

Verkündet
am 10. Oktober 1960
Pfauz, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Herbert H [REDACTED], Fachingenieur für Be-
rechnungsanlagen in D [REDACTED]-H [REDACTED], G [REDACTED]weg [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma A. H [REDACTED] KG, Maschinenfabrik in W [REDACTED]
([REDACTED]),
Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1960 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der
Bundesrichter Dr. Haager, Liesecke, Dr. Reinicke und
Hill

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Hamm (Westf) vom 13. Oktober 1958 wird
auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war vom 15. September 1950 bis Ende Oktober 1952 für die Maschinenfabrik A. H. tätig. Nach dem Tode des Inhabers dieser Firma wird das Unternehmen von der klagenden Kommanditgesellschaft als der Rechtsnachfolgerin weitergeführt. Der Beklagte hatte die Aufgabe, den norddeutschen Raum als Absatzgebiet für die von der Firma H. hergestellten Berechnungsanlagen zu erschließen und Geschäftsabschlüsse zu vermitteln. Er erhielt während der Zeit seiner Tätigkeit für die Firma H. insgesamt 11.450 DM an festen "Reisekostenzuschüssen"; die Firma trug seine Kraftfahrzeugsteuer. Außerdem wurden ihm in unregelmäßigen Abständen 30.051,48 DM ausbezahlt, die der Beklagte als Provisionsvorschüsse betrachtet. Darauf wurden nach und nach als verdiente Provision 11.261,-- DM gutgeschrieben. Der Kontoauszug der Firma H. schloß am 31. Oktober 1952 mit einer Schuld des Beklagten von 18.790,48 DM.

Die Klägerin betrachtet den Beklagten als Handelsvertreter. Sie fordert nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses die Zurückzahlung von 18.790,48 DM, die ihm als Provisionsvorschüsse gewährt worden seien. Sie hat einen Teilbetrag von 500 DM eingeklagt. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und widerklagend die Feststellung, daß die Klägerin ihm gegenüber keine Ansprüche habe.

Er hat geltend gemacht, er sei als freier Mitarbeiter auf Grund eines Vertrags eigener Art tätig gewesen. Die Höhe seiner Vergütung sei einer späteren Vereinbarung vorbehalten geblieben. Er habe neben der Tätigkeit, wie sie zu dem Aufgabengebiet eines Handelsvertreters gehöre, noch weitere Aufgaben erledigt, insbesondere sei ihm neben der Auftragsbeschaffung die Planung, Bauleitung, Inbetriebsetzung und anfängliche Überwachung der geliefer-

- 3 -

ten Anlagen übertragen worden. Ferner habe er im Auftrage der Klägerin Versuche angestellt, er habe an der Verbesserung der Geräte im Werk der Klägerin mitgearbeitet und habe im Auftrag der Klägerin Kunden außerhalb seines Bezirks besucht. Die über die Provision hinaus gewährten Zahlungen seien angemessene Gegenleistungen für diese besonderen Aufgaben.

Hilfsweise hat er mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet, die ihm deshalb zuständen, weil die Klägerin verschiedentlich verspätet, unvollständig oder mangelhaft geliefert habe, so daß ihm weitere größere Aufträge entgangen seien.

Das Landgericht hat den Beklagten nach Klageantrag verurteilt und auf die Widerklage festgestellt, daß der Beklagte insgesamt nur die Hälfte der als Provisionsvorschüsse zurückverlangten Zahlungen zu erstatten hat. Die Berufung des Beklagten wurde mit Ausnahme einer Änderung im Zeitpunkt des Beginns der Zinszahlung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage und Verurteilung der Klägerin nach seinem Widerklageantrag, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte sei ständig damit betraut gewesen, für die Klägerin Geschäfte zu vermitteln. Er sei daher als Handelsvertreter zu betrachten. Das Berufungsgericht hat dies aus einer Reihe von Indizien gefolgert, u.a. daraus, daß er den Mitteilungen über Gutachten von Provision nicht widersprochen, daß er in einem Schreiben um Erhöhung des Provi-



sionssatzes gebeten, die Zahlungen als Provisionsvorschüsse bezeichnet und unter Hinweis auf bevorstehende größere Abschlüsse um Vorschußzahlungen gebeten habe. Er habe im wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen können. Außerdem sei er noch für eine andere Firma als Handelsvertreter tätig gewesen. Diese Beurteilung läßt sich aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

Die Revision richtet sich gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts, ohne daß sie - im Zusammenhang mit dem bisherigen Vorbringen des Beklagten - eindeutig erkennen läßt, ob sie den Beklagten als Handlungsgehilfen oder als einen freien Mitarbeiter mit der Folge betrachtet wissen will, daß er über die Provision hinaus noch eine zusätzliche Zahlung für die Tätigkeiten zu beanspruchen hat, die nicht unmittelbar die Vermittlung von Geschäften betrafen, sondern der Werbung und Vorbereitung der Vermittlung dienten. Das gesamte Vorbringen der Revision richtet sich gegen die dem Berufungsgericht vorbehaltene Tatsachenfeststellung, ohne daß begründete Verfahrensverstöße geltend gemacht werden, die hierbei aufgetreten seien. Soweit die Revision meint, die Klägerin habe nicht bestritten, daß dem Beklagten das wirtschaftliche Risiko für die Erschließung eines völlig neuen Absatzgebietes und für die Einführung der neu aufgenommenen Fertigung nicht habe aufgebürdet werden sollen, übersieht sie, daß das Vorbringen der Klägerin dahin gegangen ist, daß es sich, wie auch das Berufungsgericht feststellt, um Tätigkeiten im Rahmen eines Handelsvertreterverhältnisses gehandelt habe.

In einer Hilfserwägung hat das Berufungsgericht noch ausgeführt, daß die Tätigkeit, für die der Beklagte neben der Provision eine besondere Vergütung verlangt, durch

den ihm vom Landgericht zugebilligten Betrag von 9.395,24 LM angemessen vergütet sei. Die Angriffe der Revision gegen diese - im übrigen fürsorglichen - Feststellungen sind unbegründet. Das Berufungsgericht war nicht genötigt, einen Sachverständigen über die Angemessenheit dieser Vergütung zu hören, da der Beklagte selbst keine hinreichenden Angaben gemacht hat, die die Zubilligung eines höheren Betrags gerechtfertigt hätten.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch des Beklagten, mit dem er gegen die Forderung der Klägerin aufrechnen könnte, verneint. Wie es feststellt, hat der Beklagte die Voraussetzungen für einen solchen Schadensersatzanspruch wegen schlechter Lieferung trotz einer Auflage des Landgerichts nicht dargelegt. Er hat auch in der Tatsacheninstanz nichts vorgetragen und nicht unter Beweis gestellt, was die Voraussetzungen erfüllen könnte, unter denen die Klägerin eine Benachrichtigungspflicht dahin gehabt hätte, daß sie nicht gehörig liefern könne (BGHZ 26, 161, 167).

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97
ZPO zurückzuweisen.

Dr. Nastelski Dr. Haager Liesecke

Dr. Reinicke Hill