

CISG-online 681	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Köln (Court of Appeal Cologne)
Date of the decision	28 May 2001
Case no./docket no.	16 U 1/01
Case name	<i>Motorcycle clothing case</i>

Tatbestand:

Die italienische Fa. C., deren Alleininhaber der Geschäftsführer der Klägerin war, belieferte die Beklagte, eine Großhändlerin für Motorradbekleidung und -zubehör, ab 1995 mit Motorradkombinationen aus Textil und aus Leder, die von ihr unter dem Namen «SP.» hergestellt wurden. 1

Der Geschäftsbeziehung war eine längere Korrespondenz der Vertragsparteien vorausgegangen, in der zunächst die Fa. C. mit Schreiben vom 15.3.1995 ihre Vorstellungen für eine Zusammenarbeit im Rahmen eines Alleinvertriebsrechts der Beklagten für den deutschen Markt darlegte, nämlich dass die textile Ware von der Beklagten bei ihr gekauft und zu einem von der Beklagten festgelegten Preis weiterverkauft werden sollte, während die Lederartikel von der Beklagten auf Lager genommen und gegen eine Provision von 15% auf Rechnung der Fa. C. verkauft werden sollten. Den Kaufpreis sollte der Kunde auf das Konto der Fa. C. in Deutschland zahlen. 2

Unter dem 15.5.1995 faxte die Fa. C. der Beklagten eine detaillierte Auflistung der in einem Vertragsentwurf zu regelnden Punkte zu, die der Geschäftsführer der Beklagten mit handschriftlichen Anmerkungen versah, u.a. bei der Passage über die Zahlung direkt an die Fa. C. mit der Erklärung «Kann nicht funktionieren». Anschließend teilte die Fa. C. mit, dass ihr Inhaber im Großen und Ganzen mit den Änderungen einverstanden sei und den Geschäftsführer der Beklagten in der nächste Woche aufsuchen wolle, um den Vertrag durchzusprechen. Danach, nämlich mit Fax vom 13.6.1995, sprach die Fa. C. das Problem an, dass sie einerseits bei einer Rechnungserteilung durch die Beklagte keine Möglichkeit habe, säumige Kunden zu mahnen, andererseits eine Rechnungserstellung durch sie bzw. SP. wahrscheinlich für die Kunden zu unübersichtlich werde. Sie unterbreitete daher den Vorschlag, dass die Beklagte Ende eines jeden Monats mitteile, wie viel Kombis versandt seien. Daraufhin werde sie der Beklagten eine Rechnung mit einem Zahlungsziel von 45 Tagen erteilen. Auch bestehe Bereitschaft, für Leder 1,5% Provision zusätzlich, also insgesamt 16,5% zu zahlen. Der Geschäftsführer der Beklagten vermerkte hierauf «i.O.». 3

Unter dem gleichen Datum gab die Beklagte eine Bestellung für Ende Juli 1995 auszuliefernde Ware auf und forderte für den Fall einer Kündigung des Vertrags durch C. eine Abfindung von 4

4% über den Differenzbetrag des Verkaufs des letzten Jahres. Daraufhin unterbreitete C. zunächst den Vorschlag, wegen einer ursprünglich nicht vorgesehenen Provision für eine von ihr vorbehaltene Direktbelieferung der Fa. P. 2,5% zu zahlen und erhöhte sodann mit Fax vom 28.6.1995 den Vorschlag auf 3%. Auch auf dieses Fax vermerkte der Geschäftsführer der Beklagten «i.O.» und zwar am 29.6.1995.

Unter dem 4.9.1995 übermittelte die Fa. C. der Beklagten den Entwurf eines von einem deutschen Anwalt erstellten umfangreichen Vertriebsvertrags, auf den verwiesen wird. Dieser Entwurf wurde in der Folgezeit nicht unterzeichnet. Gleichwohl wurde die Beklagte beliefert, und die Fa. C. teilte ihren deutschen Kunden unter dem 14.11.1995 mit, dass der Vertrieb der SP.-Kombis ab Ende November 1995 über die Beklagte erfolgen werde. 5

In der Korrespondenz, die sich sodann im Rahmen der Geschäftsbeziehungen zwischen der Fa. C. und der Beklagten entwickelte, wurde differenziert zwischen Lederkombis und textiler Bekleidung. Auch wurde wiederholt, insbesondere in Schreiben der Beklagten, aber auch in solchen der Fa. C. vom 15.1.1996 und 8.4.1997 «Kommissionsware» bzw. «Kommissions-Lederbekleidung» oder «Kommission» angesprochen. Wegen der Einzelheiten hierzu wird ebenfalls auf die zu den Akten gereichten Urkunden Bezug genommen. 6

Nachdem es im Mai 1998 zu Differenzen über die Geschäftsbeziehung gekommen war, kündigte die Fa. C. der Beklagten mit Schreiben vom 4.6.1998 an, dass sie in Zukunft mit einem anderen Alleinimporteur für Deutschland zusammenarbeiten und die Beklagte nach der Fachmesse Intermot am 16.9.1998 nicht mehr mit Lederkombis beliefern werde. In der Folgezeit stimmte man sich auf der Grundlage einer von der Beklagten unter dem 8.6.1998 übermittelten Liste ihren Angaben zufolge bereits weiterverkaufter Lederkombis über den Umfang der weiteren Auslieferungen ab, die in der Zeit vom 23.6. bis 3.8.1998 erfolgten bzw. mit insgesamt 76.700,00 DM berechnet wurden. Einen von der Fa. C. unter dem 5.6.1998 unterbreiteten Vorschlag zur Änderung der Zahlungsbedingungen lehnte die Beklagte am 8.9.1998 unter Hinweis darauf ab, dass man auch in Zukunft wie bisher alle Rechnungen ordnungsgemäß bezahlen, in der Buchhaltung die noch offenen Rechnungen prüfen und einen weiteren Scheck vorbereiten werde. 7

Die Klägerin begehrt mit der Behauptung, Rechtsnachfolgerin der Fa. C. zu sein, Ausgleich der 76.700,00 DM zuzüglich des Preises für drei Lederkombis, die für Rennfahrer bestimmt waren, insgesamt 79.709,00 DM. Hiervon bringt sie eine Gutschrift von 1.455,00 DM in Abzug. 8

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 78.254,00 DM nebst 5% Zinsen seit dem 1.10.1998 zu zahlen. 9

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und widerklagend beantragt, die Klägerin zu verurteilen, ihr Auskunft über sämtliche mit der Firma P. Motorradbekleidungs- und Sportswear GmbH & Co. KG, D., in der Zeit vom 1.9.1995 bis 16.9.1998 vereinbarten und durch Lieferung von Motorradbekleidung erzielten Umsätze zu erteilen. 10

- Sie hat die Existenz der Klägerin und die Rechtsnachfolge bestritten. Ferner hat sie gemeint, dass es sich wegen der Lederkombis um Kommissionsgeschäfte gehandelt habe. Diese Auffassung hat sie auf den Schriftverkehr und auf den Entwurf der Vertriebsvereinbarung gestützt und behauptet, man sei sich tatsächlich über alle vorher besprochenen und in dem Entwurf geregelten Punkte einig gewesen und habe nur in der Hektik der laufenden Vororder-Saison vergessen, diesen zu unterschreiben. Tatsächlich sei man jedoch entsprechend dem Besprochenen verfahren, wozu auch eine Rückgabe nicht abverkaufter Ware nach Ende der Saison gehört habe. Dieses Rückgaberecht sei dann auf der Zweiradmesse IFMA im Oktober 1996 auf 300 Stück für den Fall der Beendigung der Zusammenarbeit beschränkt worden. Da die Fa. C. sich indes geweigert habe, die Ware zurückzunehmen, habe sie sie inzwischen zur Schadensminderung en bloc weiterverkauft. **11**
- Gegenstand der Vereinbarungen sei auch eine Provision von 3% für alle Direktgeschäfte der Klägerin mit der Fa. P. gewesen, über die die Klägerin entsprechend dem Widerklageantrag Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen habe. Ferner werde wegen dieses Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klageforderung geltend gemacht. Schließlich hat die Beklagte die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Zahlung von 33.000,00 DM erklärt und diese darauf gestützt, dass man sich auch über eine Abfindung von 3% des Differenzumsatzes geeinigt habe, der im letzten Vertragsjahr 1,1 Mio. DM betragen habe. **12**
- Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Sie hat gemeint, es habe sich um Kaufgeschäfte gehandelt, und behauptet, der Vertragsentwurf sei deshalb nicht unterzeichnet worden, weil man sich nicht über alle Punkte einig gewesen sei. Insbesondere habe die Beklagte eine vorgesehene Ausschließlichkeitsbindung abgelehnt. Grund für die Beendigung der Geschäftsbeziehung sei dann auch die Tatsache gewesen, dass die Beklagte versucht habe, mit ihrem eigenen Logo versehene Imitate auf den Markt zu bringen. **13**
- Mit Urteil vom 22.8.2000, auf das verwiesen wird, hat das Landgericht der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. **14**
- Gegen das am 31.08.2000 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am Montag, dem 2.10.2000 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung mit einem am 2.1.2001 eingereichten weiteren Schriftsatz begründet. **15**
- Die Beklagte tritt dem Landgericht unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags mit rechtlichen Erwägungen entgegen und erklärt äußerst hilfsweise mit der Behauptung, ihr Geschäftsführer habe seine anteilige Forderung abgetreten, die Aufrechnung mit einer Forderung über 8.619,44 DM, die ihr und ihrem Geschäftsführer zu gleichen Anteilen aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts München I vom 21.11.2000 – 21 O 19491/99 – gegen die Klägerin zusteht. **16**
- Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach ihren erstinstanzlichen Schlussanträgen zu entscheiden.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

17

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, bestreitet die Abtretung der Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss mit Nichtwissen und macht geltend, dass gegen die Entscheidung des Landgerichts München I in der Hauptsache Berufung eingelegt sei und die Beklagte eine für die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss erforderliche Sicherheitsleistung nicht bracht habe.

Entscheidungsgründe:

Die in formeller Hinsicht unbedenkliche Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Klage ist begründet, während die Widerklage abzuweisen ist.

18

I.

19

Die Klägerin ist aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils rechtlich existent, und zwar als Rechtsnachfolgerin des Vertragspartners der Beklagten, des unter der Fa. C. handelnden Einzelkaufmanns F.B., der diese Firma als Sacheinlage in die einer GmbH entsprechende s.r.l. eingebracht hat. Damit ist die Klägerin für etwaige Ansprüche aus den getätigten Geschäften sowohl aktiv- wie auch passivlegitimiert, wovon nach Vorlage der die Rechtsnachfolge belegenden Unterlagen die Beklagte bereits in erster Instanz durch die Erhebung der Widerklage selbst ausgegangen ist.

Rechtlich zutreffend und von keiner der Parteien angegriffen ist des Weiteren die Auffassung des Landgerichts, dass eine stillschweigende Rechtswahlvereinbarung vorliegt, wonach deutsche Sachnormen anwendbar sind. Für eine konkludente Rechtswahlvereinbarung reicht es aus, dass beide Parteien in Kenntnis der Problematik übereinstimmend von einer bestimmten Rechtsordnung ausgehen bzw. sich auf Vorschriften einer nationalen Rechtsordnung stützen (vgl. Palandt/*Heldrich*, BGB, 60. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 7 mit Nachweisen). Dies ist hier der Fall, nachdem die Parteien bereits in erster Instanz dem Hinweis des Landgerichts, es werde von einer konkludenten Vereinbarung deutschen Rechts aus gegangen mit der Folge, dass je nach Rechtsnatur des Vertrages entweder das CISG oder die § HGB anwendbar seien, nicht entgegengetreten sind, die entsprechenden Feststellungen in dem angefochtenen Urteil hinnehmen und selbst ihrer Beurteilung deutsche Sachnormen zugrunde legen.

20

II.

21

Die Beklagte ist gem. Art. 53 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. a und b CISG verpflichtet, an die Klägerin 78.254,00 DM zu zahlen.

Für den Fall, dass es sich bei den Geschäften, die der Lieferung der Lederkombis zugrunde liegen, um Kaufverträge handelt, gesteht die Beklagte ausdrücklich zu, dass hieraus noch ein Betrag von 78.254,00 DM offen ist und beschränkt sich für diesen Fall auf die Geltendmachung von Gegenansprüchen (Zurückbehaltungsrecht wegen der P.-Provision; Aufrechnung mit der Abstandprovision).

22

Auch bei unterstellter Richtigkeit des zu Beweis gestellten Vorbringens der Beklagten handelt es sich bei den zwischen dem Rechtsvorgängerin der Klägerin (im folgenden nur noch: Klägerin) und der Beklagten über die Lederkombis getätigten Geschäften um Kaufverträge. Die Frage, ob den Warenlieferungen Kauf- oder Kommissionsgeschäfte zugrunde liegen, ist eine reine Auslegungsfrage, die entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Meinung mit der Frage des der Klage zugrunde liegenden Streitgegenstandes nichts zu tun hat. Streitgegenstand ist alleine ein Antrag auf Zahlung einer bestimmten Stimme aus einem bestimmten Lebenssachverhalt (Lieferung von Lederkombis aufgrund von Absprachen, die teilweise inhaltlich streitig sind). Ob sich sodann der Sachverhalt unter die Art. 1 ff. CISG bzw. § 433 ff. BGB, unter die §§ 84 ff. HGB oder unter die §§ 383 ff. HGB subsumieren lässt, ist eine reine Rechtsfrage.

23

1.

Bei rechtlicher Bewertung der Vorgänge scheidet die Annahme eines Handelsvertreterverhältnisses ersichtlich aus; denn die Beklagte hat die gelieferte Ware unstrittig nicht im Namen der Klägerin und auf deren Rechnung, sondern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verkauft. Zu einer entsprechenden Anwendung der §§ 84 ff. HGB käme man daher allenfalls dann, wenn die Beklagte Vertragshändlerin der Klägerin gewesen wäre. Dies ist aber für die Klageforderung ohne Belang, sondern allenfalls für die Widerklage von Interesse. Bei einem Vertragshändlerverhältnis ist nämlich zu differenzieren zwischen den Abreden, die die für dieses Rechtsverhältnis typische Einbindung in das Vertriebsnetz des Herstellers bewirken und der Art und Weise, wie die einzelnen Geschäfte abgewickelt werden. Diese können, brauchen aber nicht Kaufverträge zu sein, die dann ggfls. dem CISG unterliegen (BGH NJW 1997, 3309; OLG Koblenz, RIW 1993, 936; Schlechtriem/*Ferrari*, CISG, 3. Aufl., Art. 1 Rn. 33; Staudinger/*Magnus*, BGB [1999], Art. 1 CISG Rn. 37).

24

2.

Selbst bei unterstellter Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten, den Lieferungen der Lederkombis habe anders als bei den Textilkombis die Abrede zugrunde gelegen,

25

- dass sie eine Provision von 16,5% bzw. ab Oktober 1997 von 20% auf die Händlerpreise der Klägerin erhalten sollte,
- dass bei den ihr von der Klägerin berechneten Preisen bereits die Provision abgezogen worden sei,
- dass sie die Rechnungen der Klägerin erst nach Abverkauf der Ware zu bezahlen brauchte,
- und dass nicht verkaufte Ware nach Ablauf der Saison zurückgegeben werden könnte,

hat es sich nicht um Kommissions-, sondern um Kaufgeschäfte gehandelt, und zwar unabhängig davon, dass auch im Schriftverkehr durchgängig von Kommissionsgeschäften die Rede ist und die Klägerin selbst bei der Zusammenfassung verschiedener Rechnungen in der Vergangenheit differenziert hat zwischen Ware, die sofort oder erst nach Weiterverkauf bezahlt werden sollte.

Entscheidend für die Abgrenzung einer Kommission vom Kauf, insbesondere dem Kauf mit Rückgaberecht, auch als Konditionenkauf oder Kauf «in Kommission» bezeichnet, ist nicht die von den Vertragsparteien gewählte Bezeichnung, sondern der auszulegende Inhalt ihrer Vereinbarungen (vgl. *Hopt*, HGB, 30. Aufl., Überbl. vor § 373 Rn. 7, § 383 Rn. 3; *Ensthaler/Achilles*, GK-HGB, 6. Auflage, § 383 Rn. 4, 6). Im Rahmen dieser Abgrenzung kann, braucht aber nicht die Vereinbarung einer Provision, die hier zudem in dem Entwurf eines Vertriebsvertrags noch aufgesplittet wurde in 15% zzgl. 1,5% Delkredere-Provision für ein Kommissionsgeschäft sprechen. Sie kann aber genauso gut auch, etwa durch einen Zuschlag zum Anschaffungspreis oder – wie nach der Darstellung der Beklagten im vorliegenden Fall – durch einen Abschlag von den Händlereinkaufspreisen keine Tätigkeitsvergütung für eine Dienstleistung nach § 383 HGB, sondern nur ein Maßstab für die eigene Preisbestimmung sein (vgl. *Achilles*, a.a.O., Rn. 4).

26

Entscheidend ist es vorliegend letztlich, dass die Beklagte während der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin auch die Lederkombis nicht für Rechnung der Klägerin, sondern auf eigene Rechnung weiterverkauft hat. Auch § 1 Nr. 3 des Entwurfs des Vertriebsvertrags sah einen Verkauf der Ware durch die Beklagte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vor. Des Weiteren ist eine Abrechnungspflicht der Beklagten weder vereinbart worden, noch hat sie im Verlaufe der mehrjährigen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien auch nur ein Geschäft abgerechnet. Soweit sie in der Klageerwiderung Abweichendes vorgetragen, nämlich behauptet hat, die Abrechnung über den Abverkauf sei «vereinbarungsgemäß» erfolgt, hat das Vorbringen keinerlei Substanz, zumal gleichzeitig auch vorgetragen wurde, es sei «nicht Kombi für Kombi» abgerechnet worden, und die von ihr selbst eingereichte Korrespondenz eine deutlich andere Sprache spricht. Hiernach sind seitens der Beklagten Abrechnungen nur über den jeweiligen Lagerbestand erfolgt, was auch bei einem Kauf wegen der Fälligkeit des Kaufpreises sowie wegen des – nach der Behauptung der Beklagten vereinbarten – Rückgaberechts Sinn macht. Sowohl der Verkauf für Rechnung eines anderen wie auch die Rechenschaftspflicht sind aber typische Kennzeichen einer Kommission (§§ 383, 384 Abs. 2 HGB), sodass deren Fehlen ein gewichtiges Indiz für Kaufgeschäfte ist (vgl. *Hopt*, a.a.O., § 383 Rn. 3; *Achilles*, a.a.O., Rn. 4).

27

Hinzu kommt, dass die Klägerin der Beklagten die Ware bereits bei Lieferung zu dem endgültig zu zahlenden Preis berechnet und die Beklagte – aus welchen Gründen auch immer – hierauf auch schon vor Weiterverkauf an Einzelhändler Abschlagszahlungen geleistet hat. Unter weiterer Berücksichtigung des Umstandes, dass es um Geschäfte im Großhandel mit Kleidung geht und dabei Käufe «in Kommission» durchaus typisch sind (*Hopt*, a.a.O., Überbl. vor § 373 Rn. 7), ist festzustellen, dass es sich jeweils um Kaufgeschäfte handelt.

28

3.

Das – behauptete – Rückgaberecht und der Umstand, dass die Beklagte einen Teil der Ware im Wege eines Selbsthilfeverkaufs weiterveräußert haben will, stehen dem Kaufpreisanpruch nicht entgegen; denn die Waren wären für diesen Fall nicht unter der aufschiebenden Bedingung des Weiterverkaufs, sondern unter der auflösenden Bedingung der Rückgabe geliefert worden. Auch wenn im Zweifel von einer aufschiebenden Bedingung auszugehen ist (BGH NJW 1975, 776; *Achilles*, a.a.O., Rn. 6), folgt die Annahme einer auflösenden Bedingung

29

vorliegend dar aus, dass nicht nur die Klägerin die Lederkombis der Beklagten sofort berechnet, sondern auch die Beklagte Erfüllungshandlungen vorgenommen, nämlich Abschlagszahlungen geleistet hat. Dies erhellt, dass die Geschäfte nach dem Parteiwillen bereits vor Weiterverkauf Wirkungen entfalten sollten.

Für die Feststellung eines auflösend bedingten Kaufs «in Kommission» ist es ohne Belang, ob sie gem. Art. 6 CISG aus der Vertragsautonomie herzuleiten ist (so *Schlechtriem*) oder ob sie dem subsidiär geltenden nationalen Recht zu entnehmen ist (so *Honsell/Schnyder/Straub*, CISG, Art. 23 Rn. 5), also hier den § 158 ff. BGB.

All dies hat die Folge, dass die Beklagte, die der Behauptung der Klägerin nicht entgegengetreten ist, sie habe 108 Kombis ihrer derzeitigen Alleinimporteurin zu normalen Preisen angeboten, wegen der Weigerung der Klägerin nur Ersatzansprüche aus einer etwaigen Differenz zwischen dem mit der Klägerin vereinbarten Preis und dem Verkaufserlös beanspruchen könnte. Derartige Ansprüche sind indes nicht Gegenstand ihrer Verteidigung, insbesondere nicht beziffert.

Auf die weitere Frage, ob wegen der Lieferungen, die der Klageforderung zugrunde liegen, ohnehin nicht mehr auf die früher praktizierten Grundsätze zurückgegangen werden kann, weil sie erst nach der Ankündigung der Klägerin erfolgten, für die nächste Saison die Beklagte nicht mehr beliefern zu wollen und weil es sich um Ware handelte, die nach der Darstellung der Beklagten in der am 8.6.1998 übermittelten Liste bereits verkauft gewesen sein soll, kommt es nach alledem nicht an.

II.

Die nach alledem entstandene Klageforderung ist weder infolge der von der Beklagten erklärten Aufrechnung teilweise gem. § 389 BGB erloschen, noch steht ihrer Durchsetzbarkeit ein zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führendes Zurückbehaltungsrecht entgegen. Die Beklagte hat ihre Gegenrechte zwar zulässigerweise ausgeübt, was nach überwiegender Meinung, insbesondere in der Rechtsprechung nicht konventionsintern, sondern auf der Grundlage des nach IPR berufenen nationalen Rechts, also hier des deutschen zu beurteilen ist (vgl. *Schlechtriem/Ferrari*, a.a.O., Art. 4 Rn. 39). Indes stehen der Beklagten entsprechende Gegenforderungen nicht zu.

1.

Die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Forderung der Beklagten auf Zahlung einer 3 %-igen Abfindung von 33.000,00 DM ist nicht begründet.

Es handelt sich bei unterstellter Richtigkeit des Sachvortrags der Beklagten um eine Forderung, die nicht kaufvertraglicher Art ist, sondern die Art und Weise der Einbindung der Beklagten in das Vertriebsnetz der Klägerin und das Ausscheiden hieraus betrifft. Deren rechtliche Beurteilung einschließlich der Entstehungsvoraussetzungen richtet sich daher nicht nach CISG, sondern alleine nach nationalem Recht (vgl. BGH NJW 1997, 3309; OLG Koblenz RIW 1993, 936; *Schlechtriem/Ferrari*, CISG, 3. Aufl., Art. 1 Rn. 33; *Staudinger/Magnus*, BGB [1999], 13. Bearbeitung, Art. 1 CISG Rn. 37).

Hiernach lässt sich selbst nach dem Sachvortrag der Beklagten nicht feststellen, dass die Parteien eine abschließende Einigung über eine Abfindungsprovision getroffen haben. Die unter Beweis gestellte Tatsache, dass die Beklagte das Fax der Klägerin vom 28.6.1995 mit dem Vorschlag einer Abfindung von 3% statt ursprünglich geforderter 4% unter dem 29.6.95 mit dem handschriftlichen «i.O.»-Vermerk ihres Geschäftsführers zurückgefaxt hat und das Rückfax bei der Klägerin eingegangen ist, erlaubt nicht die Feststellung einer abschliessenden Einigung. Man befand sich seinerzeit in Verhandlungen über einen Vertriebsvertrag und die Frage einer Abfindung war nur einer der diversen zu regelnden Punkte. Eine bloße Teileinigung über einen dieser Punkte enthält indes noch keine Einigung über das gesamte Vertragswerk und ist gem. § 154 Abs. 1 S. 2 BGB nicht bindend.

36

Soweit die Beklagte die Provision aus dem Vertragsentwurf herleitet, hat sie ihr Vorbringen, man habe sich über alle Punkte hierin geeinigt und lediglich «vergessen» den Entwurf zu unterschreiben, nicht substantiiert. Insbesondere ist sie bereits in erster Instanz dem Vortrag der Klägerin nicht entgegengetreten, der Vertrag sei deswegen nicht unterzeichnet worden, weil sie der Ausschließlichkeitsbindung und dem Wettbewerbsverbot des § 7 Nr. 2 nicht zustimmen wollen. Jedenfalls war auch nach dem Sachvortrag der Beklagten ursprünglich eine Unterzeichnung des Vertrags beabsichtigt, was gem. § 154 Abs. 2 BGB die Folge hat, dass im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist.

37

Hinreichende Anhaltspunkte, dass die Parteien sich im Nachhinein darüber einig geworden sind, von der ursprünglich gewollten schriftlichen Fixierung des rechtlichen Rahmens für die einzelnen Warenlieferungen abzusehen, ergeben sich aus dem Sachvortrag der Beklagten nicht; insbesondere erlaubt die Tatsache, dass über mehrere Jahre eine Belieferung der Beklagten erfolgt ist und die Klägerin sie im November 1995 ihren Kunden als neue Vertriebspartnerin vorgestellt hat, einen solchen Schluss nicht; denn die einzelnen Liefergeschäfte waren rechtlich selbständig und konnten durchaus für beide Parteien auch ohne Einbindung des Vertriebs in einen weitergehenden rechtlichen Rahmen Erfolg versprechend sein (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation auch BGH NJW-RR 1991, 1053).

38

2.

Wegen der 2%-igen Provision für die Direktbelieferung der Fa. P. durch die Klägerin gilt das Vorstehende entsprechend. Auch insoweit war eine bloße Teileinigung gem. § 154 Abs. 1 S.2 BGB nicht bindend. So hat es offensichtlich auch die Beklagte ursprünglich selbst gesehen, indem sie – wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – über Jahre hinweg entsprechende Ansprüche nicht geltend gemacht hat. Vor diesem Hintergrund kommt dem Vorschlag des Geschäftsführers der Klägerin im Rahmen eines vorprozessualen Vergleichsversuchs, einen Betrag von 20.000,00 DM zu zahlen, keine Bedeutung zu, zumal er sich möglicherweise irrtümlich zur Zahlung verpflichtet fühlte. Selbst in diesem Rechtsstreit ist die für die rechtliche Beurteilung entscheidende Vorschrift des § 154 Abs. 1 S. 2 BGB bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht angesprochen worden. Mangels Bestehens eines Hauptanspruchs steht der Beklagten daher ein Abrechnungsanspruch nicht zu, so dass sie auch kein Zurückbehaltungsrecht hierauf stützen kann.

39

3.

Die weitere Hilfsaufrechnung über 8.619,44 DM ist gem. § 530 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die Klägerin hat einer Zulassung widersprochen. Diese wäre auch nicht sachdienlich, da der ansonsten entscheidungsreife Rechtsstreit bei einer Befassung mit der Gegenforderung verzögert werden würde; denn der Beklagten müsste nach entsprechendem Bestreiten in dem nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin Gelegenheit gegeben werden, die Abtretungserklärung vorzulegen. Auch steht der in einem anderen Rechtsstreit entstandene Kostenerstattungsanspruch in keinem Zusammenhang mit dem Streit der Parteien im vorliegenden Verfahren, so dass die Zulassung der Aufrechnung nicht geeignet wäre, diesen Streit zu bereinigen.

40

4.

Der Zinsanspruch auf die Klageforderung folgt dem Grunde nach aus Art. 78 CISG und der Höhe nach aus § 353 HGB a.F. i.V.m. Art. 229 EGBGB.

41

III.

Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass die Widerklage nicht begründet ist.

42

[...]