

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 96/65**URTEIL****Verkündet am****15. Dezember 1966****Jodas,****Justizangestellter****als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle****in dem Rechtsstreit .**

des Kaufmanns Erich H [REDACTED], B[REDACTED]-S[REDACTED],
F[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED], Büromaschinengesellschaft mbH.,
vertreten durch den Geschäftsführer Erich W [REDACTED], N[REDACTED]-
[REDACTED]/Württ.,

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 2. Juni 1965 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Der Kläger klagt gegen die Beklagte auf Zahlung eines Ausgleichs gemäß § 89 b HGB in Höhe eines Teilbetrages von 25.000 DM. Im einzelnen wird auf das Urteil des Senats vom 1. Juni 1964 VII ZR 235/62 = NJW 1964, 1952 verwiesen. Auf Grund der neuen Verhandlung hat das Berufungsgericht die Klage wiederum abgewiesen. Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Das Berufungsgericht stellt fest, der Kläger sei nicht Kommissionsagent der Beklagten gewesen, sondern Eigen-

händler. Ihm habe nicht als Vertragspflicht obgelegen, seinen Kundenstamm der Beklagten zu überlassen. Schon deshalb sei eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB in seinem Fall nicht möglich.

Diese tatrichterliche Würdigung ist rechtsfehlerfrei (vgl. BGHZ 34, 282) und bindet daher das Revisionsgericht. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

I.

1.) Das Berufungsgericht brauchte aus dem Vertreterbrief Nr. 28/1958 nicht zu folgern, die Beklagte habe vom Kläger als Kommissionsagenten die vertragliche Übernahme des Delcredere gefordert. Es konnte vielmehr den Brief lediglich als Hinweis der Beklagten darauf verstehen, daß der Kläger als Eigenhändler das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit seiner Kunden selbst zu tragen habe.

2.) Es würdigt die von den Parteien vorgelegten Urkunden dahin, daß die Beklagte zwar die Finanzierung der Teilzahlungsverkäufe wie eine Teilzahlungsbank übernommen habe, damit aber nicht selbst Verkäufer geworden sei; auch Ziff. 4 des Rundschreibens Nr. 12/1958 ergebe das nicht.

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge nach § 139 ZPO ist nicht begründet. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, seine Rechtsauffassung zu diesem Punkte in der Verhandlung bekanntzugeben. Vielmehr mußte der durch einen Anwalt vertretene Kläger selbst wissen, ob es geboten war, den Vertreterbrief Nr. 34/1959 und das Bestellbuch in den



Prozeß einzuführen. Er hätte das auch ohne Hinweis des Gerichts bereits in den Tatsacheninstanzen tun können und müssen. Die jetzige Vorlage dieser Urkunden kann in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden (§ 561 ZPO).

Abgesehen davon legt die Revision auch nicht dar, daß die Teilzahlungsverkäufe dem Vertragsverhältnis der Parteien das Gepräge gegeben hätten.

3.) Die Verwendung der Ausdrücke "Kommission", "Kommissionslager" und "Kommissionsware" im Schriftwechsel der Parteien brauchte für das Berufungsgericht keine entscheidende Rolle zu spielen, wie auch die Revision nicht verkennt. Es konnte dagegen als entscheidend ansehen, daß der Kläger im Vertrag der Parteien vom 15. Januar 1956 eindeutig als "Eigenhändler" bezeichnet ist und daß die Beklagte ihm "Kommissionsware" nach Ablauf der ursprünglichen oder verlängerten "Kommissionszeit" in der Regel automatisch in Rechnung gestellt hat, wie das Berufungsgericht feststellt.

Aus dem Umstand, daß die Beklagte gelegentlich dem Kläger geschrieben hat, eine bestimmte Kommissionsware werde ihm "für unbeschränkte Zeit" überlassen, brauchte das Berufungsgericht nicht auf eine Kommissionsagenten-Stellung des Klägers zu schließen. Das brauchte es auch nicht deswegen, weil die Beklagte in einer Reihe von Fällen die "Kommissionszeit" verlängert oder "Kommissionsware" zurückgenommen hat.

b) Die wiederholten Abstimmungen der Parteien über

den Bestand des "Kommissionslagers" können sich daraus erklären, daß die Maschinen, solange der Kläger sie nicht bezahlt hatte, Eigentum der Beklagten blieben, wie diese - vom Kläger unwidersprochen - vorgetragen hat.

c) Damit kann sich auch der Umstand erklären, daß die Beklagte das "Kommissionslager" selbst hat versichern lassen.

4.) Nach alledem ist es frei von Rechtsirrtum, daß das Berufungsgericht den Kläger als Eigenhändler angesehen hat.

II.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Kläger habe bei der Übersendung von Rechnungskopien nur im eigenen Interesse gehandelt, um die Händlernachvergütung zu erlangen, nicht aber in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht gegenüber der Beklagten.

• Auch diese tatrichterliche Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht.

1.) Das Berufungsgericht brauchte aus dem in der Revisionsbegründung genannten Schriftwechsel nichts anderes zu folgern.

2.) Es durfte die Übersendung des Branchenadressbuchs durch den Kläger an die Beklagte als Beweisanzeichen gegen eine vorvertragliche Auskunftspflicht des Klägers angesehen. Es ist damit dem Vortrag der Beklagten (S. 11, der

Berufungsbegründung vom 8. Juni 1962) gefolgt.

Eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Berufungsgericht liegt auch insoweit nicht vor. Der Kläger hätte die mit der Revisionsbegründung vorgelegten Schreiben vom 5. Juni 1959 und 15. Juli 1959 schon in den Tatsacheninstanzen einreichen können und müssen. Er hatte dazu im Zusammenhang mit seinen Ausführungen S. 5 - 6 seiner Berufungsbeantwortung vom 1. Oktober 1962 allen Anlaß. Er war weiter auch durch die Erwähnung der Teilzahlungsverträge im ersten Revisionsurteil (S. 8 oben aaO) auf die Bedeutung dieses Punktes hingewiesen, hat aber in der zweiten Berufungsverhandlung die genannten Schriftstücke immer noch nicht vorgelegt. Er kann sich unter diesen Umständen nicht darauf berufen, das Berufungsgericht habe ihn mit seiner Entscheidung in unzulässiger Weise überrascht.

3.) Auch aus dem Vertreterbrief Nr. 50 brauchte das Berufungsgericht keine Rechtspflicht des Klägers zur Überlassung des Kundenstamms an die Beklagte zu entnehmen.

4.) Im Gegensatz zur Feststellung des Berufungsgerichts behauptet die Revision, der Kläger habe der Beklagten Angaben über den Zahlungsverkehr mit den Kunden machen müssen. Sie belegt aber nicht, daß er das in den Tatsacheninstanzen behauptet und unter Beweis gestellt hätte. Es kann deswegen dahinstehen, ob es auf solche Angaben entscheidend ankommen würde.

5.) Daß die Beklagte dem Nachfolger des Klägers die aus dessen Meldungen entstandenen Kundenlisten nicht zur Verfügung gestellt hat, bezeichnet das Berufungsgericht

als unstreitig (S. 12 BU). Daran ist das Revisionsgericht gebunden (§§ 314, 561 Abs. 1 ZPO).

6.) Über den "W[REDACTED]-Bon" sagt das Berufungsgericht, insoweit habe zwar eine Verpflichtung des Klägers bestanden, die für den Mengennachlaß in Betracht kommenden Händlerkunden an die Beklagte zu melden. Der Umfang dieser Meldungen sei jedoch nicht geeignet gewesen, der Beklagten den Kundenstamm des Klägers zuzuführen.

Die Revision weist demgegenüber darauf hin, daß der Kläger Verkaufsmeldungen über alle Verkäufe gemacht und dabei auch Rechnungskopien vorgelegt habe. Es fehlt aber eine schlüssige Darlegung des Klägers in den Tatsacheninstanzen, daß er dazu verpflichtet gewesen wäre. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat er die Verkaufsmeldungen an die Beklagte nur bei Verkäufen an Händlerkunden gemacht, um in den Genuß der 5 - 7,5 % Händlornachvergütung zu kommen.

III.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Kläger "schutzwürdig" wie ein Handelsvertreter wäre und ob die sonstigen Voraussetzungen des § 89 b HGB hier gegeben wären, insbesondere ob die Zahlung eines Ausgleichs an den Kläger der Billigkeit entsprechen würde.

Alles, was das Berufungsgericht hierzu beiläufig bemerkt, ist somit nicht Grundlage seiner Entscheidung. Es braucht daher auf die dagegen gerichteten Revisionsangriffe nicht eingegangen zu werden.

IV.

Da das Berufungsgericht auch sonst keinen den
Kläger beschwerenden materiellen Rechtsfehler erkennen
läßt, ist seine Revision mit der Kostenfolge des § 97
ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke