
Datum: 23.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 22/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0323.18U22.18.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 26 O 2/17

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 17.01.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Münster (Az.: 26 O 2/17) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

A.

2

Zwischen der Klägerin, einer Bekleidungsherstellerin, und Herrn G, handelnd unter der Firma H, bestand ein Vertriebsvertrag vom 02./08.01.2001, nach dem Letzterer als selbstständiger Vertriebspartner – delkrederehaftend – in „*Von einer Darstellung wird abgesehen, die Redaktion*“ tätig sein sollte. In diesem Vertrag heißt es auszugsweise:

3

„[...]§ 4 Pflichten von H [...]4. H ist verpflichtet, bei Verhandlungen mit Kunden und Interessenten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma [gemeint ist die Klägerin] zu beachten und sich nach den von der Firma festgesetzten Preisen zu richten.“

4

Sondervereinbarungen darf er nur mit ausdrücklicher vorheriger Zustimmung der Firma treffen.[...]

- § 11 Besondere Liefer- und Zahlungsbedingungen** 1. Den Aufträgen mit den Kunden von H werden die Abgabepreise [...] zugrunde gelegt. [...]. Neukunden bzw. diejenigen Kunden, für die dieses zwischen H und der Firma festgelegt wurde, leisten 14 Tage nach Auftragserteilung eine Anzahlung von 10% des Auftragswertes an H. H leitet diese Zahlungen in voller Höhe unverzüglich an die Firma weiter. 5
3. Nach Fertigstellung der geordneten Ware stellt die Firma diese zum Versand bereit und meldet die Fakturabeträge pro Kunde an H. H leistet vor Versand der Ware Vorkasse in Höhe der Beträge dieser Sendungen. H ist nicht verpflichtet, Ware von Kunden abzunehmen, die nicht an H leisten können. Das Produktionsrisiko der Ware liegt bei der Firma. [...]“ 6
- Die Beklagte trat in diesem Vertrag zunächst als Bürgin für Forderungen der Klägerin gegen die H auf. Der Vertriebsvertrag wurde im Jahr 2003 im Hinblick auf die zu vertreibenden Produkte durch eine – nicht vorgelegte – Zusatzvereinbarung ergänzt. 7
- Mit einer „Zusatzvereinbarung“ vom 08./10.08.2007 trat die Beklagte anstelle der H als Vertriebspartnerin in den Vertrag ein. Mit einer weiteren „Ergänzungsvereinbarung“ vom 13./30.11.2012 regelten die Parteien: 8
- „[...]Um die Abwicklung des Waren- und Zahlungsverkehrs zu optimieren, hat U die D [U Customer Service GmbH] gegründet, die nunmehr als Zwischenhändlerin zwischen dem Hersteller [gemeint ist die Klägerin] und den U-Kunden im Vertragsgebiet auftreten wird. Die D wird dabei im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den vorgenannten (End-)Kunden auftreten. Durch diese Zwischenschaltung der D sollen sich die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für U und den Hersteller möglichst nicht ändern. [...] (6) Als Zahlungs- und Lieferbedingungen zwischen der D und Hersteller gelten die lt. dem HVV und den dazugehörigen Ergänzungsvereinbarungen zwischen U und Hersteller vereinbarten Konditionen. [...] Die Rechnungstellungen erfolgen vom Hersteller an D für den jeweiligen Endkunden [...]“ 9
- Im Laufe ihrer Tätigkeit vereinnahmte die Beklagte unstreitig Anzahlungen auch von anderen als zwischen den Parteien festgelegten Kunden oder Neukunden. 10
- In einer E-Mail vom 29.09.2016 schrieb der Geschäftsführer K der Klägerin an den Geschäftsführer E der Beklagten: 11
- „[...]Für die Anzahlungsrechnungen der Saisons HW2016 [...] und FS2017 [...] vom 20.09.2016 haben wir immer noch keinen Zahlungseingang registriert. Wir möchten Sie erneut eindringlich darauf hinweisen, dass Sie sich im Zahlungsverzug befinden. [...]“ 12
- Unter dem 14.10.2016 erklärte die Klägerin die Kündigung des Vertriebsvertrages aus wichtigem Grund zum 30.04.2017 und ließ die Beklagte mit Schreiben ihres damaligen Rechtsanwalts vom 19.10.2016 zur Auskehr vereinnahmter Anzahlungen auffordern. Unter dem 19.12.2016 forderte der jetzige Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Beklagte unter anderem zur Zahlung von 207.165,60 € für die Kollektion Frühjahr/Sommer 2017 auf. 13
- Mit der ursprünglichen, der Beklagten am 17.02.2017 zugestellten Stufenklage hat die Klägerin die Beklagte zunächst auf Erteilung von Auskunft über sämtliche vereinnahmten und 14

noch nicht an sie ausbezahlten Anzahlungen aus dem Vertrieb der Kollektion Frühjahr/Sommer 2017, auf eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit dieser Auskunft und auf Auszahlung des sich ergebenden Betrages in Anspruch genommen. Den Auskunftsantrag hat sie im Verhandlungstermin vor dem Landgericht am 22.11.2017 teilweise umgestellt und erweitert.

In diesem Termin hat der Klägerevertreter – was nicht protokolliert, aber zwischen den Parteien unstreitig ist – erklärt, die Kollektion Frühjahr/Sommer 2017 sei abschließend erledigt und die Klägerin habe – offensichtlich mit Ausnahme der mit dieser Stufenklage verfolgten Ansprüche – keinen diesbezüglichen Zahlungsanspruch mehr gegen die Beklagte. 15

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, die Beklagte habe gegen den Vertriebsvertrag verstoßen, indem sie überhaupt Anzahlungen von anderen als den dort in § 11 genannten Kunden vereinnahmt habe. Jedenfalls sei sie verpflichtet gewesen, sämtliche vereinnahmten Anzahlungen unverzüglich an sie - die Klägerin - weiterzuleiten. Dies ergebe sich aus § 11 Ziff. 1. S. 3 des Vertrages. Hierdurch habe sich die Beklagte vertragswidrig einen Liquiditätsvorteil verschafft und ihr - der Klägerin - sei ein Zinsschaden entstanden. 16

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte könne sich hinsichtlich des von ihr verlangten Buchauszugs gegenüber ihrem – der Klägerin – Auskunftsanspruch nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Die Ansprüche seien nicht konnex. Zudem verfüge die Beklagte, die aufgrund der atypischen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses den Zahlungsverkehr abgewickelt habe, über mehr Informationen als sie, so dass der Anspruch jedenfalls als erfüllt anzusehen wäre. 17

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, 18

die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft zu erteilen über sämtliche Anzahlungen aus dem Vertrieb der Kollektionen der Klägerin seit dem 01.01.2014 bis zum 30.04.2017 in Form einer nach Daten geordneten Übersicht aus der insbesondere hervorgeht, zu welchem Zeitpunkt die Anzahlungen vereinnahmt wurden und zu welchem Zeitpunkt sie an die Klägerin ausgezahlt wurden; 19

Die Beklagte hat beantragt, 20

die Klage insoweit abzuweisen. 21

Sie hat widerklagend beantragt, 22

die Klägerin zu verurteilen, an sie 514.011,52 € nebst Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2017 zu bezahlen. 23

Die Klägerin hat beantragt, 24

die Widerklage abzuweisen. 25

Die Beklagte hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, sie sei schon wegen der Ergänzungsvereinbarung aus 2012 keinesfalls passivlegitimiert; die Klägerin müsse sich an die U Customer Service GmbH (im Folgenden: D) halten. Zudem enthalte der Vertriebsvertrag gerade keine Regelung dazu, wie mit Anzahlungen anderer als in § 11 Ziff. 1. S. 3 genannten Kunden zu verfahren sei. Die Verpflichtung zur unverzüglichen Weiterleitung von Anzahlungen bestehe nur in Bezug auf „diese Zahlungen“, was sich wiederum auf die Anzahlungen beziehe, zu deren Vereinnahmung sie verpflichtet gewesen 26

sei. Sie hat die Auffassung vertreten, dies schließe aber nicht aus, dass sie daneben berechtigt gewesen sei, andere Vorauszahlungen zu erheben und vorläufig für sich zu verwenden. Überdies sei § 11 des Vertriebsvertrages stillschweigend abbedungen worden, weil die Regelung nie gelebt worden sei. Dazu hat sie behauptet, sie habe der Klägerin die Anzahlungen gleichsam als pauschalierte Ersatzbeträge weitergeleitet, wenn ein Kunde ausgefallen sei; auch sonst habe sie die Anzahlungen im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 des Vertriebsvertrages nicht unverzüglich weitergeleitet und die Klägerin habe dies auch nie verlangt.

Die Beklagte hat weiterhin die Auffassung vertreten, ein etwaiger Anspruch der Klägerin sei 27
jedenfalls erfüllt, weil es keine „festgelegten Kunden“ im Sinne von § 11 Ziff. 1. S. 3 des Vertriebsvertrags in Bezug auf die Kollektion Frühjahr/Sommer 2017 gegeben und sie mitgeteilt habe, mit den beiden (einzigen) Neukunden für diese Saison einen Gesamtumsatz von 12.890,60 Euro geworben zu haben, woraus sich Anzahlungen in Höhe von insgesamt 1.289,06 € (entsprechend 10 % des Auftragswerts) ergäben. Ohnehin habe die Klägerin eingestanden, dass die Kollektion Frühjahr/Sommer 2017 inzwischen endgültig abgerechnet sei, so dass keine Zahlungsansprüche mehr bestehen könnten, zu deren Vorbereitung eine Auskunftserteilung dienen könnte. Dass der Klägerin ein Zinsschaden entstanden sei, hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten.

Hilfsweise hat sie sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen noch offener 28
Provisionsansprüche und eines nicht erfüllten Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszugs berufen.

Zur im Verhandlungstermin vor dem Landgericht erfolgten Erweiterung des 29
Auskunftsanspruchs hat sie die Auffassung vertreten, andere Anzahlungen als diejenigen auf die Kollektion Frühjahr/Sommer 2017 fielen nicht unter den Streitgegenstand. Die Klägerin habe in der Klageschrift ausdrücklich erklärt, die Kollektion HW 2016 sei nicht Gegenstand der Klage. Außerdem habe die Klägerin die erweiterte Klage in der Sache nicht begründet.

Das Landgericht hat den erweiterten Auskunftsantrag der Klägerin durch das angefochtene 30
Teilurteil abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie unter Wiederholung und 31
Vertiefung insbesondere der erstinstanzlich vorgetragenen Rechtsauffassungen geltend macht, das Landgericht habe die Besonderheiten des vorliegenden Handelsvertretervertrages, insbesondere die Zahlungsabwicklung über die Beklagte bzw. ihre Tochtergesellschaft D, nicht ausreichend gewürdigt. Aufgrund dieser Besonderheiten bestehe ein erhöhtes Bedürfnis auf Rechnungslegung und Aufklärung aus § 242 BGB. Zudem seien Zahlungsdienstleistungen und Delkredere der Beklagten gesondert vergütet worden, so dass auch deswegen dieser der Liquiditäts- bzw. Zinsvorteil aus vereinnahmten Anzahlungen nicht zugestanden habe.

Die Klägerin hat im Verhandlungstermin vor dem Senat am 23.5.2019 beantragt, 32

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft zu 33
erteilen über sämtliche Anzahlungen aus ihrem Vertrieb seit dem 01.01.2014 bis zum 30.04.2017 in Form einer nach Daten geordneten Übersicht, aus der insbesondere hervorgeht, zu welchem Zeitpunkt die Anzahlungen vereinnahmt und zu welchem Zeitpunkt sie an sie ausgezahlt wurden,

sowie - unter Bezugnahme auf ihren Schriftsatz vom 20.03.2019 - darüber hinaus, 34

die Beklagte zu verurteilen, ihr alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die zur Erstellung eines Buchauszugs erforderlich sind, und zwar für den Zeitraum 01.01.2009 bis zum Tage der letzten mündlichen Verhandlung	35
a) Name und Anschrift der Kunden	36
b) Kundennummern	37
c) Datum und Umfang der Auftragserteilung durch Kunden	38
d) Datum der Auftragsbestätigung	39
e) Wert des erteilten Auftrags	40
f) Datum und Nummer der Rechnung bzw. Rechnungen (bei Teillieferungen) von U bzw. D gegenüber Kunden	41
g) Rechnungsbetrag und sonstiger Inhalt der Rechnungen	42
h) Datum und Höhe der Zahlungen durch Kunden	43
i) Gutschriften und deren Gründe	44
j) Vertragliche Vereinbarungen mit Kunden zur Finanzierung von Geschäften	45
k) von Kunden verlangte und/oder erhaltene Sicherheiten	46
l) von Kunden geleistete Zahlungen, die nicht an die P Gruppe weitergeleitet wurden	47
m) Angabe der Höhe und der Gründe für die Einbehaltung von Kundengeldern.	48
Im Anschluss an den Verhandlungstermin vom 23.05.2019 hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 11.6.2019 ihren Antrag gem. Schriftsatz vom 20.3.2019 zurückgenommen. Die Beklagte hat der Rücknahme der Klageerweiterung nicht zugestimmt.	49
Die Klägerin beantragt nunmehr lediglich,	50
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft zu erteilen über sämtliche Anzahlungen aus ihrem Vertrieb seit dem 01.01.2014 bis zum 30.04.2017 in Form einer nach Daten geordneten Übersicht, aus der insbesondere hervorgeht, zu welchem Zeitpunkt die Anzahlungen vereinnahmt und zu welchem Zeitpunkt sie an sie ausgezahlt wurden,	51
Die Beklagte beantragt,	52
die Berufung zurückzuweisen.	53
Sie ist der Ansicht, der am 23.5.2019 gestellte Antrag (gem. Schriftsatz vom 20.3.2019) sei gem. § 533 ZPO unzulässig, insbesondere nicht sachdienlich. Diesem Begehren liege Tatsachenvortrag zugrunde, der erstinstanzlich nicht vorgebracht worden und nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht mehr zu berücksichtigen sei. Die Beklagte ist ferner der Ansicht, der solchermaßen geltend gemachte Anspruch stehe der Klägerin auch in der Sache nicht zu. Teilweise seien begehrte Informationen der Klägerin zudem bereits bekannt, teilweise auch ihre Erforderlichkeit nicht ersichtlich. Vorsorglich erhebt sie die Einrede der	54

Verjährung.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen M und S E. Wegen des Ergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll vom 02.03.2020 verwiesen. 55

B. 56

Die Berufung der Klägerin ist, soweit sie den erstinstanzlich abgewiesenen Antrag weiterverfolgt, zulässig, jedoch unbegründet; die in der Verhandlung vom 23.5.2019 geltend gemachte Berufungserweiterung ist unzulässig. 57

I. 58

Die Klägerin hat mit ihrem zuletzt noch gestellten Berufungsantrag auf Auskunftserteilung über sämtliche Anzahlungen aus dem Vertrieb ihrer Kollektion seit dem 01.01.2014 bis zum 30.04.2017 in Form einer nach Daten geordneten Übersicht keinen Erfolg. 59

1. 60

Ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB steht ihr nicht zu. 61

Treu und Glauben gebieten es zwar, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte, der zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Auskunft angewiesen ist, in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen (BGH, Beschl. v. 02.07.2014, Az. XII ZB 201/13, NJW 2014, 2571). Die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs liegen jedoch nicht vor. 62

a) 63

Zwar stand die Klägerin im Hinblick auf die Vereinnahmung von Anzahlungen der Kunden in einer Sonderbeziehung zur Beklagten. Auch erhielt die Beklagte solche Anzahlungen. 64

Sofern die Beklagte mit Schriftsatz vom 15.01.2020 im Berufungsverfahren nun vorgetragen hat, dass Anzahlungen der Kunden an die D anstatt an sie erfolgt seien, ist sie mit diesem Vortrag ausgeschlossen. Der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils enthält die Feststellung, es sei unstreitig, dass die Beklagte die Anzahlungen vereinnahmt habe. Da eine Berichtigung nach § 320 ZPO nicht vorgenommen wurde, ist von der Richtigkeit der im Tatbestand des Urteils enthaltenen tatsächlichen Angaben auszugehen. 65

Im Übrigen setzt sich die Beklagte mit ihrem Vortrag auch in Widerspruch zu ihrem eigenen erst- und zweitinstanzlichen Vorbringen. In erster Instanz hat die Beklagte eingeräumt (vgl. Bl. 60 d.A.), selbst Anzahlungen verlangt und diese nur im Fall von Stornierungen ausgekehrt zu haben. Auch die in zweiter Instanz zu den Akten gereichten Anlagen widersprechen ihrem neuen Vortrag. Mit E-Mail vom 08.05.2012 (vgl. Bl. 493 d.A.) teilte der Mitarbeiter der Beklagten L, handelnd für die Beklagte, dem Geschäftsführer K der Klägerin mit, sie habe („wir haben ...“) von den Kunden 10% Anzahlung für die „Ware T“ erhalten. Auch der E-Mail-Kontakt vom 28.07.2016 lässt darauf schließen, dass die Beklagte und nicht die D Anzahlungen erhalten und an die Klägerin ausgezahlt hat. Mit E-Mail vom 28.07.2016 (vgl. Bl. 66

494 d.A.) erteilte der Geschäftsführer K die interne Anweisung: „FS 2016 Ware bitte auflösen und Rechnung an U in Höhe von 10% stellen.“ Diese E-Mail wurde Frau L und Herrn E seitens der Beklagten zur Kenntnisnahme übersandt.

b) 67

Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Klägerin hinsichtlich der seitens der Beklagten vereinnahmten Anzahlungen Ansprüche zustehen, zu deren Durchsetzung sie auf die Auskunft der Beklagten angewiesen ist. Dann kommen auch Auskunftsansprüche nicht in Betracht. Denn die Erfüllung von Informationspflichten ist nicht erforderlich, wenn feststeht, dass der Gläubiger des Informationsanspruchs auf Grund der Auskunft und Rechenschaftslegung keinesfalls etwas fordern kann (BGH, Urt. v. 07.02.2019, Az. IX ZR 5/18, NJW-RR 2019, 637). Das ist hier der Fall: 68

aa) 69

Ohnehin geht es nicht um Ansprüche der Klägerin auf Auskehr der seitens der Beklagten vereinnahmten Anzahlungen *als solcher* (bzw. der dadurch ausgelösten Kontoguthaben). Denn die Anzahlungen sind bereits - zusammen mit den weiteren Kundenzahlungen und nach Abzug der Provisionen - an die Klägerin ausgekehrt worden. 70

bb) 71

Ein Zahlungsanspruch der Klägerin ist jedenfalls unter dem Aspekt eines Verzugsschadens gem. §§ 286, 288 BGB nicht schlüssig vorgetragen worden. Ein Verzugseintritt der Beklagten mit der Auskehr von Anzahlungen ist allenfalls infolge der vorgerichtlichen Aufforderung der Klägerin vom 19.10.2016 eingetreten. Indes hat die Klägerin nicht dargelegt, gerade infolge der verzögerten Auskehr von Anzahlungen einen Schaden erlitten zu haben. 72

cc) 73

Doch kommt auch ein Anspruch der Klägerin aus § 11 Ziff. 1. S. 4 des Vertriebsvertrags oder aus § 667 BGB, jeweils i.V.m. § 353 S. 1 HGB, auf Verzinsung des Anspruchs auf Auskehr der vereinnahmten Anzahlungen nicht in Betracht. 74

(1) 75

Nach § 353 S. 1 HGB sind Kaufleute untereinander berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob es sich bei dem Anspruch aus § 667 BGB um eine Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft im Sinne von § 353 S. 1 HGB handelt. Zwar ist der Handelsvertretervertrag ein beiderseitiges Handelsgeschäft und es handelt sich bei dem Anspruch auf Herausgabe des Erlangten um einen Zahlungsanspruch (jedenfalls um einen wie eine Geldschuld zu behandelnden Anspruch; s. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Kindler, HGB, 3. Aufl., § 353 Rn. 10; BGH Beschl. vom 15.9.2005, Az. III ZR 28/05, NJW 2005, S. 3709). 76

Ob § 353 S. 1 HGB allerdings auch auf Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen Anwendung findet, die einen inneren Zusammenhang zu einem Handelsgeschäft aufweisen, wird nicht einheitlich beurteilt (vgl. dazu BeckOK HGB/Lehmann-Richter, 27. Edition, Stand: 15.10.2019, § 353, Rdnr. 9) 77

(2) 78

Diese Frage muss jedoch vorliegend nicht beantwortet werden, weil der Klägerin ein Zahlungsanspruch in Bezug auf die streitgegenständlichen Anzahlungen weder aus § 11 Ziff. 1. S. 4 des Vertriebsvertrags noch aus § 667 BGB zusteht. Solche Ansprüche sind abbedungen worden oder scheitern an § 242 BGB. Im Einzelnen: 79

(a) 80

In § 11 Abs. 1 S. 3 des Vertriebsvertrages haben die Parteien geregelt, in welchen Fällen die Beklagte verpflichtet war, von Kunden eine Anzahlung zu fordern, nämlich einerseits bei Neukunden und andererseits bei einzelnen ausdrücklich bestimmten „festgelegten“ Kunden. Die Regelung sagt allerdings unmittelbar nichts darüber aus, dass die Beklagte in anderen Fällen nicht auch berechtigt gewesen ist, Anzahlungen zu erheben. Grundsätzlich waren auch diese Anzahlungen sofort weiterzuleiten. Diese Verpflichtung ergibt sich zwar nicht bereits aus § 11 Ziff. 1. S. 4 des Vertriebsvertrags, folgt aber aus § 667 BGB, wonach der Beauftragte verpflichtet ist, dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Etwas anderes ergibt sich auch nicht mit Blick auf die zwischen den Parteien vertraglich vereinbarte Delkrederehaftung. Denn die Übernahme des Delkredere bedeutet nicht, dass die seitens des Handelsvertreters vereinnahmten Zahlungen nicht an den Unternehmer weiterzuleiten sind. 81

(b) 82

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats aber fest, dass die Parteien - entsprechend dem Vortrag der Beklagten - abweichend von der vertraglichen und gesetzlichen Regelung eine stillschweigende Abrede getroffen haben, nach der jegliche Anzahlungen nur im Fall von Stornierungen an die Klägerin weiterzuleiten waren (und in solchen Fällen auch weitergeleitet wurden). 83

Dies ist bewiesen durch die Aussagen der Zeugen M und E sowie durch die seitens der Beklagten zur Akte gereichten E-Mails vom 08.05.2012 und 28.07.2016 sowie das Protokoll zum Gespräch zwischen den Parteien vom 08.10.2012. 84

(aa) 85

Die Zeugin M hat glaubhaft bekundet, dass seitens der Beklagten Anzahlungen von Kunden gefordert worden seien und die Kunden solche Anzahlungen auch geleistet hätten. Diese seien aber bei der Beklagten verblieben. Erst später, wenn ein Kunde die Ware nicht bekommen habe oder nicht habe zahlen können, sei dann auf eine entsprechende Rechnung der Firma P der betreffende Zahlungsbetrag an die Klägerin überwiesen worden. Es habe keine anderen Fälle gegeben, in denen die vereinnahmten Anzahlungen als solche an die Klägerin gezahlt worden seien. Auch habe es vor Oktober 2016 kein einziges Mal Anforderungen von Anzahlungen seitens der Klägerin gegeben. Zweifel an der Wahrnehmungsfähigkeit der Zeugin bestehen nicht. Sie ist Prokuristin der Beklagten und nach ihren Bekundungen seit 2007 bei ihr beschäftigt. Das Ganze ist - so die Zeugin - seit ihrem Eintritt so gehandhabt worden und ihr als eine solche Praxis übergeben worden. Für die Richtigkeit der Aussage der Zeugin spricht auch, dass sie eingeräumt hat, bei etwaigen Absprachen nicht dabei gewesen zu sein. Der Senat ist sich bewusst, dass die Zeugin „im Lager“ der Beklagten steht und ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits – zugunsten ihrer Arbeitgeberin - hat, doch ergibt sich daraus kein Anlass, an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussage zu zweifeln. 86

(bb) 87

Auch der Zeuge E hat – in Übereinstimmung mit der Bekundung der Zeugin M - glaubhaft bestätigt, dass es das geschilderte „Procedere“ gab, wonach erhaltene Anzahlungen nur im Falle von Auftragsstornierungen an die Klägerin überwiesen wurden. Der Klägerin sei auch stets mitgeteilt worden, welche Anzahlungen vereinnahmt worden seien. Eine Auskehr der Anzahlungen habe zwischen der Klägerin und ihnen aber "wirklich nie zur Debatte gestanden". Die Klausel in § 11 Abs. 1 S. 3 des Vertriebsvertrages sei so nie gelebt worden. Er selbst sei erstmals nach seinem Ausscheiden mit der Anforderung von Anzahlungen konfrontiert worden. Soweit der Zeuge darüber hinaus sogar bekundete, dass der Einbehalt der Anzahlungen zwischen Herrn K und ihm vereinbart worden sei, dies jedoch nicht an konkreten Äußerungen festmachen konnte, handelte es sich erkennbar nur um eine rechtliche Bewertung des Zeugen. Angesichts seiner Stellung als damaliger Geschäftsführer der Beklagten steht außer Frage, dass der Zeuge die getroffenen Vereinbarungen und die gehandhabte Praxis zutreffend in Erinnerung hatte. Allein der Umstand, dass der Zeuge der Vater des heutigen Geschäftsführers der Beklagten und (einer) deren Anteilseigner ist, steht der Glaubhaftigkeit der detaillierten, in sich geschlossenen und nachvollziehbaren Aussage nicht entgegen.	88
(cc)	89
Im Übrigen finden die Aussagen beider Zeugen in den seitens der Beklagten zur Akte gereichten Schriftstücken Bestätigung. Auch sie sprechen für eine konkludente Vereinbarung der Parteien, dass nur im Falle der Auftragsstornierung ein Betrag in Höhe der vereinnahmten Anzahlung als pauschalierter Schadensersatz für die Nichtdurchführung des Vertrages an die Klägerin auszukehren war.	90
Auf Seite 2 eines Protokolls zum Gespräch zwischen den Parteien vom 08.10.2012 (vgl. Bl. 489 d.A.), an dem für die Klägerin ihr Geschäftsführer Herr K und für die Beklagte der Zeuge E als ihr damaliger Geschäftsführer teilnahmen, findet sich der Vermerk: „Die restliche Ware HW12 Kunde V 0000001 136 Teile werden storniert. Die 10% ANZ werden als Stornogebühren an P überwiesen.“	91
In einer E-Mail von Frau L der Beklagten an den Geschäftsführer K der Klägerin vom 08.05.2012 (vgl. Bl. 493 d.A.) teilte diese mit, dass hinsichtlich des Kunden A „flüssige Mittel für die Übernahme der restlichen Ware FS12“ fehlten. Aus diesen Gründen sei sie gezwungen, die „154 Teile T FS12“ zu stornieren. Sie habe von dem Kunden 10 % Anzahlung für die Ware T erhalten, die sie an P als Stornogebühr übermitteln werde.	92
In einer E-Mail der Beklagten (Frau L) vom 28.07.2016 (vgl. Bl. 494 f. d.A.) teilte sie dem Geschäftsführer der Klägerin hinsichtlich des Kunden W mit, dass bestimmte Ware nicht bestätigt bzw. übernommen werde, da der Kunde erhebliche finanzielle Probleme habe. Der Geschäftsführer K bat daraufhin in einer E-Mail vom selben Tag an die bei der Klägerin beschäftigte Frau F, den Auftrag zu stornieren und der Beklagten eine Rechnung in Höhe von 10 % zu stellen. In der E-Mail heißt es unter anderem: „FS 2016 Ware bitte auflösen und Rechnung an U in Höhe von 10% stellen.“	93
Eine derartige interne jahrelange Übung, die sich aus der laufenden Geschäftsverbindung der Parteien entwickelt hat und die zumindest bei der Beklagten die Erwartung auf deren Beibehaltung ausgelöst hat (vgl. dazu auch Münchner Kommentar zum HGB/Schmidt, 4. Auflage 2018, Vorbemerkung, Rdnr. 21), lässt darauf schließen, dass die Parteien einvernehmlich die vertragliche und gesetzliche Regelung bezüglich der sofortigen Auskehr bzw. Weiterleitung erhaltener Anzahlungen abbedungen haben.	94

Selbst wenn eine konkludente rechtsgeschäftliche Änderungsvereinbarung nicht stattgefunden hätte, verstieße die Geltendmachung von Fälligkeitszinsen in Bezug auf die vereinnahmten Anzahlungen seitens der Klägerin vor diesem Hintergrund gegen das aus dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) resultierende Verbot des *venire contra factum proprium* (vgl. auch Münchner Kommentar zum HGB/Schmidt, a.a.O.).

dd) 96

Schließlich kann sich die Klägerin auch nicht auf einen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB (hier in Form der sog. Eingriffskondiktion), gerichtet auf etwaige von der Beklagten wegen der zeitweisen „Vorenthaltung“ der Anzahlungen erzielte Vorteile stützen. Weder ist dargelegt, dass der Beklagten durch die Verbesserung ihrer Liquidität infolge des (zeitweisen) Einbehalts der Anzahlungen überhaupt ein finanziell messbarer Vorteil entstanden ist noch kann – angesichts der dargelegten vertraglichen Übung unter den Parteien – überhaupt von einem Eingriff der Beklagten in eine Rechtsposition der Klägerin die Rede sein. 97

2. 98

Weitere Anspruchsgrundlagen für das Auskunftsbegehren sind nicht ersichtlich. Sollte § 86 Abs. 1, 2. Halbs. bzw. Abs. 2 HGB der Klägerin auch einen Anspruch darauf gewähren, über Zahlungseingänge bei der Beklagten informiert zu werden, stünde auch ihm die soeben dargelegte konkludente Vereinbarung bzw. jedenfalls der Einwand des § 242 BGB entgegen. 99

II. 100

Soweit die Klägerin im Verhandlungstermin am 23.05.2019 unter Bezugnahme auf ihren Schriftsatz vom 20.03.2019 einen isolierten Auskunftsantrag dahingehend geltend gemacht hat, ihr alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die zur Erstellung eines Buchauszugs für den Zeitraum 01.01.2009 bis zum Tage der letzten mündlichen Verhandlung erforderlich sind, bleibt die Klage ebenfalls ohne Erfolg. 101

Es handelt sich um einen Fall zweitinstanzlich unzulässiger Klageänderung, hier in Gestalt einer Klageerweiterung (§ 533 ZPO). 102

1. 103

Die Einführung dieses Antrags in den Prozess ist als Klageerweiterung nach § 263 ZPO zu bewerten. Es liegt kein Fall des § 264 Nr. 2 ZPO vor, bei dem nur der bisherige Streitgegenstand – bei gleichbleibendem Klagegrund (Zöller/Greger, a.a.O., § 264 Rn. 3b) - quantitativ oder qualitativ modifiziert wird. Denn die Klägerin hält sich mit ihrem Antrag gem. Schriftsatz vom 20.3.2019 nicht im Rahmen des mit der bisherigen Stufenklage unterbreiteten Klagegrundes. Dieser besteht – nach dem insoweit maßgeblichen Vortrag der Klägerin - in dem phasenweisen Einbehalt von Kundenanzahlungen durch die Beklagte im Rahmen des seinerzeitigen Handelsvertreterverhältnisses und der daraus folgenden Erzielung von Vorteilen. Mit dem neuen Antrag gem. Schriftsatz vom 20.3.2019 beruft sich die Klägerin indes auf ein weitaus umfassenderes (Fehl-)Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Beanspruchung und Weitergabe von Skonti und Rabatten. Dies stellt eine Klageänderung im Sinne von § 263 ZPO dar, weil mit diesem Vortrag der Kern des Lebenssachverhalts der Klage verändert wird (BGH NJW 2007, S. 83). Soweit die Klägerin darauf verweist, dieser Antrag diene zumindest auch der Klärung von Ansprüchen gegen die Beklagte wegen unberechtigten (zeitweisen) Einbehalts von Anzahlungen, findet dies jedenfalls in der Begründung des Antrags vom 20.3.2019 keine Stütze. Abgesehen davon stellt der Einbehalt 104

von Anzahlungen, wie er bereits Gegenstand der bisherigen Stufenklage ist, allenfalls ein Randgeschehen des mit dem Antrag vom 20.3.2019 vorgetragenen Sachverhalts dar.

2. 105

Eine Bescheidung dieses Antrags ist erforderlich. 106

Es liegt keine wirksame Rücknahme des Antrags seitens der Klägerin vor. Eine Rücknahme wäre nur unter den Voraussetzungen des § 269 Abs. 1 ZPO möglich gewesen. Da über den Antrag in Termin am 23.05.2019 mündlich verhandelt worden ist, bedarf es der Einwilligung der Beklagten in die Rücknahme. Da die Beklagte diese jedoch verweigert hat, ist die Klagerücknahme wirkungslos (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 269, Rdnr. 16). Die Rechtshängigkeit wird nicht berührt; der Antrag gilt als weiterhin gestellt. 107

3. 108

Die Voraussetzungen für die Klageerweiterung gemäß § 533 ZPO liegen nicht vor. 109

Weder hat die Beklagte der Klageerweiterung im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO zugestimmt noch kann der Antrag auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht nach § 533 Nr. 2 ZPO seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. 110

Die Klägerin stützt ihr Auskunftsinteresse im Wesentlichen auf die Behauptung, die Beklagte habe Rabatte und Skonti „erschlichen“ und sich insoweit ihr gegenüber absprachewidrig verhalten. Zwar hat die Klägerin diesen Sachverhalt bereits in erster Instanz vorgetragen, aber dies geschah im Zusammenhang mit der Abwehr der Widerklage der Beklagten. Zum Prozessstoff auch in Bezug auf die Stufenklage der Klägerin wurde dieser Sachvortrag erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 20.03.2019. Der zugrunde liegende Sachvortrag war und ist von der Beklagten bestritten. Die Zulässigkeit einer darauf gestützten Klageerweiterung in zweiter Instanz setzte indes voraus, dass es sich dabei um neue Tatsachen handelte, deren Berücksichtigung im Berufungsverfahren nach § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zulässig ist (BGH, Urt. vom 16.11.2018, Az. V ZR 171/17; s.a. Anm. Toussaint FD-ZVR 2019, 415039). Daran fehlt es. 111

4. 112

In dem Antrag der Beklagten auf Zurückweisung der Berufung ist zugleich der Antrag enthalten, auch über den (zuletzt) nicht mehr gestellten Antrag der Klägerin gem. Schriftsatz vom 20.3.2019 zu entscheiden (Zöller/Herget, a.a.O., § 330 Rn. 5). Diese Entscheidung ergeht - wegen der soeben dargelegten Unzulässigkeit dieses Antrags - in Gestalt eines sog. unechten Versäumnisurteils. 113

C. 114

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 115

Veranlassung zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Sache hat keine allgemeine Bedeutung; auch die Belange der Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung liegen nicht vor. 116
