

Verkündet
am 19. November 1956

Noll, Justizangestellter
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 Wilhelm Z [REDACTED] GmbH in H [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Wilhelm
Z [REDACTED] in H [REDACTED], B [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin und Revisionsklägerin

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

gegen

die Firma Wilhelm B [REDACTED], Kommanditgesellschaft
in B [REDACTED], G [REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagte, Widerklägerin,
Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. November 1956 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Kuhn, Dr. Nörr und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Auf die Revision, die im übrigen zurückgewiesen
wird, wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Hamm i. W. vom 23. Februar 1955 in
Höhe von einem Viertel der Kosten und insoweit auf-
gehoben, als es den Anspruch der Klägerin wegen Ge-
währung von Sonderprovision für den am 16. Mai 1952
zwischen der Beklagten und der Firma D [REDACTED] abge-
schlossenen Kaufvertrag betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Drei Viertel der Kosten der Revision trägt die Klägerin. Die Entscheidung über die restlichen Kosten der Revision bleibt dem Berufungsurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war Handelsvertreterin der Beklagten. Ihre Provision betrug grundsätzlich 5 %. Für Geschäfte, bei denen vom Käufer ein Akkreditiv gestellt wurde, wurde zusätzlich eine Sonderprovision von 2 % bezahlt. Als die Beklagte am 11. September 1953 das Vertretungsverhältnis fristlos kündigte, forderte die Klägerin diese Sonderprovision für folgende drei Geschäfte nach:

Im Jahre 1950 hatte die Klägerin für die Vermittlung eines Geschäfts, bei dem der Käufer 15.300 DM vorausbezahlt hatte, lediglich 5 % Provision erhalten.

Im Frühjahr 1952 hatten die Parteien vereinbart, daß die Klägerin für die Vermittlung von Interzonengeschäften, die eine Firma D [REDACTED] auf eigene Rechnung ausführen sollte, als Ausgleich für die dabei von ihr aufgewandten "Courtagezahlungen" 1 % Provision erhalten sollte. Für einen am 16. Mai 1952 mit der Firma D [REDACTED] abgeschlossenen Lieferungsvertrag über 68.142,58 DM, bei dem ein Akkreditiv gestellt worden war, rechnete die Beklagte am 4.7.1952 5 % Provision ab. Als die Klägerin auf Grund der getroffenen Zusatzvereinbarungen am 8.7.1952 6 % Provision verlangte, bezahlte die Beklagte den geforderten Mehrbetrag.

Am 8.7.1952 kam durch Vermittlung der Klägerin ein weiterer, mit dem vorausgegangenen Geschäft zusammenhängender Abschluß mit der Firma D [REDACTED] zustande, auf Grund dessen bis 1.11.1952 Waren im Werte von 353.419,71 DM geliefert werden sollten. Die Firma D [REDACTED] kam der vereinbarten Verpflichtung zu der bis 1.8.1952 zu erbringenden Akkreditivgestellung für den gesamten Auftrag nicht nach. Sie einigte sich mit der Beklagten auf eine anderweitige Abwicklung. Sie nahm - teilweise nach Klageerhebung durch die Beklagte - die Ware in 7 verschiedenen, sich bis Mai 1953



erstreckenden Lieferungen ab, wobei die Beklagte jeweils erst nach Erhalt des Gegenwerts auslieferte. Für die einzelnen Lieferungen erhielt die Klägerin eine Provision von 6 %.

Die Klägerin verlangt zusätzlich die Sonderprovision von 2 % für diese 3 Lieferungen, und zwar für das erste Geschäft mit 306 DM, für das zweite Geschäft mit 1.362,85 DM und für das dritte mit 6.737 DM, also zusammen 8.405,85 DM.

Sie beantragte die Verurteilung der Beklagten zur Leistung eines Teilbetrags von 6.100 DM mit der Begründung, daß bei dem im Jahre 1950 abgeschlossenen Geschäft die Vorauszahlung durch den Käufer einer Akkreditivgestellung im Sinne des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertretervertrags entspreche, daß beim zweiten Geschäft ein Akkreditiv gestellt worden sei und daß beim dritten Geschäft die Beklagte sich unter Verzicht auf die Verpflichtung des Käufers zur Akkreditivgestellung auf eine andere Zahlungsweise eingelassen habe, die im übrigen einer Akkreditivstellung gleichgekommen sei, da jeweils Vorauszahlungen geleistet worden seien.

Die Beklagte beantragte Klagabweisung.

Nach ihrer Ansicht steht der Klägerin aus dem im Jahre 1950 abgewickelten Geschäft schon deshalb keine Sonderprovision zu, weil kein Akkreditiv gestellt und zudem über das Geschäft endgültig abgerechnet worden sei. Für die Vermittlung der Geschäfte mit der Firma D[REDACTED] sei unter Erhöhung der Provision auf 6 % die im Vertretervertrag vorgesehene Sonderprovision für Akkreditive auch im Hinblick darauf wegbedungen worden, daß - was zwischen den Parteien unstreitig ist - diesem Kunden ein Rabatt habe gewährt werden müssen. Was zudem das dritte Geschäft anlange, so könnten die Vorauszahlungen durch Wechsel und Scheck bei den Einzel-

lieferungen einer Akkreditierung des gesamten Auftrags nicht gleichgeachtet werden, da das Geschäft sich gegenüber dem ursprünglichen Abschluß nur mit großer Verzögerung abgewickelt habe. Während sie selbst die Ware entsprechend dem Kaufvertrag rechtzeitig bereitgestellt habe, sei sie durch die Festlegung der hierfür erforderlichen Mittel in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt worden.

Hilfsweise rechnet die Beklagte mit einer unstreitigen Gegenforderung von 2.326,33 DM aus irrtümlich zuviel bezahlter Provision auf.

Sie hat außerdem Widerklage erhoben zwecks Feststellung, daß der Klägerin für die Zeit nach der fristlosen Kündigung keine Provisionsansprüche zustünden.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Zahlungsklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung, mit der die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 6.079,72 DM erstrebt, zurückgewiesen. Mit der Revision beantragt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten nach dem in der Berufungsinstanz gestellten Antrag, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat der Klägerin einen Anspruch auf Sonderprovision für das im Jahre 1950 vermittelte Geschäft zugebilligt, der durch Aufrechnung mit der unstreitigen Gegenforderung der Beklagten erloschen sei. Dieser Sachverhalt ist nicht Gegenstand der Revision. Dagegen hat

das Berufungsgericht einen Anspruch auf Sonderprovision für die Vermittlung der beiden mit der Firma D. [REDACTED] abgeschlossenen Kaufverträge verneint. Unstreitig hat die Käuferin beim ersten Geschäft ein Akkreditiv gestellt, so daß die Voraussetzungen für die zusätzliche 2 %ige Provision nach dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrag gegeben wären. Die Beklagte hat geltend gemacht, die Parteien hätten für die gesamten mit der Firma D. [REDACTED] zu vermittelnden Geschäfte die Sonderprovision wegbedungen, da sie der Firma D. [REDACTED] einen Rabatt von 4 % habe einräumen müssen, und da sie außerdem der Klägerin zu der im Vertrag vereinbarten Provision von 5 % für "Jourtagezahlungen" noch 1 % Provision zugebilligt habe.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts brauchte darüber, ob die Parteien die grundsätzlich bei Akkreditivstellung zu gewährende Sonderprovision für Geschäfte mit der Firma D. [REDACTED] abbedungen hätten, nicht entschieden zu werden, da die Klägerin für das erste Geschäft auf jeden Fall auf einen derartigen nach Ausführung des Geschäfts entstandenen Anspruch zumindest stillschweigend verzichtet habe. Die Beklagte hatte am 4. Juli 1952 für das erste Geschäft die Provision ohne Berücksichtigung einer Sonderprovision mit 5 % berechnet. Der Geschäftsführer der Klägerin beanstandete diese Abrechnung und forderte entsprechend der für dieses Geschäft getroffenen Vereinbarung 6 %, die die Beklagte nach Berichtigung ihrer früheren Abrechnung bezahlte. Das Berufungsgericht hat diesen Sachverhalt rechtlich als den Abschluß einer Abrechnung mit dem darin enthaltenen stillschweigenden Verzicht auf die im Agenturvertrag vorgesehene Sonderprovision gewürdigt. Nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und auf den Handelsverkehr lasse sich dieses Verhalten nicht anders deuten. Da der Klägerin die Akkreditivstellung bekannt gewesen sei, hätte sie

sich ihren Anspruch auf Sonderprovision nur dann erhalten können, wenn sie ihn sich bei der Abrechnung vorbehalten hätte. Selbst wenn der Geschäftsführer der Klägerin bei der Abrechnung nicht an die Geltendmachung der Sonderprovision gedacht hätte, so könne er seine Erklärung nicht anfechten, da es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum handle. Dafür, daß die Beklagte ihrerseits ebenfalls an die Sonderprovision nicht gedacht habe und sich daher, wie beim ersten Geschäft im Jahre 1950 auf die Abrechnung wegen beiderseitigen Irrtums über die Geschäftsgrundlage nicht berufen könne, seien keine Anhaltspunkte gegeben, die Beklagte habe vielmehr nach ihrem unwiderlegten Vorbringen die Zusatzprovision für Wegbedungen gehalten. Diese Ausführungen lassen sich schon aus materiellrechtlichen Gründen nicht aufrecht halten. Die Beklagte hatte der Klägerin am 4.7.1952 nach Ausführung des ersten Geschäfts mit der Firma D. eine Provisionsberechnung übersandt, die auf die Beanstandung der Klägerin hin geändert wurde. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhange von einer Abrechnung spricht und dabei eine Abrechnung im Sinne des § 782 BGB im Auge hat, wie sie bei einem Agenturverhältnis stattfinden kann (Schröder, Handelsvertreter, 2. Aufl. § 87 c Anm 3; Baumbach-Duden, 12. Aufl. § 87 c Anm 1 c), so lassen die getroffenen Feststellungen allein eine derartige Würdigung nicht zu. Unter einer Abrechnung versteht man nämlich einen Vertrag, in welchem der eine Teil anerkennt oder bekennt, dem andern Teil nach gepflogener Abrechnung oder Berechnung noch einen Saldo zu schulden (Staudinger-Kober, § 782 Anm I 2). Darunter fällt auch eine unter Mitwirkung des Gläubigers und des Schuldners vorgenommene Feststellung einer Reihe von einseitigen Schuldposten auf einen Gesamtbetrag durch Zusammenrechnung (RG JW 08, 31; RGRKom 10. Aufl. § 782 Anm 3; Staub-Gadow, Anhang zu § 357 Anm 1 HGB). An dem Erfordernis der Zusammenrechnung einer Reihe von Einzelposten würde es

dann fehlen, wenn, wie die Feststellungen des Berufungsgerichts nahelegen, die Parteien sich lediglich über die für die Vermittlung eines Geschäfts zu bezahlende Provision einig geworden wären (RGZ 95, 18). Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an.

Handelt es sich um eine Abrechnung mit einem dazugehörigen Anerkenntnis der Beklagten, den festgestellten Betrag zu schulden, so wäre damit ein negatives Schuldanerkenntnis der Klägerin des Inhalts verbunden, daß sie andere als die in Rechnung gestellten Forderungen nicht habe (Staudinger-Kober § 782 Anm I 2 e; RGRKom HGB 2. Aufl § 355 Anm 29 b S 301; Regelsberger Jher J 46, 1 ff, 4, 22). Diese Erklärung könnte allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht deshalb angefochten werden, weil sie die Klägerin in Unkenntnis davon abgegeben hätte, daß ihr noch eine Forderung auf Sonderprovision zustand. Insoweit würde kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vorliegen, denn die Klägerin hätte damit den Sinn verbunden, der der Erklärung objektiv zukommt (Staudinger-Kober, § 782 Anm I 2 f; Düringer-Hachenburg, Allgemeine Einleitung vor § 343 Anm 137). Wird eine Forderung in der Abrechnung versehentlich nicht aufgenommen, so kann der davon Betroffene die Berichtigung im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen (Staudinger aaO I, 2 f β ; Regelsberger aaO 29, 30; Palandt § 782 Anm 4 und § 397 Anm 6; Schröder, Handelsvertreter, 2. Aufl § 87 c Anm 3). Da zugunsten der Klägerin zu unterstellen ist, daß ihr Geschäftsführer an die Geltendmachung der Sonderprovision nicht gedacht hat, steht einer derartigen Berechtigung die Bestimmung des § 814 BGB nicht entgegen. Anhaltspunkte dafür, daß die Feststellung unabhängig davon gelten sollte, ob noch weitere Ansprüche bestehen oder nicht, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen (RG JW 1910, 1902; RG LZ 1911, 143). Was das Berufungsgericht

ausgeführt hat, um einen der Rückforderung entgegenstehenden Verzicht zu begründen, reicht, wie noch darzulegen sein wird, für eine derart einschneidende Verfügung wie die Entäußerung eines Rechts nicht aus.

Handelte es sich nicht um eine Abrechnung in dem oben erörterten Sinne, so müßten die Ausführungen des Berufungsgerichts über einen Verzicht der Klägerin dahin verstanden werden, daß die Forderung auf Sonderprovision durch einen Erlaßvertrag nach § 397 Abs 1 BGB erloschen sei. Aber auch hierfür reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts ebensowenig aus wie für die Annahme eines einseitigen Verzichts auf eine nach Bereicherungsrecht durchzuführende Berichtigung. Es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um die Frage, wie ein Schweigen eines Kaufmanns gedeutet werden muß, sondern vielmehr darum, ob der Geschäftsführer der Klägerin mit dem Verlangen auf Zahlung eines weiteren Prozentes Provision gleichzeitig stillschweigend auf die nach dem Agenturvertrag ihm zustehende 2 %ige Sonderprovision verzichtet und ob die Beklagte diesen Verzicht angenommen hat. Daß ein Verzicht auch stillschweigend erklärt werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß die Entäußerung eines Rechts, wie sie der Verzicht auf ein Rückforderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder ein Erlaßvertrag nach § 397 Abs 1 BGB oder ein negatives Schuldanerkenntnis je nach der Ausgestaltung darstellen, insbesondere dann nur unter ganz besonderen Voraussetzungen anzunehmen ist, wenn es sich um die Aufgabe eines dem Erklärenden im Augenblick der Abgabe seiner Erklärung nicht bewußten Rechts handelt. Es ist dabei ebensowenig wie bei jeder anderen Willenserklärung allein der innere Verzichtswille des Erklärenden, der in der Regel Kenntnis des aufzugebenden Rechts voraussetzt, ausschlaggebend. Es kommt vielmehr entscheidend

darauf an, ob sein Verhalten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Aufgabe des Rechts aufgefaßt werden kann (RG LZ 1911, 391; RGZ 97, 40). An eine derartige Auslegung sind strenge Anforderungen zu stellen. Es muß ein unzweideutiges Verhalten festgestellt werden, das vom Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts angesehen werden kann. Insbesondere müssen Umstände feststehen, die auf einen Verzichtswillen des Gläubigers hindeuten (RGZ 116, 316 und 118, 63 667; RG HRR 28, 1795). Irgendwelche besonderen Umstände, die für einen Verzichtswillen des Geschäftsführers der Klägerin sprechen, hat das Berufungsgericht nicht anzuführen vermocht. Die Erteilung oder Annahme einer Abrechnung allein genügt hierzu in der Regel nicht (Schröder, Handelsvertreter, 2. Aufl § 87 c Anm 3). Daß etwa schon vorher zwischen den Parteien über die Auslegung des Vertrags Meinungsverschiedenheiten entstanden waren und die Beklagte dabei sich auf den vereinbarten Wegfall der Zusatzprovision berufen hätte, ist nicht geltend gemacht. Das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob der Geschäftsführer der Klägerin einen triftigen Grund für einen Verzicht hatte, oder ob nicht vielmehr eine andere Erklärung für die Unterlassung der Rechtsausübung näherliegend schien (RG SeuffA 78, 12). Hierbei hätte es erwägen müssen, daß nach dem ursprünglichen Vertrag nicht eine einheitlich insgesamt auf 7 % festgesetzte Provision vorgesehen war, vielmehr für die wohl häufigeren Fälle des gewöhnlichen Kaufabschlusses eine Provision von 5 %, die bei den Geschäften mit der Firma D. [REDACTED] auf 6 % festgesetzt war, zu der noch für den Fall der Akkreditivgestellung eine Zusatzprovision kam. Es läßt sich deshalb nicht von der Hand weisen und konnte auch von einem unbefangenen Beurteiler einer stillschweigenden Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin nicht von vornherein abgetan werden, daß der Geschäftsführer nur an die Erhöhung der normalen Provision von 5 % auf 6 % erinnern

wollte und zu der Sonderprovision überhaupt keine Erklärung abgab. Der Zweck, der nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Gewährung der Sonderprovision zugrunde lag, nämlich eine zusätzliche Vergütung für die mit der Akkreditivstellung verbundene Sicherstellung des Verkäufers rechtfertigt es keinesfalls zwingend, allein im Hinblick auf die Rabattgewährung an die Firma D[REDACTED] die Provision für die Akkreditivstellung wegfällen zu lassen. Dieser Vorteil, für den die Beklagte die Klägerin zusätzlich entlohnnte, verblieb ihr nämlich auch bei diesem Geschäft mit der Firma D[REDACTED] im Vergleich zu Geschäften, die mit dieser Firma ohne Akkreditierung des Kaufpreises abgewickelt worden wären. Da es somit schon an der Abgabe einer Verzichtserklärung fehlte, kam es nicht mehr darauf an, ob die Beklagte eine derartige Erklärung als solche erkennt und angenommen hat (RG HRR 32, 1070), eine Annahme des Berufungsgerichts, gegen die sich die Revision aus verfahrensrechtlichen Gründen wendet.

Das Berufungsgericht wird daher zu der bis jetzt nicht entschiedenen Frage Stellung nehmen müssen, ob die Klägerin entgegen dem allgemeinen Inhalt des Agenturvertrags für das erste mit der Firma D[REDACTED] geschlossene Geschäft keinen Anspruch auf Sonderprovision hat, weil bei den Besprechungen über die Vermittlung der Geschäfte mit der Firma D[REDACTED] mit Rücksicht auf deren besondere Ausgestaltung dieser vertragliche Anspruch abbedungen wurde.

Mit dem gleichen rechtlichen Fehler sind die Ausführungen des Berufungsgerichts behaftet, mit denen es einen Anspruch der Klägerin auf Sonderprovision für das zweite Geschäft mit der Firma D[REDACTED] verneint. Es handelt sich dabei, wie das Berufungsgericht feststellt, um den zweiten Teil eines von der Klägerin im Frühjahr 1952 angebahnten

und in einem Brief der Klägerin an die Beklagte vom 22.4.1952 im einzelnen beschriebenen Geschäfts. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne auch für diese Vermittlung keine Sonderprovision beanspruchen, denn die Parteien hätten sie hierfür nicht vereinbart. Sie hätten vielmehr spätestens am 8.7.1952, als der Geschäftsführer der Klägerin für das erste Geschäft 6 % anstatt der berechneten 5 % Provision forderte, eine vom Agenturvertrag abweichende Provisionsabrede getroffen, da bei der Gleichartigkeit der beiden Geschäfte nicht anzunehmen sei, daß die Parteien hierfür verschiedene Provisionsvergütungen hätten vereinbaren wollen. Sei aber für das erste Teilgeschäft eine Provision nur von 6 % vereinbart, so gelte das auch für das nachfolgende Geschäft. Diese Darlegungen stimmen mit den hinsichtlich des ersten Geschäfts angestellten Erwägungen insofern nicht ganz überein, als das Berufungsgericht in jenem Fall nicht eine von vornherein getroffene Vereinbarung, sondern einen Verzicht auf einen durch Vermittlung und Ausführung entstandenen, demnach zahlenmäßig feststehenden Provisionsanspruch angenommen hat, während nach den rechtlichen Ausführungen zu dem zweiten Geschäft in diesem Falle von vornherein der allgemeine Agenturvertrag geändert wurde. Dabei handelt es sich jedoch im Ergebnis ebenfalls darum, daß die Klägerin ein Recht auf Provision, das ihr nach dem allgemeinen Agenturvertrag erwachsen wäre, offensichtlich vor Abschluß und Ausführung des einzelnen Geschäfts aufgegeben hätte. Die gleichen Erwägungen, die zur Ablehnung eines Erlasses des bereits entstandenen Anspruchs hinsichtlich des ersten Geschäfts führen, ergeben deshalb auch die Verneinung einer solchen vertraglichen Änderung, zumal sie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit seiner Beurteilung des ersten Geschäfts und nur im Hinblick darauf, daß es in jenem Fall einen Verzicht bejaht hatte, festgestellt hat.

Aus diesem Grunde braucht jedoch das Urteil, soweit der Klägerin die Sonderprovision für das zweite Geschäft abgesprochen wurde, nicht aufgehoben werden, da das Ergebnis des Urteils durch die vom Berufungsgericht angestellten Hilferwägungen gerechtfertigt wird. So begegnet die auch von der Revision nicht ausdrücklich angegriffene Annahme des Berufungsgerichts keinen Bedenken, es sei der Beklagten nicht zuzurechnen, daß sie nicht auf der Gestellung eines Akkreditivs für das zweite Geschäft bestanden, sich vielmehr damit zufrieden gegeben habe, daß die Firma D. ihr Wechsel oder Scheck in Zahlung gebe. Nach § 88 Abs 2 aF HGB gebührt dem Handlungsagenten die Provision trotz Nichtausführung des Geschäfts, hier trotz Unterbleibens der Akkreditivgestellung, wenn dafür keine wichtigen Gründe in der Person des Vertragsgegners vorliegen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Firma D., die ihrerseits die Waren über eine holländische Firma in die SBZ lieferte, zu der Stellung des Akkreditivs nicht imstande. Es handelte sich schon nach der Geschäftssumme von 353.419,70 DM um ein bedeutendes Geschäft. Nach dem Berufungsgericht kam es der Beklagten angesichts der Schwierigkeiten bei der Firma D. auf eine möglichst sichere und reibungslose Durchführung des Geschäfts an. Diese Feststellung rechtfertigt nach § 88 Abs 2 aF HGB die Abstandnahme von der Erzwingung eines Akkreditivs. Einmal ist daraus zu entnehmen, daß Zwangsmaßnahmen zwecks Erreichung der Akkreditivstellung keine Aussicht auf Erfolg versprochen, ferner war es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, kaufmännisch und wirtschaftlich gerechtfertigt, zunächst von Zwangsmaßnahmen abzusehen, um mit Bedacht, Umsicht und Geschick zu versuchen, das infolge der Nichtgestellung des Akkreditivs gefährdete Geschäft abzuwickeln. Die Beklagte hat demnach die Nichtgestellung des Akkreditivs nicht zu vertreten (Schröder, Handelsvertreter, 2.Aufl § 87 a Anm 27, 38, 40, 41; Staub-Bondi, HGB

§ 88 Anm 7; Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch V 1, 1 S 143, 149).

Ebenso läßt sich aus Rechtsgründen die Auffassung des Berufungsgerichts nicht beanstanden, daß es bei diesen Geschäften mit der Firma D. im Sinne des allgemeinen Agenturvertrags der Gestellung eines Akkreditivs nicht gleichkomme und daher auch keine Sonderprovision dafür zu gewähren sei, daß die Beklagte für die insgesamt 7 Teillieferungen anstelle des Akkreditivs Vorauszahlungen erhielt. Ursprünglich sollte der gesamte Auftrag über 353.419,70 DM kurzfristig nach der für den 1.8.1952 als Endtermin vorgesehenen Akkreditivgestellung durchgeführt werden, und zwar zur Hälfte innerhalb 4 Wochen nach diesem Zeitpunkt, zu einem Viertel innerhalb weiterer 4 Wochen und der Rest wiederum innerhalb der nächsten 4 Wochen. Die Abwicklung vollzog sich jedoch in der Weise, daß die Firma D. zunächst nur zwei Teillieferungen am 29.9.1952 für 32.146,03 DM und am 13.10.1952 für 50.028,24 DM abnahm und, nachdem sie von der Klägerin auf Zahlung verklagt war, fünf weitere sich bis in den Mai 1951 erstreckende Teillieferungen erhielt. Das Berufungsurteil führt dazu aus, daß zwar eine Vorauszahlung, wie sie in diesen Fällen geleistet worden sei, grundsätzlich einer Akkreditivgestellung gleichzusetzen sei, aus dem Sinn und Zweck der Vertragsabrede über die Sonderprovision gehe jedoch hervor, daß die Beklagte - möglicherweise wegen der Unsicherheit und Schwierigkeit der reibungslosen Durchführung der Interzonengeschäfte - die Sonderprovision nur dafür haben versprochen wollen und versprochen hat, daß der Kaufpreis vor der Lieferung der Waren - gemeint ist offensichtlich der gesamte Kaufpreis vor Beginn der ersten Lieferung - sichergestellt sei. Daher habe der Anspruch auf Sonderprovision nur entstehen können, wenn entweder das Akkreditiv, wie es vereinbart war, von vorn-

herein wirksam gestellt worden wäre, oder der volle Gegenwert für die gesamte Lieferung, zumindest aber für die am 1.9.1952 zur Hälfte fällig werdende Teillieferung bei der Beklagten eingegangen wäre. Infolge Nichteintritts dieses Umstandes entfalle der Anspruch auf Sonderprovision. Diese Auslegung, die das Berufungsgericht der Vereinbarung der Parteien hat zuteil werden lassen, wird von der Revision nicht ausdrücklich angegriffen. Sie läßt auch keinen in der Revisionsinstanz zu berücksichtigenden Rechtsverstoß erkennen.

Die Revision rügt jedoch in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Behauptung der Klägerin auseinandergesetzt, daß die Beklagte von der Firma D. [REDACTED] Schadensersatz erhalten habe und daher genau so gestellt worden sei, als habe die Firma D. [REDACTED] das Akkreditiv gestellt. Aus diesem Grunde müsse die Beklagte die Zusatzprovision gewähren. Es trifft allerdings zu, daß die Provision des Handlungsagenten auch dann verdient ist, wenn das ausgeführte Geschäft im wesentlichen mit dem Inhalt des vermittelten Geschäfts übereinstimmt, sodaß für den Geschäftsherrn derselbe wirtschaftliche Erfolg erzielt wird. Deshalb kann der Handelsvertreter Provision beanspruchen, wenn der Geschäftsherr statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhält (Staub-Bondi § 88 Anm 3; RGRKom HGB 2. Aufl § 87 a Anm 1; Düringer-Hachenburg § 88 Anm 7; Gessler-Schröder 1. Aufl § 88 Anm 10). Nach der Behauptung der Klägerin (GA 103, BA 35/43) hat die Beklagte Ersatz für den ihr entstandenen Verzugsschaden erhalten. Diese Entschädigung kann jedoch nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Zweck der Akkreditivvereinbarung der Stellung des Akkreditivs nicht gleichgesetzt werden. Wenn eine Vertragspartei für einen gesamten sich über einen Zeitraum von drei Monaten erstreckenden Lieferungsvertrag

von vornherein ein Akkreditiv erhält, dann kann sie ohne Rücksicht auf die bei einem Interzonengeschäft der vermittelten Art gegebene Unsicherheit der Erfüllung ihre Vorbereitungen zur Ausführung der Lieferung treffen, sei es durch Abschluß von Lieferverträgen mit Vorlieferanten, sei es durch Bereitstellung der Ware aus ihren eigenen Produkten oder ihrer Lagerhaltung. Es kam der Beklagten, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, entscheidend darauf an, die Gewißheit zu haben, daß die Durchführung des Liefergeschäfts nicht gefährdet werde. Dieser Erfolg hatte ihr bei dem Versprechen der Sondervergütung vorgeschwebt. Wenn sie, wie die Klägerin behauptet hat, später für den entstandenen Verzugsschaden vollauf entschädigt worden ist - ob diese Behauptung nach dem Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 13.12.1952 (BA 35) zutrifft, mag dahingestellt bleiben -, so ist nach dem dargelegten Sinn und Zweck der Akkreditivgestellung das Geschäft wirtschaftlich nicht in derselben Weise ausgeführt worden, wie wenn von vornherein ein Akkreditiv eingeräumt worden wäre. Dies gilt umsomehr, als das Geschäft ursprünglich innerhalb dreier Monate bis 31.10.1952 abgewickelt sein sollte und in Wirklichkeit erst in Teillieferungen bis Mai 1953 ausgeführt wurde. Die Sonderprovision sollte eine Vergütung für die Vermittlung solcher Geschäfte sein, die infolge Akkreditivgestellung ohne Risiko in Angriff genommen werden konnten. Das Risiko, das im vorliegenden Fall für die Beklagte bestanden hatte, kann nicht durch einen nachträglichen Ersatz des Verzugsschadens ausgeglichen werden.

Das Berufungsgericht hat daher mit Recht für das zweite Geschäft mit der Firma D. den Anspruch auf Sonderprovision abgelehnt. Insoweit war die Revision zurückzuweisen. Dagegen mußte die Sache, soweit es sich um den Anspruch aus dem ersten Geschäft vom 16. Mai 1952 handelt, zur anderweiten

Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf den
§§ 97, 92 ZPO.

Dr. Canter Dr. Haidinger Dr. Kuhn Nörr Dr. Haager