

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

HGB §§ 61, 84

Der Geschäftsherr kann, wenn der Handelsvertreter in unzulässiger Weise Geschäfte für einen Konkurrenten vermittelt, nicht Herausgabe des Verdienstes in entsprechender Anwendung des § 61 HGB verlangen.

BGH, Urt.v. 23. Januar 1964 - VII ZR 133/62 - OLG Hamm
LG Bielefeld

Verkündet
am 23. Januar 1964
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Firma Rudolf M _____ GmbH, U _____ über B.
, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
Rudolf M. _____, U _____,

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

gegen

den Handelsvertreter Helmut T _____, S. _____
, G _____ straße _____, -

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin werden die Urteile des
18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom
21. Mai 1962 und des Landgerichts in Bielefeld vom 2. Novem-
ber 1961 dahin ergänzt, daß der Beklagte zusätzlich verur-
teilt wird, auch über die von ihm in den Monaten August und
September 1961 für die Firma Elisabeth F _____ in W _____
/Westfalen getätigten Aufträge Auskunft zu erteilen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelinstanzen werden gegenein-
ander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die ein Aussteuerversandgeschäft betreibt, bestellte den Beklagten im Januar 1961 zu ihrem Handelsvertreter; sie bestätigte den Vertrag mit Schreiben vom 18. Januar 1961. Das Abkommen war mit 6wöchiger Frist zum Quartalschluß kündbar.

Nach Mitte Juni 1961 war der Beklagte nur noch wenig für die Klägerin tätig. Er übernahm damals ohne deren Einwilligung die Vertretung der Firma F, eines Konkurrenzunternehmens der Klägerin. Diese erfuhr davon und ließ am 31. Juli 1961 bei dem Beklagten die Musterkollektion und alle Verkaufsunterlagen abholen, die sie ihm zur Verfügung gestellt hatte.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten Ersatzansprüche geltend gemacht und mit der Klage beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, über die von ihm bis zum 30. September 1961 für die Firma F getätigten Aufträge sowie die ihm dafür gezahlten oder noch zu zahlenden Provisionen Rechnung zu legen;
2. die sich aus dieser Rechnungslegung ergebenden Provisionen herauszugeben oder den Anspruch darauf an sie abzutreten.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er ist der Ansicht, daß das Vertragsverhältnis Ende Juli 1961 aufgehoben worden sei, und daß er der Klägerin gegenüber keine Verpflichtungen habe.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, der Klägerin über die Aufträge Auskunft zu erteilen, die er im



Juli 1961 für die Firma F getätigt habe. Den darüber hinausgehenden Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung hat es abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat den Beklagten auch zur Auskunftserteilung für den Monat Juni 1961 verurteilt, im übrigen aber die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin die Ansprüche auf Auskunft weiter, soweit zu ihren Ungunsten erkannt worden ist. Der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Land- und das Oberlandesgericht haben der Klägerin einen auf die Monate Juni und Juli 1961 beschränkten Auskunftsanspruch zugebilligt, obgleich sie insoweit auch Rechnungslegung verlangt hatte.

Eines Eingehens auf diese Unstimmigkeit bedarf es nicht. Denn die Klägerin beantragt mit der Revision nur noch, den Beklagten zur Auskunftserteilung zu verurteilen, und zwar für die gesamte Zeit von Juni bis zum 30. September 1961.

B.

In der Sache hat die Revision Erfolg, soweit die Klägerin Auskunft über die vom Beklagten für die Firma F in den Monaten August und September 1961 vermittelten Geschäfte verlangt. Dagegen steht ihr kein Anspruch auf Auskunft über die Provisionen zu, die der Beklagte bei F verdient hat.

I.

Das Oberlandesgericht nimmt rechtlich zutreffend an, der Beklagte habe dadurch, daß er trotz vertraglicher Bindung an die Klägerin ein Konkurrenzunternehmen vertrat, gegen die ihm obliegenden Treuepflichten verstoßen und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht. Den Schaden der Klägerin erblickt es darin, daß sie aus den vom Beklagten für F vermittelten Geschäften keinen Gewinn erzielen konnte. Zwecks Errechnung des Schadens hat es deswegen dem Beklagten eine Auskunftspflicht über jene Geschäfte für die Dauer des Vertrags auferlegt. Diese Vertragsdauer beschränkt es auf die Zeit bis zum 31. Juli 1961, weil die Klägerin an diesem Tage die Verkaufsunterlagen beim Beklagten habe abholen lassen und damit zum Ausdruck gebracht habe, daß sie, ebenso wie der Beklagte, die Auflösung des Vertrags wünsche.

Diese Beschränkung wird von der Revision mit Recht angegriffen. Denn der Auskunftsanspruch ist unabhängig von der Vertragsdauer bis zum 30. September 1961 begründet.

1. Die Klägerin hat zwar ihren Schaden vor allem in der Weise berechnet, daß sie vom Beklagten in entsprechender Anwendung des für den Handlungsgehilfen geltenden § 61 HGB die Herausgabe der ihm von F gezahlten oder geschuldeten Provisionen beansprucht hat; nur hierauf bezog sich zudem ihr Zahlungsverlangen im Klageantrag, zu 2, der noch beim Landgericht anhängig ist.

Daneben hat sie aber ihre Forderung ohne jede Beschränkung darauf gestützt, daß sie Verluste erlitten haben, weil ihr die vom Beklagten für F geworbenen Kunden verloren gegangen seien (S. 3 der Klageschrift; S. 5 der Berufungsbegründung). Das war zwar widerspruchsvoll;

denn nach herrschender Ansicht kann der Anspruch auf das Entgelt beim Handlungsgehilfen gemäß dem § 61 HGB nur statt einer sonstigen Schadensersatzforderung, nicht neben ihr geltend gemacht werden (u.a. Schlegelberger HGB 4. Aufl. § 61 Anm. 4; Düringer-Hachenburg HGB 3. Aufl. § 61 Anm. 1). Jenes zusätzliche Verlangen hatte aber Bedeutung für den Fall, daß der Anspruch auf das Entgelt aus Rechtsgründen nicht anerkannt wurde, wie dies in beiden Tatsacheninstanzen geschehen ist

Das Oberlandesgericht hat sich also mit Recht mit einem solchen Schadensersatzanspruch befaßt. Daß die Klägerin im Prozeß bis dahin einen entsprechenden Zahlungsantrag nicht gestellt hatte, war für die Frage der Auskunftspflicht bedeutungslos; denn ein solcher Antrag konnte, sei es in demselben Prozeß, sei es in einem neuen, jederzeit nachgeholt werden.

2. Die Revision greift in erster Linie die Annahme des Oberlandesgerichts an, daß das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien schon am 31. Juli 1961 beendet worden sei. Sie meint, es habe bis zu dem Tage fortbestanden, zu dem die ordnungsmäßige Kündigung zulässig gewesen sei, also bis zum 30. September 1961.

Auf diese Rügen, die sich zudem ausnahmslos in unzulässiger Weise (§ 561 Abs. 2 ZPO) gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts richten, kommt es nicht an. Denn der Anspruch auf Auskunft für die Monate August und September 1961 ist, entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts, auch dann begründet, wenn der Vertretervertrag damals nicht mehr bestand.

a) Die Klägerin hat, wie das Berufungsgericht annimmt, durch das Abholen der Verkaufsunterlagen am 31. Juli 1961

zu verstehen gegeben, daß sie den Vertrag als beendet betrachtete, und der Beklagte hat sich hiermit einverstanden erklärt. Diese Vertragsauflösung hatte aber nicht zur Folge, daß die Klägerin ihre Schadensersatzansprüche für die folgende Zeit verlor.

Der Beklagte hatte durch die Übernahme der Vertretung für ein Konkurrenzunternehmen und die Vernachlässigung der Interessen der Klägerin grob gegen die ihm obliegenden Treuepflichten verstoßen; einen sein Verhalten rechtfertigenden Grund hat er nicht angegeben. Er hat sich also gemäß dem § 276 BGB schadensersatzpflichtig gemacht. Zu dem Schaden, den er zu ersetzen hat, gehört auch derjenige, der dadurch entstanden ist, daß die Klägerin zur vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses gezwungen war.

Demnach hat der Beklagte die Klägerin gemäß dem § 249 BGB so zu stellen, wie wenn der Vertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortbestanden hätte. In diesem Falle hätte er seine Arbeitskraft bis zum 30. September 1961 ganz den Interessen der Klägerin widmen müssen, und sie hätte die sich daraus ergebenden Einnahmen erzielt.

b) Das gleiche Ergebnis folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 89 a Abs. 2 HGB.

Nach dieser Vorschrift kann derjenige, der durch ein von dem anderen Teil zu vertretendes Verhalten zur Kündigung veranlaßt worden ist, Ersatz des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstandenen Schadens verlangen. Vorliegend hat sich die Klägerin zwar auf den Standpunkt gestellt, sie habe nicht gekündigt. Auch das Oberlandesgericht ist der Auffassung, daß eine solche Kündigung nicht ausgesprochen worden sei; es wertet das Verhalten der Parteien vielmehr als einverständliche Auflösung des Vertrags.

Das steht aber einem Schadensersatzanspruch gemäß dem § 89 a Abs. 2 HGB nicht entgegen.

Entscheidend ist nämlich, ob die Klägerin ein Recht zur Kündigung nach dieser Vorschrift hatte und ob sie aus diesem Grunde die Aufhebung des Vertrags verlangt hat. War dies, wie hier, der Fall, so steht ein solches Verlangen einer Kündigung i.S. des § 89 a Abs. 2 HGB rechtlich gleich und löst dieselben Folgen aus. Der Umstand, daß sich der Beklagte damit einverstanden erklärt hat und daß es auf diese Weise zu einer einverständlichen Vertragsaufhebung gekommen ist, ändert daran nichts, wie der Senat für den ähnlich liegenden Fall einer Kündigung gemäß dem § 8 Nr. 3 der VOB (B) bereits ausgesprochen hat (Urt.v. 10. Mai 1962 VII ZR 239/60)

Etwas Anderes käme nur in Betracht, wenn das Verhalten der Klägerin als ein Verzicht auf ihre Schadensersatzansprüche angesehen werden könnte; dafür fehlt es an jedem Anhalt.

c) Das Berufungsgericht geht in tatsächlicher Würdigung der Sachumstände davon aus, daß bei vertragsmäßigem Verhalten des Beklagten die von ihm in den Monaten Juni und Juli 1961 für F vermittelten Geschäfte der Klägerin zugute gekommen wären. Dasselbe muß für die Monate August und September gelten; denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die Lage insoweit anders beurteilt werden sollte.

Richtig ist allerdings, daß der Klägerin kein Schaden entstanden wäre, wenn sie Anfang August sofort einen neuen Vertreter bestellt und dieser nach Zahl und Umfang gleichwertige Aufträge eingebracht hätte. Daß dies der Fall war, hat der Beklagte aber nicht behauptet. Abgesehen hiervon besteht für die Klägerin keine Möglichkeit, die Aufträge jenes etwaigen neuen Vertreters mit den vom Beklagten für F vermittelten zu vergleichen, solange sie diese nicht kennt.

Der Revisionsbeklagte hat sich in der mündlichen Verhandlung ferner darauf berufen, daß die Geschäfte, die der Beklagte für F vermittelt habe, nicht mit denen vergleichbar seien, die er für die Klägerin hätte vermitteln können. Dieser Vortrag ist neu und darf deswegen in der Revisionsinstanz nicht mehr beachtet werden. Er steht zudem mit dem vom Beklagten nicht bestrittenen Inhalt der Klageschrift in Widerspruch; danach betreibt F, ebenso wie die Klägerin, ein Versandgeschäft, liefert gleichartige Waren, hat ein ähnliches Vertriebsverfahren, wendet sich an die gleiche Art von Kunden, nämlich an solche, die eine Aussteuer benötigen, und bezieht die Wäsche teilweise sogar vom selben Lieferanten.

Ebensowenig greift der Hinweis des Revisionsbeklagten durch, die Klägerin benötige die Auskunft nicht, weil sie ihren Verdienstausschlag nach dem Durchschnitt der vorangegangenen Zeit bemessen könne. Diese Behauptung hätte gleichfalls in den Tatsacheninstanzen aufgestellt werden müssen. Im übrigen ist insoweit zu berücksichtigen, daß der Beklagte weniger als ein halbes Jahr für die Klägerin tätig war und daß eine Durchschnittsberechnung bei dieser kurzen Zeitspanne nicht brauchbar ist.

Es ist also daran festzuhalten, daß die Klägerin zur Bezifferung ihres Schadens die Angaben über die für Weidiker vermittelten Geschäfte benötigt. Der Beklagte kann sie unschwer machen und ist daher, wie das Oberlandesgericht für die Monate Juni und Juli 1961 bereits zutreffend angenommen hat, gemäß dem § 242 BGB auch für die Monate August und September auskunftspflichtig (vgl. hierzu RGZ 108, 1, 7; RGRK § 260 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen).

d) Der Revisionsbeklagte hat die Ansicht vertreten, eine solche Auskunftspflicht entfalle, auch wenn man sie

grundsätzlich bejahe, aus einem anderen Grunde. Der Beklagte würde damit nämlich seine Geheimhaltungspflicht gegenüber F verletzen; das sei ihm nicht zuzumuten.

Auch hiermit kann er in diesem Rechtszuge nicht mehr gehört werden.

Es ist zwar richtig, daß sich für den Beklagten widerstreitende Pflichten ergeben könnten, wenn er einerseits der Klägerin Auskunft über die von ihm für Fe vermittelten Abschlüsse erteilen müßte, andererseits aber insoweit seinem neuen Geschäftsherrn gegenüber zur Geheimhaltung verpflichtet wäre. Ein solcher Zwang zur Geheimhaltung ergibt sich aber nicht ohne weiteres aus dem Sachverhalt. Er würde z.B. entfallen, wenn F gegen die Offenlegung der Geschäfte keine berechtigten Einwände erheben könnte. Diese Voraussetzungen könnten hier gegeben sein. Der Beklagte hat den Verkauf von Aussteuerwäsche an Endabnehmer vermittelt, die meistens nur einmal ein solches Geschäft abschließen; für den Wettbewerber ist deswegen im allgemeinen die Kenntnis dieses Kundenkreises bedeutungslos. Abgesehen hiervon würden auch dann Bedenken gegen ein anzuerkennendes Geheimhaltungsinteresse F bestehen, wenn dieser den Beklagten in Kenntnis des Vertragsbruchs eingestellt oder jedenfalls weiterbeschäftigt hätte; Anhaltspunkte in dieser Richtung ergeben sich aus der eidesstattlichen Versicherung des Abteilungsleiters Kr vom 29. August 1961 in dem Verfahren betr. die einstweilige Verfügung.

Unter diesen Umständen genügt der Hinweis des Revisionsbeklagten auf eine etwaige Geheimhaltungspflicht nicht. Es hätten vielmehr in den Vorinstanzen die Tatsachen vorgetragen werden müssen, die eine solche Pflicht rechtfertigen konnten. Das Fehlende kann in diesem Rechtszuge nicht mehr nachgeholt werden. Demgemäß bedarf es auch keines Eingehens

auf die Frage, ob den Interessen beider Parteien durch eine Beschränkung der Auskunft Rechnung getragen werden könnte (vgl. hierzu BGHZ 10, 385, 388; BGH LM § 260 BGB Nr. 6; BGH BB 1957, 490).

e) Das Urteil des Oberlandesgerichts ist also, soweit es den Auskunftsanspruch für die Monate August und September 1961 abgewiesen hat, aufzuheben. Der Senat hat gemäß dem § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache zu erkennen.

II.

Dagegen ist die Revision nicht begründet, soweit die Klägerin Auskunft über die von F an den Beklagten gezahlten oder noch zu zahlenden Provisionen verlangt.

Ein solcher Auskunftsanspruch setzt voraus, daß die Klägerin die Herausgabe dieser Provisionen fordern kann. Das ist nicht der Fall.

Der Umfang des vom Beklagten zu ersetzenden Schadens ergibt sich aus den §§ 249 ff BGB. Er umfaßt nicht den Verdienst, den der Beklagte infolge seines Vertragsbruchs erzielt hat. Das Verlangen auf Herausgabe dieses Verdienstes könnte also nur gerechtfertigt sein, wenn der für den Handlungsgehilfen geltende § 61 HGB auf den Handelsvertreter entsprechend anwendbar wäre. Das ist zu verneinen.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 61 HGB würde voraussetzen, daß das Gesetz insoweit eine Lücke enthält. Sie ist nicht zu erkennen.

1. Aus der Entstehungsgeschichte der für den Handelsvertreter maßgebenden Vorschriften geht hervor, daß das Gesetz den § 61 HGB absichtlich nicht übernommen hat.

a) Der erste Kommissionsentwurf und der Entwurf I zum Handelsgesetzbuch beruhten auf der Ansicht, daß die Stellung des Handlungsagenten weitgehend der des Handlungsgehilfen ähnlich sei. Deswegen enthielten die §§ 64 und 76 jener Entwürfe auch für den Handelsvertreter ein dem jetzigen § 60 HGB entsprechendes Konkurrenzverbot (zit. nach Düringer-Hachenburg, 3. Aufl., § 84 Anm. 3).

Diese Vorschläge haben jedoch keinen Eingang in das Gesetz gefunden. Sie sind mit der Begründung abgelehnt worden, daß der Handlungsagent, im Gegensatz zum Handlungsgehilfen, selbständiger Kaufmann sei und die Verhältnisse bei ihm anders liegen könnten (Denkschr.z.Entw. eines Handelsgesetzbuches bei Hahn-Mugdan, Bd. 6 S. 246 f).

Ist aber die ausdrückliche Regelung des § 60 HGB bewußt und gewollt für den Handlungsagenten ausgeschlossen worden, so muß dies auch für den § 61 HGB gelten.

b) Bei der Neuregelung des Handelsvertreterrechts durch das Gesetz vom 6. August 1953 - BGBl I, 771 - ist das Verhältnis des Handelsvertreters zum Handlungsgehilfen erneut überprüft worden, wie sich aus der damals vorgenommenen Änderung der §§ 55, 65 und 91 HGB sowie der Einfügung der §§ 75 g und h HGB ergibt. Auch die Wettbewerbsfrage ist in § 90 a HGB besonders behandelt worden.

Wenn trotzdem der § 61 HGB unerwähnt geblieben ist, so ist daraus zu folgern, daß man seine Übernahme nicht für erforderlich erachtet hat.

2. Auch die Interessenlage ist hinsichtlich des Handelsvertreters und des Handlungsgehilfen nicht so gleichartig, daß sie die Anwendbarkeit des § 61 HGB auf den Handelsvertreter verlangt.

a) Das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Handlungsgehilfen ist wesentlich näher, als das zum Handelsvertreter. Dieser ist selbständiger Kaufmann und kann als solcher im allgemeinen über seine Zeit und Arbeitskraft nach eigenem Ermessen verfügen. Die im § 61 HGB getroffene Sonderregelung paßt schon aus diesem Grunde nicht für den Handelsvertreter (Schmidt-Rimpler im Handbuch für das gesamte Handelsrecht, Bd. 5, Abt. I, 1. Hälfte § 27, S. 86).

Zwar mag es Ausnahmen von diesem Grundsatz geben (vgl. hierzu auch das Urt.d. Senats vom 28. November 1963 VII ZR 90/62). Auf sie kann aber bei der Auslegung nicht abgestellt werden. Vielmehr kommt es insoweit auf die typischen Fälle an, die das allgemeine Bild des Handelsvertreters kennzeichnen.

b) In diesem Zusammenhange ist, wie das Oberlandesgericht zutreffend hervorhebt, ferner zu beachten, daß der Handelsvertreter üblicherweise allein auf seine Provisionseinnahmen angewiesen ist, während dem Handlungsgehilfen in der Regel sein Gehalt auch dann verbleibt, wenn er nebenbei unerlaubte Konkurrenzgeschäfte getätigt hat. Ähnlich ist die Lage bei dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (vgl. § 113 HGB).

Demgemäß kann diesen die Herausgabe des Entgelts zugemutet werden. Dem Handelsvertreter, der nichts anderes als seine Provisionen erhält, könnte demgegenüber durch die Herausgabe sämtlicher Entgelte die wirtschaftliche Lebensgrundlage abgeschnitten werden.

Der Senat ist daher der Ansicht, daß der § 61 HGB auf das Recht des Handelsvertreters nicht entsprechend angewendet werden kann (ebenso RG LZ 1909, 862 a.E.; RGRK HGB, 2. Aufl., § 84 Anm. 20; Koenige HGB, 4. Aufl., § 84 Anm. 3;

Schmidt-Rimpler aaO. A.A., aber ohne Begründung, Schröder, das Recht des Handelsvertreters, § 86 Anm. 43; Baumbach Duden, 16. Aufl. § 90 a Anm. 1 B; Düringer-Hachenburg, 5. Aufl., § 84 Anm. 18).

Die Revision ist deshalb zurückzuweisen, soweit die Klägerin auch Auskunft über die vom Beklagten erzielten Provisionen verlangt.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 und 97 ZPO

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke