

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 82/73

URTEIL

Verkündet am

9. Dezember 1974

Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Lazo M [REDACTED], M [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Walter T [REDACTED] KG, T [REDACTED]-U [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Gesellschafter
Walter T [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin und Revisions-
beklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 19. Oktober 1972 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Alleinvertreter der Beklagten ("Verkaufsleiter" für den Vertrieb von Soft-Eismaschinen in der Bundesrepublik Deutschland) vom 1. Juli 1969 bis zum 10. August 1970. An diesem Tage kündigte die Beklagte fristlos. Bereits am 19. Juni 1970 hatte das Finanzamt M. wegen rückständiger Steuerschulden des Klägers in Höhe von 270.000 DM sämtliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Mit der Klage hat der Kläger unter anderem Zahlung restlicher Provision für die Zeit bis zur Kündigung in Höhe von 118.890,13 DM nebst Zinsen an das Finanzamt gefordert.

- 3 -

In der Berufungsinstanz hat er diesen Anspruch nur in der vom Landgericht zuerkannten Höhe von 102.990,13 DM nebst Zinsen weiterverfolgt. Das Berufungsgericht hat lediglich 19.960 DM nebst Zinsen zugesprochen und die Mehrforderung abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger legt seiner Provisionsberechnung einen Provisionssatz von 8 % vom Listenpreis zugrunde. Das ist mit den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht vereinbar.

1. § 3 Abs. 1 des Vertrages sah einen Provisionssatz von 35 % vor, wobei der Kläger nach § 3 Abs. 2 die Provision auf sich, Bezirksleiter und Vertreter aufzuteilen hatte. Nach dieser Regelung wurde aber nur der erste Auftrag abgerechnet. Von der darauf angefallenen Provision von 12.630 DM nahm der Kläger 1.006,75 DM für sich, also weniger als 8 %. Die späteren Aufträge wurden dann (im Zusammenhang mit der "Eispulververeinbarung") überhaupt nicht mehr nach Prozentsätzen vom Listenpreis, sondern als "Stückprovisionen" abgerechnet. Infolge dieser Vertragsänderung konnte der Kläger danach nicht mehr auf die ursprüngliche Regelung des Vertrages zurückgreifen.



2. Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte habe den Provisionssatz von 8 % zugestanden. Ihre der Klagebeantwortung beigelegte Aufstellung enthält zwar eine Berechnung auf der Grundlage von 8 %. Das Berufungsgericht brauchte aber darin kein prozessuales Geständnis der Beklagten zu sehen, sondern durfte annehmen, daß sie damit die Berechnungsweise des Klägers nur hilfsweise übernahm, um darzutun, daß selbst bei dieser Berechnungsweise noch ein Saldo zu ihren Gunsten verbleiben würde. Im übrigen konnte die Beklagte den von ihr zunächst nicht bestrittenen Gegenvortrag auch später noch bestreiten (BGH Urteil vom 12. Februar 1963 - VI ZR 64/62 = VersR 1963, 530).

3. Der Behauptung des Klägers, den ihm auf Grund der "Eispulververeinbarung" zustehenden Provisionszuschlag von 100 DM je Auftrag habe er für 390 Aufträge zu beanspruchen, aber nur für 93 Aufträge erhalten, brauchte das Berufungsgericht nicht nachzugehen, weil dieser Vortrag unsubstantiiert war. Der Kläger hätte die einzelnen Geschäfte nennen müssen, für die er keine Gutschrift erhalten haben will. Erst dann hätte die Beklagte darlegen und beweisen müssen, daß sie für die vom Kläger genannten Aufträge die Zusatzprovision doch gezahlt oder gutgeschrieben habe.

4. Das Berufungsgericht durfte somit von der (vom Kläger vorgelegten) Provisionsabrechnung der Beklagten ausgehen, soweit der Kläger sie nicht substantiiert bestritten hatte, und sich darauf beschränken, über die spezifizierten Mehrforderungen des Klägers zu befinden.

II.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe bei seiner Entscheidung den im Tatbestand seines Urteils erwähnten unstreitigen Betrag von 61.850,50 DM ("Abstandssummen" nebst Mehrwertsteuer) irrtümlich nicht berücksichtigt. Auch habe es die vom Kläger hilfsweise geltend gemachten 17.602,83 DM (restliche, vom Kläger irrtümlich zunächst nicht geltend gemachte "Abstandssummen") zwar im Tatbestand erwähnt, aber in den Gründen unbeachtet gelassen.

Diese Rügen sind nicht begründet. Das Berufungsgericht hatte keinen Anlaß, sich mit diesen Beträgen auseinanderzusetzen. Zwar ist im Laufe des Rechtsstreits unstreitig geworden, daß dem Kläger 20 % der - von der Beklagten mit 366.622,36 DM bezifferten - "Abstandssummen" zustehen. Das sind 73.324,47 DM. Wie bereits das Landgericht ausgeführt hat, enthalten die Provisionsabrechnungen der Beklagten aber insofern zugleich auch Gutschriften im Gesamtbetrag von etwa 70.000 DM. Es wäre Sache des Klägers gewesen, substantiiert darzulegen, in welchen einzelnen Fällen die Beklagte ihm den geschuldeten Anteil von 20 % der jeweiligen Abstandssumme nicht gutgeschrieben habe. Daran fehlt es. Jedenfalls weist die Revision keinen entsprechenden Sachvortrag des Klägers in den Vorinstanzen nach.

III.

Der Vertrag der Parteien vom 1. Juli 1969 enthält folgende Bestimmungen:

"§ 2 Dieser Vertrag ist mit halbjährlicher Kündigungsfrist jeweils zum Ende eines Jahres kündbar. Der Vertrag kann erstmals zum 31. Dezember 1970 gekündigt werden.

Die Kündigungserklärung muß dem anderen Teil mittels Einschreiben spätestens am 3. Januar (bei Kündigung zum 30. Juni) bzw. am 3. Juli (bei Kündigung zum 31. Dez.) zugegangen sein.

§ 3 Die dem Verkaufsleiter zustehende Provision beträgt 35 % der jeweils gültigen Listenpreise für die jeweilige Maschine ohne Mehrwertsteuer.

.....
.....

Übersteigt der Jahresumsatz einen Betrag von 3 Millionen Deutschen Mark, so erhöht sich der Provisionsanspruch des Verkaufsleiters für diejenigen Geschäfte von 35 % auf 37 %, die abgeschlossen werden, nachdem ein Jahresumsatzbetrag ohne Mehrwertsteuer von 3.000.000 DM erreicht ist.

§ 4

Der Verkaufsleiter garantiert einen Jahresumsatz von 3 Millionen Deutschen Mark."

Der Kläger hat zuletzt einen 2%igen Umsatzbonus von 38.367,10 DM nebst Mehrwertsteuer gefordert.

Das Berufungsgericht verneint den Anspruch. Entgegen der Ansicht des Klägers und des Landgerichts sei unter "Jahresumsatz" der Umsatz des Kalenderjahres, nicht des Vertragsjahres gemeint. Zwar seien nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 4 des Vertrages beide Auslegungen möglich. Aus dem Zusammenhang mit § 2 ergebe sich aber, daß das Kalenderjahr gemeint sei. Denn der Vertrag sei zum Ende eines Jahres, erstmalig zum 31. Dezember 1970, kündbar gewesen. Die Überlegung des Landgerichts, daß es vom Vertragszweck her gesehen allein sinnvoll sei, auf den vom Beginn der Tätigkeit des Klägers an erzielten Umsatz abzustellen, vermöge nicht zu überzeugen.

Gegen diese Auslegung des Individualvertrages durch den Tatrichter wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß die Bestimmung über den Umsatzbonus im Zusammenhang mit den übrigen Vertragsbestimmungen gesehen werden muß und daß es ungewöhnlich wäre, wenn die Parteien die Zeiteinheit "Jahr" innerhalb desselben Vertragswerkes in aufeinanderfolgenden Bestimmungen (§§ 2 - 4) ohne einen unterscheidenden Zusatz im unterschiedlichen Sinne gebraucht hätten.

2. Das Berufungsgericht hat sich zwar mit dem Inhalt des § 2 Abs. 2 des Vertrages, der zwei Termine im Jahr für den Ausspruch der Kündigung vorsieht, nicht auseinander-gesetzt. Absatz 2 kann aber zur Auslegung des Absatz 1 nicht herangezogen werden, weil zwischen beiden Absätzen ein unlösbarer Widerspruch besteht: Während Absatz 1 eine Kündigung nur zum Ende eines Jahres, erstmals zum 31. Dezember 1970, also nur einmal im Jahr, zuläßt, setzt Absatz 2 für die Kündigungserklärung zwei Termine im Jahr, also halbjährige Kündigungsmöglichkeit, voraus.

Es kann nicht als Rechtsfehler angesehen werden, daß das Berufungsgericht angesichts dieser Widersprüchlichkeit von § 2 Abs. 1 und Abs. 2 von der eindeutigen, grundlegenden Bestimmung des § 2 Abs. 1 ausgeht und der mehr technischen, n den Termin der Kündigungserklärung betreffenden Bestimmung des Absatz 2 keine Bedeutung für die Auslegung beimißt.

3. Die Auslegung dahin, daß in § 2 des Vertrages das Kalenderjahr gemeint sei und dies auch für die folgenden Bestimmungen der §§ 3 und 4 gelte, ist somit möglich und daher von der Revision hinzunehmen.

Auch die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Vertragszweck dieser Auslegung nicht entgegenstehe, läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Das gilt sowohl für die vom Kläger zugesagte Umsatzgarantie als auch für den Umsatzbonus. Es konnte nämlich einen guten Sinn für die Parteien haben, den Kläger in der "Anlaufzeit" des ersten halben Jahres noch nicht mit der Umsatzgarantie zu belasten, ihm dann aber auch für diese Zeit noch keinen Umsatzbonus zu gewähren. Der Umstand, daß die Parteien in § 2 Abs. 1 des Vertrages die erstmalige Kündigungsmöglichkeit des Vertrages erst für einen Zeitpunkt nach 1 1/2-jähriger Vertragsdauer vereinbart haben, spricht ebenfalls für die Auslegung des Berufungsgerichts.

IV.

§ 6 Abs. 1 des Vertrages der Parteien lautet:

Der Unternehmer ist berechtigt, für jede verkaufte Maschine einen Betrag von 100 DM an der Provision des Verkaufsleiters einzubehalten als Sicherheit für eine evtl. Vertragsstornierung. Dieses Zurückbehaltungsrecht entfällt, sobald eine Summe von 6.000 DM erreicht ist.

Die Beklagte hat insgesamt 30.300 DM zur Sicherung ihrer Provisionsrückforderungen im Falle von Vertragsstornierungen einbehalten. Der Kläger hat den die vereinbarte Stornoreserve von 6.000 DM übersteigenden Betrag gefordert.

Das Berufungsgericht hält die Beklagte für berechtigt, nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht nur 6.000 DM, sondern insgesamt 20.000 DM zurückzubehalten. Es sei unerheblich, welche Höhe des Stornokontos die Parteien vereinbart gehabt hätten. Da der Kläger nicht mehr für die Beklagte arbeite, habe diese keine Möglichkeit, ihre etwa noch anfallenden Rückforderungsansprüche mit den laufenden Provisionsforderungen des Klägers zu verrechnen. Da er außerdem in hohem Maße verschuldet sei, laufe sie Gefahr, mit ihren Ansprüchen leer auszugehen. Seinem Anspruch stehe daher der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.

Auch dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Nach § 87 a Abs. 2 HGB entfällt der Anspruch auf Provision, wenn feststeht, daß der Dritte nicht leistet; bereits empfangene Beträge sind zurückzugewähren. Das Risiko, Rückzahlung vom Handelsvertreter nicht erlangen zu können, liegt grundsätzlich beim Unternehmer. Das schließt jedoch nicht aus, daß dieser unter besonderen Umständen berechtigt sein kann, nach Vertragsende fällige Provisionen zurückzuhalten, nämlich dann und insoweit, als sein etwaiger späterer Rückgewähranspruch nach § 87 a Abs. 2 Halbsatz 2 HGB angesichts schlechter Vermögenslage des Handelsvertreters praktisch nicht durchsetzbar oder jedenfalls in hohem Maße gefährdet erscheint. Das ergibt sich auch aus dem Rechtsgedanken des § 321 BGB.

Hier liegen diese Voraussetzungen angesichts der Steuerschulden des Klägers von 270.000 DM und der Tatsache, daß seine Klage auf Zahlung nicht an sich, sondern ans

Finanzamt gerichtet ist, vor. Es war der Beklagten nicht zuzumuten, die dem Kläger geschuldeten Provisionen zu zahlen, obwohl die Finanzierungen der vom Kläger vermittelten Kaufverträge noch liefen und damit zu rechnen war, daß ein Teil der Verträge von den Käufern nicht erfüllt würde. In der Höhe, in welcher der Beklagten im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung noch ein Ausfall ihrer Ansprüche aus § 87 a Abs. 2 HGB drohte, hat das Berufungsgericht daher ohne Rechtsfehler den Einwand unzulässiger Rechtsausübung durchgreifen lassen.

V.

Die Revision des Klägers ist somit in vollem Umfang mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Erbel

Girisch

Recken

Doerry