

26

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 164/69

URTEIL

Verkündet am  
13. März 1972  
W e r n e r  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gernot von R [REDACTED], F [REDACTED] ([REDACTED]),  
Im U [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die G [REDACTED] & P [REDACTED] oHG i. L., vertreten durch ihre Liqui-  
datoren, Herrn Günter G [REDACTED] und Herrn Martin P [REDACTED],  
D [REDACTED]-A [REDACTED], S [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 24. Juni 1969 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Kommanditist der Helmut K [REDACTED] Galvano Gesellschaft & Co. KG (im folgenden: K [REDACTED] KG), die aufgrund eines Vorvertrages vom 10. November 1966 durch notariellen Vertrag vom 30. Januar 1967 gegründet, aber nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist. Nach § 2 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages hat die Gesellschaft ihre Geschäfte am 1. November 1966 begonnen.

Die Klägerin hat am 8. März 1967 mit dieser Gesellschaft eine Vereinbarung geschlossen, durch die ihr zunächst für eine Probezeit von zwölf Monaten das "Exklusiv-Verkaufsrecht" für zum Patent angemeldete

Galvan-Elektric-Geräte in dem Bezirk Dortmund, Bochum, Castrop-Rauxel und Lünen eingeräumt wurde. Sie bezog gleichzeitig Geräte zum Preise von 25.530,80 DM, die sie zum Teil in bar, zum Teil in Wechseln bezahlte. In einer "Sondervereinbarung" vom gleichen Tage verpflichtete sich die K[REDACTED] KG, die zu vergebenden Unterververtretungen durch ihre Mitarbeiter einzurichten.

Mit Schreiben vom 14. März 1967 teilte die Klägerin mit, ihrerseits seien alle Vorbereitungen zum Vertrieb getroffen worden; sie erwarte nun die Anweisung der Untervertreter. Am 10. April 1967 und in einem weiteren - undatierten - Schreiben vom April 1967 beanstandete sie, daß die K[REDACTED] KG ihre Verpflichtung, fünf Unterververtretungen innerhalb acht Tagen einzurichten und Werbemaßnahmen einzuleiten, nicht erfüllt habe. In dem zuletzt erwähnten Schreiben setzte sie eine Frist von einer Woche zur Erfüllung dieser Verpflichtung mit der Erklärung, andernfalls die Erfüllung des Vertrages abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Nach weiteren Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 3. Mai und 5. Juni 1967 hat sie Klage erhoben und die zeitlich vor der K[REDACTED] KG gegründete Helmut K[REDACTED] Galvano GmbH & Co. KG (im folgenden: K[REDACTED] GmbH & Co. KG), die im Handelsregister eingetragen war, und den persönlich haftenden Gesellschafter der K[REDACTED] KG, Helmut K[REDACTED], den Beklagten und den Kommanditisten So[REDACTED] wegen positiver Vertragsverletzung auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Der Beklagte hat beantragt, die gegen ihn gerichtete Klage abzuweisen. Der Klägerin sei durch die Sondervereinbarung vom 8. März 1967 nur die Unterstützung



bei der Einrichtung von Untervertretungen zugesagt worden. Da sie selbst in dieser Richtung nichts unternommen habe, könne der K[REDACTED] KG keine Vertragsverletzung zur Last gelegt werden. Eine Haftung des Beklagten scheitere zudem deshalb, weil dessen Kommanditistenstellung der Klägerin bekannt gewesen sei.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und die K[REDACTED] GmbH & Co. KG durch Versäumnisurteil zur Zahlung von 32.386,80 DM und die drei Gesellschafter der K[REDACTED] KG (Helmut K[REDACTED], den Beklagten und So[REDACTED]) als Gesamtschuldner zur Zahlung von 26.287,80 DM nebst Zinsen verurteilt. Die K[REDACTED] GmbH & Co. KG hat das Urteil nicht angefochten. Die Berufungen des Beklagten und So[REDACTED] wurden zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die hier in Frage stehenden Vereinbarungen vom 8. März 1967 zwischen der Klägerin und der Klöckner KG wirksam zustande gekommen sind. Es hat den Schadensersatzanspruch gegen die Klöckner KG für begründet erachtet und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Schadensbetrages aus dessen persönlicher Haftung für

die Verbindlichkeiten der K[REDACTED] KG hergeleitet (§ 176 Abs. 1 HGB i. V. m. den §§ 128, 161 Abs. 2 HGB), weil die Gesellschaft im Handelsregister nicht eingetragen und der Klägerin bei Vertragsschluß die Kommanditistenstellung des Beklagten nicht bekannt gewesen sei.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

I. Die Revision meint, das Berufungsurteil leide unter dem logischen Widerspruch, daß es zwar zunächst - richtig - davon ausgehe, die K[REDACTED] GmbH & Co. KG, an der der Beklagte und So[REDACTED] nicht beteiligt waren, sei alleinige Vertragspartnerin der Klägerin gewesen, dann aber dieses Vertragsverhältnis der am 10. November 1966/30. Januar 1967 gegründeten K[REDACTED] KG anlaste und aus der Beteiligung des Beklagten an dieser Gesellschaft dessen persönliche Haftung nach § 176 HGB begründe.

Dieser Vorwurf ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat sich zwar mißverständlich ausgedrückt, wenn es an verschiedenen Stellen des angefochtenen Urteils von der Beklagten zu 1 und damit von der K[REDACTED] GmbH & Co. KG als Vertragspartnerin der Klägerin gesprochen hat. Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe, insbesondere aus den Ausführungen unter S. 14 letzter Absatz, S. 15 Abs. 2, S. 16 Abs. 1 und S. 18 des Berufungsurteils ergibt sich jedoch eindeutig, daß das Berufungsgericht in Wahrheit die K[REDACTED] KG als Vertragspartnerin der Klägerin angesehen hat. Das war in beiden Vorinstanzen auch nie umstritten, zumal die über die Vereinbarungen

vom 8. März 1967 errichteten Urkunden und der Schriftwechsel über die Abwicklung (vgl. Schreiben der Klägerin vom 10. April 1967 - GA I Bl. 35, undatiertes Schreiben GA I Bl. 36 - 38, Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 3. Mai 1967 - GA I Bl. 39 - 40) einwandfrei die K[REDACTED] KG als Vertragsschließende ausweisen. Damit ist auch den weiteren Schlußfolgerungen der Revision, die K[REDACTED] KG habe ihre Geschäfte noch nicht aufgenommen, die Grundlage entzogen.

II. Der Revision kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die K[REDACTED] KG sei deshalb nicht rechtswirksam verpflichtet worden, weil der Beklagte und So[REDACTED], die die Vereinbarungen vom 8. März 1967 unterzeichnet haben, nicht vertretungsberechtigt gewesen seien.

Nach der unabdingbaren Vorschrift des § 170 HGB sind zwar Kommanditisten zur - organschaftlichen - Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß sie wie Nichtgesellschaftler zum gewillkürten Vertreter der Kommanditgesellschaft bestellt werden. In vorliegendem Falle ist zwischen den Parteien unstreitig, daß sowohl der Beklagte als auch So[REDACTED] unter anderem gegen ein Monatsgehalt von 3.000 DM für die K[REDACTED] KG tätig geworden sind und mit Geschäftsführungsaufgaben betraut waren. Hieraus folgt zwar nicht ohne weiteres, daß ihnen auch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft eingeräumt war. Dies ergibt sich jedoch daraus, daß der alleinige persönlich haftende Gesell-

schafter, Helmut K [REDACTED], geduldet hat, daß sie Dritten gegenüber rechtsgeschäftlich im Namen der Gesellschaft auftraten. Die persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin haben nämlich - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - die Verhandlungen, die mit dem Abschluß der Vereinbarungen vom 8. März 1967 endeten, zunächst mit Helmut K [REDACTED] geführt. Erst danach wurden die vorgesehenen Verträge von dem Angestellten H [REDACTED] schriftlich niedergelegt und von dem Beklagten und So [REDACTED] als Angehörigen der "Geschäftsleitung" unterzeichnet. Das Berufungsgericht ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, daß der Beklagte und So [REDACTED] ermächtigt waren, die hier in Frage stehenden Vereinbarungen im Namen der K [REDACTED] KG zu schließen. K [REDACTED] hat es nach dem unstreitigen Sachverhalt zumindest hingenommen, daß der Beklagte und So [REDACTED] in einer Weise auftraten, die den Eindruck erwecken mußte, die beiden seien ermächtigt, im Namen der Gesellschaft zu handeln; er hat damit eine zwar nicht ausdrückliche, aber gleichwohl vollgültige Vollmacht erteilt, der Klägerin gegenüber rechtsgeschäftlich im Namen der Gesellschaft aufzutreten (vgl. hierzu BGH LM BGB § 167 Nr. 4). Während seiner Beteiligung am Rechtsstreit hat K [REDACTED] dies auch nicht in Zweifel gezogen.

III. Unbegründet ist auch die Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht eine positive Vertragsverletzung darin gesehen, daß die K [REDACTED] KG in dem der Klägerin überlassenen Verkaufsgebiet keine Untervertretungen eingerichtet hat.

1. Die Revision wendet sich in erster Linie dagegen, daß das Berufungsgericht eine vertragliche Verpflichtung der K[REDACTED] KG bejaht hat, Untervertreter zu suchen und der Klägerin zu benennen; der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag enthalte darüber kein Wort.

Das Berufungsgericht ist zu der von der Revision beanstandeten Auslegung aufgrund der Bestimmung der Sondervereinbarung gekommen, "die zu vergebenden Unterververtretungen werden durch die Mitarbeiter der Firma K[REDACTED] eingerichtet". Insoweit handelt es sich um die Auslegung eines Individualvertrages, die nach allgemeinen revisionsrechtlichen Grundsätzen nur darauf nachgeprüft werden kann, ob sie von Rechtsfehlern beeinflußt ist. Dies ist nicht der Fall.

a) Entgegen der Auffassung der Revision widerspricht es weder Denkgesetzen noch Erfahrungssätzen, wenn das Berufungsgericht aus dieser Vertragsklausel entnommen hat, daß die K[REDACTED] KG verpflichtet war, die zur Einrichtung der Unterververtretungen erforderlichen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen zu schaffen und der Klägerin insbesondere die für den Vertrieb erforderlichen Untervertreter zu benennen. Diese Auslegung ist vielmehr möglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend.

b) Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 138 Abs. 3 ZPO die in das Wissen des Zeugen H[REDACTED] gestellten Behauptungen der Klägerin als zugestanden angesehen, findet im

angefochtenen Urteil keinerlei Stütze.

c) Es stellt auch keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht den von dem Beklagten angetretenen Beweis auf Vernehmung des Zeugen H. [REDACTED] nicht erhoben hat. Der Beklagte hat den Zeugen nur vorsorglich zum Beweis dafür benannt, daß dieser die von der Klägerin behaupteten Angaben über nähere Einzelheiten des Vertragsschlusses nicht gemacht habe. Da das Berufungsgericht seine Entscheidung auf diese Behauptungen nicht gestützt und den hierzu von der Klägerin angetretenen Beweis nicht erhoben hat, brauchte es auch den vorsorglich angetretenen Gegenbeweis nicht zu erheben.

2. Erfolglos wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die K. [REDACTED] KG habe den vertraglich übernommenen Verpflichtungen zuwidergehandelt.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte zu dieser Auffassung nicht kommen können, wenn es den Antrag auf Vernehmung des Zeugen Helmut K. [REDACTED], der inzwischen rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschieden war, nicht übergangen hätte, der zum Beweis dafür benannt gewesen sei, die K. [REDACTED] KG habe tatsächlich Untervertreter gesucht, geeignete Personen aber nicht gefunden. Sie übersieht hierbei, daß das Berufungsgericht eine Vertragsverletzung allein deshalb angenommen hat, weil die K. [REDACTED] KG "entgegen ihrer eindeutigen vertraglichen Verpflichtung Unterververtretungen nicht eingerichtet hat", und dies unstreitig nicht geschehen ist. Dem Beru-

funksgericht ist deshalb zuzustimmen, wenn es der K[REDACTED] KG objektiv eine Pflichtverletzung zur Last gelegt hat. Hieran würde sich auch dann nichts ändern, wenn man in Übereinstimmung mit dem Vortrag des Beklagten davon ausginge, die K[REDACTED] KG habe Untervertreter gesucht.

Dieses Vorbringen und der Antrag auf Vernehmung des Zeugen K[REDACTED] könnten nur dann als entscheidungserheblich erachtet werden, wenn sich hieraus ergeben würde, daß die K[REDACTED] KG diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Da die Schadensursache in ihrem Gefahrenbereich lag, hat sie den Beweis für ihre Schuldlosigkeit zu führen (vgl. BGHZ 23, 288, 290 m. w. N.). Der Entlastungsbeweis wäre dem Beklagten aber auch mit den in das Wissen des Zeugen K[REDACTED] gestellten Behauptungen nicht gelungen. Selbst wenn die K[REDACTED] KG - wie der Beklagte behauptet - bei ihrer Anzeigenwerbung im Verkaufsgebiet der Klägerin auch bekanntgegeben hätte, daß Untervertreter gesucht werden, und sich auch mehrere - nicht geeignete - Bewerber gemeldet hätten, wäre sie ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Einrichtung von Untervertretungen nicht nachgekommen. Die K[REDACTED] KG mußte alles ihr Zumutbare unternehmen und durfte sich nicht damit begnügen, im Zusammenhang mit der Werbung für ihre Produkte darauf hinzuweisen, daß Untervertreter gesucht werden. Sie war zumindest verpflichtet, gezielte, auf die Einstellung von Untervertretern gerichtete Werbemaßnahmen durchzuführen. Daß dies geschehen ist, ergibt sich aus dem Beweisantrag nicht.

3. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe der Klage deshalb nicht stattgeben dürfen, weil die Klägerin selbst nichts unternommen habe, um Untervertreter zu gewinnen und sich deshalb selbst vertragsuntreu verhalten habe. Dieser Angriff kann schon deshalb nicht durchgreifen, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen ist, daß die Klägerin eine Verpflichtung, sich selbst um Untervertreter zu bemühen, nicht übernommen hat, und die Revision insoweit einen Rechtsfehler nicht aufzeigt.

IV. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des der Klägerin entstandenen Schadens lassen keinen Rechtsverstoß erkennen. Soweit die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe keine Feststellungen darüber getroffen, daß die Klägerin die für den Restkaufpreis von 15.530,80 DM gegebenen

Wechsel eingelöst habe, läßt sie außer Betracht, daß dies in den Vorinstanzen nicht mehr bestritten war. Eine ausdrückliche Feststellung hierzu brauchte deshalb das Berufungsgericht nicht zu treffen.

|           |                |       |
|-----------|----------------|-------|
| Stimpel   | Dr. Schulze    | Fleck |
| Dr. Bauer | Dr. Kellermann |       |