

25

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 20/71

URTEIL

Verkündet am

16. November 1972

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] & Co KG, Fabrik chemischer
Bautenschutzstoffe, D [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Heinz S [REDACTED] ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Handelsvertreter Franz P [REDACTED], D [REDACTED],
L [REDACTED] Weg [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 1972 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Finke, Schmidt, Dr. Girisch und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 17. Dezember 1970 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger vertrieb in den Jahren 1965 bis 1968 als Handelsvertreter die von der Beklagten hergestellten chemischen Bautenschutzstoffe. Ab September 1967 übernahm er für die Beklagte auch die Kalkulationen und die technische Bearbeitung der hereingeholten Aufträge gegen eine zusätzliche Bearbeitungsgebühr von 4 % der Auftragssumme.

Mit der Klage hat der Kläger von der Beklagten Zahlung restlicher Provisionen in Höhe von 33.341,71 DM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte hat u.a. mit einem

- 3 -

nach ihrer Behauptung die Klageforderung erheblich übersteigenden Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den sie daraus herleitet, daß der Kläger im September 1968 das Angebot der Beklagten für einen Auftrag der Firma G in W schuldhaft zu niedrig kalkuliert habe.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 33.260,62 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

In der Revisionsinstanz ist nur noch streitig, ob der Schadensersatzanspruch der Beklagten gerechtfertigt ist. Das Berufungsgericht hat das verneint.

1. Es hat festgestellt (BU 13 ff), der Kläger habe regelmäßig ohne Beanstandung durch die Beklagte mit einem Aufschlag von 40 % auf die Materialkosten kalkuliert. Er habe diesen Aufschlag deshalb auch bei dem Auftrag G für ausreichend halten dürfen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der Kläger dem persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten wiederholt gesagt, ein Aufschlag von 40 % auf die Materialkosten für Löhne und sonstige Unkosten sei "irreal", weil bei der Verschieden-



heit der Materialpreise nicht immer dasselbe Verhältnis zwischen Materialkosten und sonstigen Kosten gegeben sei, er möge ihm deshalb die hierfür maßgebenden Unkostensätze angeben. Das habe der persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten jedoch nicht getan, sondern sich die Kalkulation dieser Aufschläge vorbehalten und sie dem Kläger im Einzelfall mitgeteilt. Es sei nicht bewiesen, daß die Beklagte den Kläger angewiesen habe, immer einen Aufschlag von 70 % einzusetzen.

Die Revision meint, da der Kläger selbst einen Aufschlag von 40 % für "irreal" gehalten habe, hätte er diesen als Fachmann seiner Kalkulation nicht zugrunde legen dürfen. Wenn die Beklagte es abgelehnt habe, ihm die genauen Unkostensätze mitzuteilen, hätte er die Kalkulation ablehnen, mindestens aber die Beklagte auf die Zweifelhaftigkeit seiner Berechnungsgrundlage hinweisen müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Wenn nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Beklagte dem Kläger die Unkostensätze auf dessen Verlangen nicht mitgeteilt hat, hat sie damit insoweit die Verantwortung für eine für sie tragbare Kalkulation hinsichtlich der Unkostenzuschläge allein selbst übernommen. Der Kläger hatte demgegenüber nicht die von der Revision angenommene Hinweispflicht. Es war Sache der Beklagten, dem Kläger den von ihr bei den Kalkulationen gewünschten Aufschlag für die allgemeinen Betriebsunkosten mitzuteilen. Nach der Annahme des Berufungsgerichts hat sie die Kalkulation des Klägers mit einem Aufschlag von durchschnittlich 40 % auf die Materialkosten nie beanstandet. Sie kann daher dem Kläger aus der Anwendung dieses Satzes auch bei dem Auftrag G. keinen Vorwurf machen.

2. Das Berufungsgericht (BU 15, 16) hält das Vorbringen der Beklagten, die vom Kläger kalkulierten Preise seien so fehlerhaft gewesen, daß es zu einem erheblichen Verlust für sie gekommen sei, für unsubstantiiert. Die Beklagte habe nicht einmal näher dargelegt, inwieweit die Materialien, die in den von ihr vorgelegten Materialeinkaufsrechnungen aufgeführt sind, überhaupt für den Auftrag G■■■■■ verwandt worden seien. Es genüge nicht, daß sie eine Pauschalsumme für einen angeblich anderen Kundenauftrag abgesetzt habe. Die Beklagte habe auch nicht dargelegt, daß der Kläger die möglicherweise außergewöhnliche Höhe der Materialkosten für den Auftrag G■■■■■ zu vertreten habe; er habe sich in etwa an die unverbindlichen Richtsätze der Preisliste der Beklagten gehalten.

Die Revision macht demgegenüber geltend, das Berufungsgericht habe bei seinen Ausführungen wesentliches Vorbringen der Beklagten übergangen und die Darlegungs- und Beweislast der Beklagten überspannt. Diese Rüge hat keinen Erfolg.

Die Revision sagt selbst, es komme entscheidend auf die Menge des benötigten Materials an. Insoweit hat die Beklagte es aber in der Tat an den nach Lage der Sache erforderlichen ins einzelne gehenden Angaben über den für den Auftrag G■■■■■ erforderlichen Materialverbrauch fehlen lassen. Den Vortrag in der Berufungsbegründung S. 7, 8, auf den die Revision verweist, konnte das Berufungsgericht als unzureichend ansehen. Es genügt nicht, daß die Beklagte dort von den Beträgen in den Materialeinkaufsrechnungen in zwei Fällen bestimmte Abzüge wegen Verwendung von Material

für andere Aufträge macht und im übrigen für ihre Behauptung, die Materialkosten hätten sich auf rund 168.000 DM belaufen, Beweis durch Zeugnis ihres Prokuristen und durch Sachverständigengutachten angetreten hat. Es war nicht Sache des Gerichts, die erforderlichen Einzelangaben über die Höhe der Materialkosten für den Auftrag G■■■■ erst durch Befragung des Zeugen zu ermitteln oder den Sachverständigen zu beauftragen, hierzu die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Ihre in diesem Zusammenhang erhobene Rüge aus § 139 ZPO hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet.

3. Ferner hält das Berufungsgericht den Vorwurf der Beklagten nicht für gerechtfertigt, der Kläger habe die Einsetzung zu niedriger Preise in der Auftragsbestätigung der Beklagten an die Firma G■■■■ nicht berichtet. Die Beklagte habe nicht dargelegt, daß die Überprüfung der Auftragsbestätigungen und der Rechnungen zum Aufgabenkreis des Klägers gehört habe.

Die Revision meint, es müsse zum Aufgabenkreis eines Vertreters, der auf Grund seiner Fachkenntnisse auch die Kalkulation der Aufträge übernommen habe, die Prüfungspflicht gehören, ob der Geschäftsherr das Geschäft entsprechend der erstellten Kalkulation eingehe und abwickle.

Auch in dieser Beziehung kann der Revision nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht legt den Vertrag der Parteien nach dem ihm vorgetragenen Sachverhalt ersichtlich dahin aus, daß der Kläger zwar die Kalkulation zu fertigen hatte, daß aber die Fertigung der danach zu

erstellenden Auftragsbestätigungen und Rechnungen nicht Sache des Klägers, sondern der damit bei der Beklagten betrauten Angestellten war. Diese Auslegung ist möglich und bindet daher das Revisionsgericht. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, daß der Kläger etwa die Überprüfung der Auftragsbestätigungen und Rechnungen ausdrücklich oder stillschweigend durch laufende Übung übernommen hätte.

4. Das Berufungsgericht meint weiter (BU 16, 17), dem Kläger könne auch nicht vorgeworfen werden, daß er eine Wiederverwendung des Verschnitts mit 40 % für möglich gehalten und in die Kalkulation eingesetzt habe. Die Beklagte habe die dahingehenden Behauptungen des Klägers nicht substantiiert bestritten. Auch ihre Behauptung, der Verschnitt sei heute noch vorhanden und könne nicht verwendet werden, sei mangels Substantiierung unerheblich. Das dazu beantragte Sachverständigengutachten diene der Ausforschung und sei deshalb unzulässig. Der Kläger habe durch Vorlegung des Angebotsschreibens Kussler die Möglichkeit der Wiederverwendung eines Teiles des Verschnitts dargetan. Die Beklagte habe das Angebot abgelehnt und die Notwendigkeit dafür nicht näher dargelegt.

Die Revision hat insoweit ebenfalls keinen Erfolg. Das Berufungsgericht konnte den Umständen nach auch in diesem Punkt den Vortrag der Beklagten als nicht hinreichend substantiiert ansehen. Diese hat selbst nur geltend gemacht, daß der Verschnitt "in der Regel" nicht mehr verwendbar sei, jedenfalls nicht in einer von einem Kaufmann zu kalkulierenden Weise. Wenn der Kläger aber durch Vorlegung eines Angebotsschreibens

die Möglichkeit der Wiederverwendung eines - wenn auch nicht besonders erheblichen - Teiles des Verschnitts dargelegt hat, so durfte die Beklagte sich demgegenüber nicht damit begnügen, ohne weitere Begründung eine völlige Nichtberücksichtigung des Verschnitts bei der Kalkulation zu ihren Gunsten in Anspruch zu nehmen. Sie hätte die in der Revisionsbegründung enthaltenen näheren Ausführungen hierzu schon in den Tatsacheninstanzen vortragen können und müssen. Auch insoweit greift die Rüge aus § 139 ZPO nicht durch.

5. Hiernach erweist sich die Revision in vollem Umfang als unbegründet. Sie ist daher mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Finke

Schmidt

Girisch

Recken