortrag war ferner nicht einmal eindeutig und widerspruchsfrei. Einmal hieß es, sie habe sich die Festlegung anderer Provisionssätze für den Einzelfall ausdrücklich vorbehalten (Berufungsbegründung S. 7), während sie an anderer Stelle (Berufungsbegründung S. 9, Schriftsatz vom 20. September 1963 S. 4) anführt, sie habe die niedrigeren Provisionssätze mit dem Kläger vereinbart.

Nicht das Vorbringen des Klägers, sondern das der Beklagten war hiernach unzureichend substantiiert. Die Darstellung des Klägers, wonach allgemein ein Provisionssatz von 10 % und nur für Aufträge der Firma B. [REDACTED] und der Bundespost ein solcher von 5 % vereinbart worden ist, war

bestimmt und nicht ergänzungsbedürftig.

Da hiernach das Berufungsgericht mangels eines hinreichend substantiierten und eindeutigen Bestreitens der Beklagten das Vorbringen des Klägers als zugestanden ansehen konnte, bedurfte dieses nicht des Beweises.

2.) Die Revision weist darauf hin, die Beklagte habe ihren Vortrag, es seien Sonderregelungen über die Provisionshöhe von Fall zu Fall vorgesehen gewesen und auch getroffen worden, durch Antrag auf Parteivernehmung des Klägers unter Beweis gestellt.

Auf diesen von der Beklagten angebotenen Beweis kam es nicht an, weil, wie bereits erörtert, dem Vorbringen der Beklagten die den Umständen nach erforderliche und mögliche Substantiierung fehlte; sie hätte im einzelnen angeben müssen, in welchen Fällen und mit welchem Inhalt Sonderregelungen getroffen worden seien.

3.) An der Darlegungspflicht der Beklagten ändert sich nichts dadurch, daß nach ihrer Angabe je nach dem Umfang des Auftrages verschieden hohe Provisionen üblich sein sollen.

Die übliche Provision kommt nur in Betracht, wenn ihre Höhe nicht durch Vereinbarung bestimmt ist (§ 87 b Abs. 1 HGB). Hier ist von beiden Parteien eine Vereinbarung behauptet worden. Das Berufungsgericht brauchte daher den angetretenen Sachverständigenbeweis über die je nach dem Umfang des Auftrags üblichen Provisionssätze nicht zu erheben.

4.) Die Revision macht weiter geltend, der Kläger habe die verschiedenen Provisionssätze durch widerspruchslöse Hinnahme der ihm erteilten Abrechnungen anerkannt, wie die Beklagte in der Berufungsbegründung (S. 7, 9) vorgetragen habe.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

Es braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob das Berufungsgericht (BU 11) mit Recht annimmt, die Beklagte habe dieses Vorbringen erst im Schriftsatz vom 20. September 1963 gebracht. Jedenfalls ergibt sich daraus kein rechts-erhebliches Anerkenntnis der von der Beklagten in ihren Abrechnungen angegebenen Provisionssätze durch den Kläger.

In der Provisionsabrechnung für 1958 ist nur für Aufträge der Firma B [REDACTED] und der Bundespost ein geringerer Satz als 10 %, nämlich 5 % zugrundegelegt. Hierfür hat der Kläger eine entsprechende Vereinbarung zugegeben. Aus seinem Schweigen nach Empfang dieser Abrechnung sind weitergehende Schlüsse für Aufträge anderer Kunden nicht zu ziehen.

Die Abrechnung für 1959 ist dem Kläger erst mit dem Schreiben der Beklagten vom 10. Juni 1960 zugegangen. In seinem Schreiben vom 26. Juli 1960 hat er zum Ausdruck gebracht, daß er mit den niedrigeren Provisionssätzen nicht einverstanden sei.

Die Abrechnung der Beklagten für 1960 hat der Kläger erst während des Rechtsstreits erhalten.

Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, daß der Kläger etwa - wie in dem mit Urteil des Senats vom 28. Januar 1965 VII ZR 120/63 (= LM Nr. 5 zu § 87 c HGB) entschiedenen Fall - durch jahrelange widerspruchslöse

Hinnahme von Abrechnungen anerkannt hätte, ihm ständen weitere Provisionsansprüche nicht zu.

5.) Da bereits das Landgericht mit dem Beschluß vom 16. Mai 1962 der Beklagten eine ins einzelne gehende Stellungnahme zu der Provisionsberechnung des Klägers aufgegeben hatte, bedurfte es keines erneuten Hinweises seitens des Berufungsgerichts. Die Rüge, daß § 139 ZPO verletzt sei, geht deshalb fehl.

6.) Zu keiner anderen Beurteilung führen auch das neue Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 20. September 1963 und die diesem beigefügten Unterlagen. Wie bereits erörtert (Nr. 4), kann sich die Beklagte aus tatsächlichen und sachlich-rechtlichen Gründen nicht auf widerspruchsfreie Hinnahme ihrer Abrechnungen durch den Kläger berufen. Verspätet sind jedenfalls ihre erst im Schriftsatz vom 20. September 1963 (S. 4) gebrachten näheren Angaben über die Provisionsvereinbarung für die L [REDACTED]-Geschäfte und ferner die mit diesem Schriftsatz erfolgte Vorlegung der Unterlagen, aus denen sich erst Einzelheiten über geringere Provisionssätze für Geschäfte mit einzelnen Kunden ergeben. Die Revision hat insoweit nichts vorgebracht, was die Anwendung des § 529 Abs. 2, 3 ZPO als unzulässig erscheinen lassen könnte.

7.) Die Revision der Beklagten ist hiernach als unbe-

gründet mit Kostenfolge aus dem § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke