

Verkündet am 7. Juli 1960  
Pfaunz, 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 Josef B. [REDACTED], Beleuchtungskörperfabrik in  
S. [REDACTED], Kreis A. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Martha D. [REDACTED] geb. H. [REDACTED] in K. [REDACTED],  
S. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. von [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1960 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter  
Dr. Nörr, Dr. Haager, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 18. Zivilsenats  
des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 15. Dezem-  
ber 1958 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist die Witwe und alleinige Erbin des am 10. Juli 1954 verstorbenen Handelsvertreters Josef D. [REDACTED] in Köln.

Josef D. [REDACTED] ist für die Klägerin, eine Beleuchtungskörperfabrik, auf Grund des Vertrages vom 10. Dezember 1920 bis zu seinem Tode als Handelsvertreter für Wohnraum-Lampen tätig gewesen. Ihm war durch § 6 des Vertretervertrages untersagt, weitere Vertretungen ohne Zustimmung der Klägerin zu übernehmen.

Die Klägerin hat behauptet, Josef D. [REDACTED] habe vertragswidrig jahrelang ohne ihr Wissen die Posamentenfabrik S. [REDACTED] in Wuppertal vertreten und für diese Posamente (= Bewicklungen nebst Fransen und Kordeln für die Aufhängevorrichtung von Lampen) verkauft. In den Jahren 1951 bis 1954 habe er 9 089,39 DM Provision von der Firma S. [REDACTED] bezogen, so daß sein Umsatz in Posamenten etwa 180 000 DM betragen haben werde. Solche Posamente gehörten auch zu ihrem Verkaufsprogramm. Sie liefere die Beleuchtungskörper im allgemeinen komplett, aber auch daneben lose Posamente. Solche einzelnen Posamente würden von den Händlern verlangt, wenn die Beleuchtungskörper aus irgendwelchen Gründen (z.B. wegen der Länge oder der Farbe) mit anderen Posamenten versehen oder wenn vergilbte Posamente ersetzt werden sollen. Sie habe in den Jahren 1951 bis 1954 jährlich etwa für 6 000 bis 8 000 DM Posamente umgesetzt. Wenn Josef D. [REDACTED] die Bestellungen auf Posamente an sie weitergeleitet hätte, wäre ihr Umsatz in Posamenten erheblich größer gewesen. Sie berechnet den ihr dadurch entgangenen Gewinn auf 72 000 DM und hat von der Beklagten die Zahlung eines Teilbetrages von 25 000 DM verlangt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der frühere Inhaber der Klägerin, der im Jahre 1938 verstorbene Vater des jetzigen Inhabers, habe ihrem Ehemann mündlich gestattet, auch die Firma S [REDACTED] zu vertreten. Auch sei der Klägerin kein Schaden entstanden. Nur in Einzelfällen habe die Klägerin Posamente geliefert. Die Großhändler bezögen sie allgemein direkt von den Posamentenfabriken.

Das Landgericht hat den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß der verstorbene Vater des jetzigen Inhabers der Klägerin im Jahre 1936 Josef D [REDACTED] die nach dem Vertrage vom 10. Dezember 1920 erforderliche besondere Zustimmung zur Vertretung der Firma S [REDACTED] erteilt habe. Die Revision erhebt gegen die Feststellung des Berufungsgerichts eine Reihe von Verfahrensrügen. Einer Prüfung dieser Rügen bedarf es nicht, da die vom Berufungsgericht für die Abweisung der Klage außerdem gegebene Hilfsbegründung die Entscheidung rechtfertigt.

Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Klägerin hilfsweise mit der Begründung, daß ihr kein Schaden durch einen etwaigen Verstoß D [REDACTED] gegen den Handelsvertretervertrag entstanden sei. Posamente hätten nicht zu ihrem Verkaufsprogramm gehört. Sie



habe Posamente nur gelegentlich lose an Kunden abgegeben, wenn Abweichungen von der katalogmäßigen Ausführung der Lampen nachträglich gewünscht wurden. Im übrigen habe sie Posamente nur selbst bezogen, um damit die Lampen fertig herzurichten und "complett" zu vertreiben. D. [REDACTED] sei auch nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin zu einem Großhandel in losen Posamenten zu verhelfen. Die Firma S. [REDACTED] würde auch eine solche Konkurrenz nicht zugelassen und der Klägerin hierfür keine Posamente geliefert haben. Die Kunden der Firma S. [REDACTED] hätten auch weiterhin im Falle eines Angebots seitens der Klägerin ihre Posamente; von Einzelfällen abgesehen, unmittelbar beim Hersteller bezogen. Die Revision rügt die Verletzung der §§ 286, 287 ZPO. Sie hält die Aussage des Zeugen S. [REDACTED] und des Inhabers der Klägerin für nicht genügend gewürdigt. Würden sie vollständig berücksichtigt, so ergäbe sich, daß die Klägerin ihr Geschäft ohne Schwierigkeiten auf den Absatz loser Posamente habe ausdehnen können. Die Rüge kann aber keinen Erfolg haben.

II. War die Tätigkeit D. [REDACTED] für die Firma S. [REDACTED] nach dem Vertrage unzulässig, so kann die Klägerin von D. [REDACTED] Ersatz des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens fordern. Das etwa fehlende Verschulden ist vom Handelsvertreter darzutun (Würdinger RGRK HGB § 86 Anm. 9). Ob die Klägerin auch auf Grund entsprechender Anwendung des für Handlungsgehilfen geltenden § 61 HGB statt Schadensersatz zu verlangen, fordern könnte; daß der Handelsvertreter die aus den Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe (so Schlegelberger/Schröder HGB § 86 Anm. 43; verneinend RG LZ 1909, 862, 863), kann unerörtert bleiben. Sie hat Schadensersatz in Höhe von 72 000 DM, nicht die Herausgabe der Pro-

vision von angeblich 9 089,39 DM, begehrt und diese Wahl wäre, wenn § 61 HGB entsprechend anzuwenden wäre, unwider-  
rufflich (Würdinger RGRK HGB § 61 Anm. 1). Die Klägerin könnte hiernach verlangen, so gestellt zu werden, wie sie gestanden hätte, wenn D. dem Vertrage nicht zu-  
widergehandelt hätte (§ 249 BGB). Der Schaden umfaßt gemäß § 252 Satz 1 BGB auch den entgangenen Gewinn. Für dessen Beweis ist aus § 252 Satz 2 BGB eine Erleichterung zu entnehmen (RG JW 1931, 3088 Nr. 11). Es genügt die bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Gewinn gemacht worden wäre. Der Gegenbeweis, daß der Gewinn gleichwohl nicht erzielt worden wäre, ist zugelassen (anders bei der Aus-  
übung des Eintrittsrechts nach § 61 HGB, bei dem es nicht darauf ankommt, ob der Prinzipal das Geschäft selbst geschlossen hätte; RGZ 109, 355, 356).

III. Das Berufungsgericht zieht § 252 BGB für die Beurteilung, ob der Klägerin ein Schaden entstanden ist, nicht heran, doch wird hierdurch seine Entscheidung über den Klaganspruch nicht in Frage gestellt. Das Berufungs-  
gericht erachtet nicht nur keine Wahrscheinlichkeit dafür als vorliegend, daß die Klägerin die Geschäfte D. für die Firma S. bei dessen pflichtgemäßen Ver-  
halten selbst hätte machen können, sondern es hält diesen Verlauf sogar für ausgeschlossen. Ein Rechtsirrtum oder der von der Revision gerügte Verfahrensfehler tritt hier-  
bei nicht zu Tage. Es mag sein, daß D. auf Wunsch der Klägerin auch den Verkauf loser Posamente als verwandter Ware hätte übernehmen müssen, wenn sie ihr Verkaufsprogramm darauf erstreckt hätte (Schlegelberger/Schröder HGB § 86 Anm. 5). Ferner kann unterstellt werden, daß der Handels-  
vortreter verpflichtet ist, den Unternehmer auf eine ihm bekannte Möglichkeit der gewinnbringenden Ergänzung des Warensortiments hinzuweisen (Würdinger RGRK HGB § 86 Anm. 3).

Das Berufungsgericht gelangt aber auf Grund einer tatsächlichen Würdigung der Verhältnisse zu dem Ergebnis, die Firma S. [REDACTED] würde es nicht zugelassen haben, daß die Klägerin sich als ihre Konkurrenz betätigte und sie aus dem Markt vertrieb. Die Revision räumt ein, die Firma Sandkühler habe bei unmittelbarem Verkauf an die Kunden der Klägerin höhere Nettopreise für ihre Posamente erzielen können. Das Berufungsgericht legt dar, S. [REDACTED] würde sich, wenn D. [REDACTED] nicht mehr für ihn hätte tätig werden können, einen anderen Vertreter (z.B. einen Lampenvertreter, der eine andere Beleuchtungskörperfabrik bei den Grossisten vertrat) gesucht haben, der Posamente als Nebenartikel absetzte. Auch würde die Klägerin von der Firma S. [REDACTED] nicht diejenige Menge Posamente erhalten haben, die sie für einen Handel in loser Ware neben der zur Fertigstellung der Lampen und gelegentliche Ersatzlieferungen nötigen hätte beziehen müssen. Diese Ausführungen liegen auf tatsächlichem Gebiet. Das Berufungsgericht hat keine Erfahrungssätze und auch nicht das Ergebnis der Beweisaufnahme in den rechtlich erheblichen Punkten außer acht gelassen. Wäre die Ausdehnung ihres Geschäfts auf lose Posamente für die Klägerin so einfach und aussichtsreich gewesen, wie die Revision meint, so ist nicht einzusehen, warum die in der Branche erfahrene Klägerin, die mit der Firma S. [REDACTED] in ständiger Verbindung stand, nicht unabhängig von Hinweisen D. [REDACTED] das Posamentengeschäft in seinem Bezirk an sich zu ziehen versucht hat, durch das ihr in den Jahren 1951 bis Juli 1954 72 000 DM Gewinn entgangen sein sollen. Ob die Kunden statt unmittelbar bei der Firma S. [REDACTED] über die Klägerin bezogen haben würden, wie die Revision gegenüber der verneinenden Ansicht des Berufungsgerichts auszuführen sucht, kann unerörtert bleiben.

IV. Die Revision erweist sich hiernach im vollen Umfang als unbegründet und war daher zurückzuweisen. Die Klägerin hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Nastelski      Dr. Nörr      Dr. Haager      Liesecke      Hill