

Verkündet

am 22. Februar 1960

2122 071

■, 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 Kaufmanns Max K ■, Alleininhaber der
Firma Werkzeugfabrik Max K ■ in R ■,
H ■ Str. ■,

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. ■-

gegen

den Handelsvertreter Gustav P ■ in G ■,
M ■ Str. ■,

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von ■-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. Februar 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Haager, Liesecke und Hill
für Recht erkannt;

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 6. Dezember
1957 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wegen des Sach- und Streitstandes wird auf das Urteil des erkennenden Senats vom 11. Juni 1956 (II ZR 93/55) verwiesen. Bei der jetzt anhängigen Revision handelt es sich noch um den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch des Beklagten auf Auskunftserteilung über Aufträge zur Lieferung von Tarnnetzen an eine französische Dienststelle, die der Kläger nach der Behauptung des Beklagten vertragswidrig an eine Konkurrenzfirma des Beklagten vermittelt haben soll, und ferner um den Ersatz des Schadens, der dem Beklagten nach seiner Behauptung dadurch entstanden sein soll, daß der Kläger diese Aufträge nicht ihm vermittelt hat.

Der Beklagte hat behauptet, der Kläger hätte, nachdem der erste Probeauftrag über die Lieferung von Tarnnetzen durch ihn, den Beklagten, ausgeführt worden sei, auch die damit zusammenhängenden Folgeaufträge wieder an ihn vermitteln müssen. Seine Lieferfirma hätte die von der französischen Dienststelle gestellten Anforderungen erfüllen können. Der Kläger habe ihn und seine Lieferfirma arglistig ausgeschaltet.

Das Berufungsgericht hat die Anträge des Beklagten auf Verurteilung des Klägers zur Auskunftserteilung über die Tarnnetzaufträge und auf Leistung von Schadensersatz, der ihm durch seine Ausschaltung von diesen Aufträgen entstanden sei, erneut zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten mit der er die Verurteilung des Klägers entsprechend seinen Anträgen erstrebt, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Der Kläger war Handelsvertreter des Beklagten für den Vertrieb von Werkzeugen. Soweit er darüber hinaus in

einzelnen Fällen den Verkauf anderer Waren für den Beklagten vermittelte, wurde er lediglich als Gelegenheitsvertreter tätig. Ein solcher Gelegenheitsvertreter, der einen Einzelauftrag vermittelt hat, ist, wie der erkennende Senat bereits ausgeführt hat (II ZR 93/55 vom 11.7.1956), dadurch grundsätzlich noch nicht verpflichtet, gleichartige oder ähnliche Geschäfte für den Unternehmer anzubahnen. Anders kann es sich bei einem Probeauftrag verhalten. Ein solcher hat zum Inhalt, mit dieser Ware oder mit einer Ware, die nach den Wünschen des Empfängers entsprechend geändert wird, ins Geschäft zu kommen. Die Erprobung der zunächst gelieferten Ware kann ergeben, daß größere Veränderungen an der ursprünglich gelieferten Ware vorgenommen werden müssen. Ob trotzdem noch ein Zusammenhang zwischen dem Probeauftrag und dem späteren Hauptauftrag besteht, richtet sich danach, ob es dem Lieferanten der Probe möglich ist, den Anforderungen des Bestellers auch hinsichtlich der Lieferung einer geänderten Ware zu genügen. Ist dies der Fall, dann ist der Gelegenheitsvertreter auch verpflichtet, dem Unternehmer zur Erlangung des Hauptauftrags zu verhelfen.

2. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts folgte dem ersten Tarnnetzauftrag im Jahre 1950 erst im Oktober 1951 ein Auftrag über 106 Tarnnetze (Vergabe Nr. 75 vom 7. Oktober 1951). Die französische Dienststelle hatte den Auftrag vom Sommer 1950 an verschiedene Firmen, darunter den Beklagten erteilt, um sich über die Marktlage und insbesondere die Produktionsfähigkeit der infrage kommenden deutschen Firmen zu unterrichten. Während die zunächst gelieferten Tarnnetze nur wasserabstoßend und imprägniert sein mußten, sah der Auftrag vom Oktober 1951 vor, daß die Netze durch Imprägnierung feuerfest und unverderblich und auf Fotografien mit Infrarot nicht sichtbar sein sollten. Das gleiche galt für den späteren Auftrag (Vergabe Nr. 246), den sog. "Millionenauftrag". Der Beklagte war weder an der



Vergabe Nr. 75 noch an der ihr folgenden Vergabe Nr. 246 beteiligt. Wie die Identität der Anforderungen, der geringe Umfang der Vergabe Nr. 75 und die dichte zeitliche Folge der beiden Vergaben ergeben, sollte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Vergabe Nr. 75 nach der Absicht der französischen Dienststelle als Muster oder Probeauftrag der Vergabe Nr. 246 vorausgeschickt sein. Beide Aufträge sollten wirtschaftlich als Einheit angesehen und behandelt werden. Dagegen ist es nach dem Berufungsurteil zweifelhaft, ob zwischen dem ersten Auftrag vom Sommer 1950 und der Vergabe Nr. 75 ein Zusammenhang im Sinn eines Probeauftrages und Hauptauftrages bestanden hat, denn es habe sich bei den neuen Anforderungen nach Feuerfestigkeit und Unsichtbarkeit gegen Infrarotfotografie um wesentlich neue Anforderungen gehandelt.

Die Revision sieht in diesen Ausführungen des Berufungsgerichts einen Verstoß gegen § 565 Abs. 2 ZPO, denn der erkennende Senat habe in seinem früheren Urteil einen Zusammenhang zwischen mehreren Aufträgen im Sinn eines Probeauftrags und eines sich anschließenden Hauptauftrags nur dann verneint, wenn es sich bei dem Folgeauftrag um einen völlig neuen Auftrag gehandelt habe. Ein Zusammenhang zwischen dem ersten und den folgenden Aufträgen, wie ihn der erkennende Senat gefordert habe, habe aber bestanden, wie sich aus verschiedenen vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Behauptungen des Beklagten und aus einem Schreiben des Klägers vom 12. November 1951 ergebe (Schriftsatz vom 26.12.1956 S. 1/2 GA 381, 382; rote Schriftwechselmappe S. 66). Diese Rüge ist unbegründet, da das Berufungsgericht bei seinen weiteren Ausführungen einen derartigen Zusammenhang zwischen dem Auftrag vom Sommer 1950 und den späteren Aufträgen unterstellt hat.

3. Selbst wenn man von einem derartigen Zusammenhang im Sinn von Probe- und Hauptaufträgen ausgeht, ist dem Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichts weder eine Pflichtverletzung gegenüber dem Beklagten vorzuwerfen noch ist durch sein Verhalten dem Beklagten ein Schaden entstanden. Schon durch die letztere Feststellung wird das Urteil getragen. Der Beklagte, der Schadensersatz verlangt, hätte darlegen müssen, daß es zu einem für ihn gewinnbringenden Geschäftsabschluß zwischen der französischen Dienststelle und ihm bzw. seinem Unterlieferanten gekommen wäre, wenn der Kläger, wie es der Beklagte verlangt, sowohl bei der Vergabe Nr. 75 als auch bei der Vergabe Nr. 246 für ihn anstatt für andere Firmen als Vermittler tätig geworden wäre. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Lieferfirma des Beklagten bis Ende März 1952 überhaupt nicht in der Lage, den Anforderungen der französischen Dienststelle zu entsprechen, da sie eine der Hauptanforderungen, nämlich die Unbrennbarkeit der Tarnnetze nicht erfüllen konnte. Der eigentliche Hauptauftrag, die Vergabe Nr. 246, mußte jedoch vor dem 20. März 1952 vollständig ausgeliefert sein. Somit ist dem Berufungsurteil zu entnehmen, daß der Beklagte bei den späteren Aufträgen auch dann nicht berücksichtigt worden wäre, wenn der Kläger für ihn tätig geworden wäre. Diese Feststellung wird durch die weitere Tatsache erhärtet, daß der Beklagte und seine Lieferfirma von der Ausschreibung der weiteren Tarnnetzaufträge unterrichtet waren, daß sie Verhandlungen mit der französischen Dienststelle führten, ihre Bemühungen jedoch zu keinem Erfolg führten.

Die Revision greift die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte hätte die Aufträge, wie sie ausgeschrieben waren, überhaupt nicht ausführen können, mit der Rüge an, das Berufungsgericht habe wesentliches Vorbringen nicht berücksichtigt. Der Beklagte hatte ausgeführt (Schrift-

37

satz vom 12.2.1957 S. 2 GA 405) aus einem Schreiben des Klägers vom 12. November 1951 ergebe sich, daß die Franzosen nur das Gewicht der Muster des Beklagten beanstandet hätten und daß sich die vorstehende Beweisaufnahme darauf beschränken könne, ob die Lieferfirma des Beklagten in der Lage gewesen wäre, das Gewicht auf das vorgeschriebene Maß zu verringern. Bei dieser Beweisaufnahme hatten die Zeugen Glunk und Kaiser, der Inhaber und der Sachbearbeiter der Lieferfirma des Beklagten, ausgesagt, daß unabhängig vom Gewicht weitere tatsächliche Voraussetzungen, die die französische Dienststelle gefordert habe, zu der infrage kommenden Zeit nicht hätten erfüllt werden können (Niederschrift zum Termin vom 15.4.1957 GA 418 ff). Somit stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die Lieferfirma des Beklagten die Netze nicht hätte liefern können. Daß der Kläger somit nicht in dem Sinn tätig geworden ist, daß der Beklagte bzw. sein Zulieferer die späteren Tarnnetzaufträge erhalten sollten, hat nicht zu einer Schädigung des Beklagten geführt, da er nicht dargelegt hat, daß er bei Vermittlung des Klägers den Auftrag erhalten hätte.

Die Revision macht noch geltend, der Kläger hätte, wenn die Zulieferfirma nicht hätte liefern können, andere Firmen im Interesse des Beklagten einschalten müssen. Diese Anforderungen gehen auf jeden Fall über die Pflichten des Klägers hinaus. Er war im Jahre 1950 als Verkaufsagent für den Kläger tätig gewesen. Wenn sich schon aus dieser nur gelegentlichen Tätigkeit unter den besonderen Verhältnissen, daß es sich um einen Probeauftrag handelte, eine Pflicht zur späteren Vermittlung der Folgeaufträge ergibt, so kann es sich nur um eine Pflicht desselben Inhalts, also die Vermittlung eines Verkaufs handeln. In diesem Fall bleibt es Sache des Unternehmers, selbst Liefermöglichkeiten zu erkunden. Eine Verpflichtung des Beklagten, zugleich als eine

Art Einkaufsvertreter für den Unternehmer tätig zu werden, kann aus dieser früheren Tätigkeit nicht abgeleitet werden. Insoweit fehlt es daher, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, schon an einem pflichtwidrigen Handeln des Klägers. Da somit eine Schadensersatzpflicht des Klägers ausscheidet, entfällt auch ein Anspruch auf Auskunft zur Vorbereitung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs.

4. Das Berufungsgericht hat nicht schon darin eine Pflichtverletzung des Klägers gesehen, daß er für den Beklagten überhaupt nicht vermittelt hat. In diesen Ausführungen, die von der Revision angegriffen werden, meint das Berufungsgericht, den Gelegenheitsagenten treffe für diesen Fall kein Vorwurf, wenn der Unternehmer, was der Fall gewesen sei, auf andere Weise Gelegenheit gehabt habe, wegen der Folgeaufträge mit den Auftraggebern in Verbindung zu treten. Ob diese Auffassung zutrifft und die Angriffe der Revision hiergegen daher unbegründet sind, kann dahingestellt bleiben, da eine Schadensersatzpflicht des Klägers, wie bereits ausgeführt, schon aus anderen Gründen entfällt.

Es kann auch dahingestellt bleiben, ob der Kläger in entsprechender Anwendung des § 61 HGB die aus seiner anderweitigen Vermittlung erhaltene Provision an den Beklagten herauszugeben hat (vgl. RG LZ 1908 Sp. 862; Schmidt-Rimpler in Ehrenbergs Handbuch für das Handelsrecht V 1, 1 S. 86; Düringer-Hachenburg, HGB § 84 Anm. 18), da der Beklagte diesen Anspruch nicht erhoben hat.

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

Dr. Nastelski

Dr. Kuhn

Dr. Haager

Liesecke

Hill