

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 242/89

URTEIL

Verkündet am:
14. November 1990
Keller,
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Detlef K. S., F.straße 141, P.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

die A. Anlagenvermittlung S. GmbH, vertreten durch
den Geschäftsführer Klaus F., M.straße [REDACTED],
S.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dehner, Dr. Zopfs, Dr. Ritter und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 1990

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 5. September 1989 wird insoweit zurückgewiesen, als der Kläger auf die Widerklage hin zur Zahlung von 20.676,28 DM nebst 4% Zinsen seit dem 10. November 1987 verurteilt worden ist.

Im übrigen wird auf die Revision das genannte Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien befassen sich mit der Vermittlung und dem Vertrieb von Immobilien. Etwa seit dem Jahre 1985 vermittelte der Kläger der Beklagten Vertragsabschlüsse gegen Provision. Am 25. April 1985 trafen die Parteien eine "Organisa-

tions-Schutz-Vereinbarung" (im folgenden "Vereinbarung" genannt), die unter anderem folgende Bestimmungen enthält:

"1. Die VPS (Kläger) erklärt ausdrücklich, daß sie Personen, die mit der A (Beklagte) in vertraglicher Beziehung stehen sowie Personen, deren vertragliche Beziehung vor weniger als zwei Jahren zum jeweiligen Zeitpunkt erloschen ist, nicht in ein direktes oder indirektes (durch Lebenspartner oder in zurechenbarer Weise durch Dritte) Vertragsverhältnis vorsätzlich übernimmt.

2. Die A erklärt ebenfalls ausdrücklich, daß sie die unter 1.) genannte Regelung als verbindlichen Vertragsbestandteil ihrerseits anerkennt und in gegebenen Fällen die gleichen Maximen wie die VPS auf sich anwendet.

...

6. Die Vertragspartner dieses Abkommens erklären sich bereit, für den Fall einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung gegen die unter 1.) bis 5.) genannten Grundsätze eine sofort zur Zahlung fällige Konventionalstrafe in Höhe von DM 15.000,-- an den geschädigten Vertragspartner zu zahlen. Schadensersatzansprüche des Geschädigten sowie Provisionszahlungen an den Geschädigten bleiben daneben unberührt.

..."

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe in zwei Fällen gegen die Vereinbarung verstoßen, indem sie sich im Oktober 1986 über ihren Mitarbeiter R schriftlich an seine Mitarbeiter H und F gewendet und diesen Vertriebskonditionen für Immobilienverkäufe unterbreitet habe. Es sei daraufhin zu Provisionsvereinbarungen gekommen, die der Zeuge R mit Schreiben vom 8. und 31. Oktober 1986



bestätigt habe. Im Januar 1987 habe dann die Beklagte seinen beiden Mitarbeitern Trainingsangebote gemacht und ihnen gleichzeitig eine Objektliste von ihr übersandt.

Der Kläger beansprucht deshalb zweimal die vereinbarte Vertragsstrafe von 15.000 DM.

Die Beklagte behauptet demgegenüber, der Zeuge R. sei selbständiger Vermittler und habe als solcher auch die beiden Mitarbeiter des Klägers angeschrieben. Die Tatsache, daß er dabei Kopfbögen der Beklagten verwendet habe, sei unerheblich, weil er dies ohne ihr Wissen und Wollen völlig eigenständig im Rahmen seiner eigenen Vermittlungstätigkeit getan habe.

Die Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 35.816,27 DM erhoben und zur Begründung ausgeführt: Der Kläger habe gegen die Organisations-Schutz-Vereinbarung verstoßen, indem er den Zeugen Ro. im Januar 1986 zum Leiter der Firma M., mit der er eng verbunden sei, berufen habe, obwohl er gewußt habe, daß der Zeuge ein ganz wesentlicher Mitarbeiter der Beklagten war. Diese Zusammenarbeit habe erst zum 30. April 1986 geendet. Die Beklagte beansprucht außer der hierfür verlangten Vertragsstrafe von 15.000 DM Schadensersatz in Höhe von 20.816,27 DM. Sie verweist darauf, daß dem Kläger nach der Provisionsabrede für die von ihm vermittelten Anlagegeschäfte 9% Provision zustanden, während mit Ro. ein Provisionssatz von 13% bis 14% vereinbart war. Um in den Genuß dieser höheren Provision zu kommen, habe der Kläger fünf von ihm vermittelte Geschäfte bezüglich ihres Objekts A. Allee in Berlin

nicht selber bei der Beklagten eingereicht, sondern den Zeugen Rodenbach veranlaßt, diese als eigene einzureichen. Daraufhin habe die Beklagte Provisionen von 14% in vier Fällen und von 13% in einem Fall gezahlt, d.h. insgesamt 59.527,61 DM, während sie bei korrekter Abwicklung nur 38.711,34 DM an den Kläger hätte zahlen müssen.

Das Landgericht hat sowohl der Klage als auch der Widerklage stattgegeben. Die gegen die Verurteilung aufgrund der Widerklage gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen; gleichzeitig hat es auf die Anschlußberufung der Beklagten den Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Abweisung der Widerklage und die Verurteilung der Beklagten nach Klageantrag.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage:

Das Berufungsgericht unterstellt zugunsten des Klägers, daß die Anwerbung von dessen Mitarbeitern H. und F. durch den Zeugen R. den Tatbestand der Nummer 1 der "Organisations-Schutz-Vereinbarung" erfülle. Dennoch sei die Vertragsstrafe in beiden Fällen nicht verwirkt. Die Beklagte habe für das Verhalten des Zeugen R. nicht gemäß § 278 BGB einzustehen; denn "eine Haftung aus § 278 BGB für Verstöße von nicht zum Unternehmen des Schuldners gehörenden Personen gegen primäre Unterlassungspflichten" sei abzulehnen. Diese Ansicht entspricht nicht der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs (Urteile vom 15. Mai 1985 - I ZR 25/83 - LM BGB § 339 Nr. 27 = NJW 1986, 127 und vom 30. März 1988 - I ZR 40/86 - NJW 1988, 1907 = LM BGB § 278 Nr. 106). Auch bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverpflichtungen kann eine Erfüllungsgehilfenhaftung in Frage kommen, und zwar nicht nur bei solchen Personen, die zum Schuldner in einem festen Anstellungsverhältnis stehen, sondern auch bei anderen, die vom Schuldner mit einer Tätigkeit betraut worden sind, bei der die Unterlassungsverpflichtung zu beachten ist. Für seine gegenteilige Ansicht glaubt das Berufungsgericht sich auf die Urteilsanmerkung von Ulmer in NJW 1974, 2240 beziehen zu können. In dem von diesem besprochenen Urteil hatte ein Oberlandesgericht eine Firma, die von der damaligen Beklagten als neue Alleinvertriebsberechtigte eingesetzt worden war, als Erfüllungsgehilfe hinsichtlich derjenigen Unterlassungsverpflichtungen angesehen, die die Beklagte in einem früheren, inzwischen gekündigten Alleinvertriebsvertrag gegenüber der damaligen Klägerin übernommen hatte. In einem solchen Fall könnten gegen die Anwendung des § 278 BGB Bedenken bestehen. Der von der Beklagten beschäftigte Mitarbeiter R. [REDACTED] hatte aber eine andere Stellung: Er hat, wie die Beklagte selbst einräumt (siehe Schriftsatz vom 3. November 1987, S. 2, Bl. 82 d.A. i.V.m. der Bezugnahme in S. 7 im letzten Absatz des Tatbestands des Landgerichtsurteils), aufgrund einer von der Beklagten erteilten Ermächtigung in deren Namen Schreiben an deren Mitarbeiter gerichtet und dabei auch die Herren H. [REDACTED] und F. [REDACTED] angeschrieben; er war also in diesem Rahmen zur Vertretung der Beklagten befugt. Soweit er dabei gegen die Organisations-Schutz-Vereinbarung verstieß, muß die Beklagte gemäß § 278 BGB für sein Verschulden einstehen. Ob der Geschäftsführer

der Beklagten Kenntnis von dem Inhalt der Schreiben hatte und ihren Inhalt billigte, ist unerheblich, da nach § 278 BGB das Verschulden des Erfüllungsgehilfen genügt.

Im übrigen hat das Berufungsgericht auch ein persönliches Verschulden des Geschäftsführers nicht rechtsfehlerfrei verneint. Das Landgericht hatte einen eigenen Verstoß des Geschäftsführers der Beklagten darin gesehen, daß er es unterlassen habe, den Mitarbeiter R. von der mit dem Kläger vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung zu unterrichten. Das Berufungsgericht will - soweit ersichtlich - nicht bezweifeln, daß in einem solchen Verhalten eine objektive Verletzung der Vereinbarung mit dem Kläger liegen würde. Feststellungen dazu hat es nicht getroffen; es vermißt vielmehr einen substantiierten Vortrag und Beweisantritt dafür, daß der Geschäftsführer insoweit vorsätzlich gehandelt hätte. Hierbei verkennt es, daß im Rahmen des § 339 BGB die Beweislast für ein mangelndes Verschulden den Schuldner trifft. Für den in Satz 1 dieser Gesetzesvorschrift geregelten Fall ergibt sich dies aus § 285 BGB. Im Fall des § 339 Satz 2 BGB kann die Beweislastverteilung keine andere sein. Im Schrifttum ist dies allgemein anerkannt (vgl. die Nachweise bei Baumgärtel, Handbuch der Beweislast § 339 BGB Rdn. 4). Daß die Parteien den Haftungsmaßstab, der nach dem Gesetz Vorsatz und Fahrlässigkeit umfaßt, auf Vorsatz beschränkt haben, besagt noch nicht notwendigerweise, daß sie auch die gesetzliche Beweislastverteilung ändern wollten. Wenn das Berufungsgericht die Parteivereinbarung dahin verstehen wollte, hätte es dies klar zum Ausdruck bringen und näher begründen müssen.

Die Beweislastregeln gehören im Sinn von § 559 Abs. 2 ZPO zum materiellen Recht; ihre Verletzung ist daher auch dann vom Revisionsgericht zu beanstanden, wenn sie vom Revisionskläger nicht gerügt worden ist.

Eine abschließende Entscheidung über die Klage ist dem Senat nicht möglich. Es sind noch weitere tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlich, insbesondere zu der Frage, ob Re. [REDACTED] vorsätzlich gehandelt hat; auch wird es sich, wenn diese Frage verneint werden sollte, darüber aussprechen müssen, ob nach dem gesamten Inhalt der Verhandlungen (§ 286 ZPO) das Fehlen des Vorsatzes beim Geschäftsführer der Beklagten als erwiesen angesehen werden kann.

II. Zur Widerklage:

1. Das Berufungsgericht versteht die Organisations-Schutz-Vereinbarung dahin, daß nicht nur das "Hinüberwechseln eines Mitarbeiters vom einen Vertragspartner zum anderen unter Aufgabe des bisherigen und Begründung eines neuen Vertragsverhältnisses" den Verfall der Vertragsstrafe herbeiführt, sondern bereits die Begründung eines auf einzelne Vermittlungsfälle beschränkten, nicht auf Dauer angelegten Vertragsverhältnisses (BU S. 15ff.). Einer Auseinandersetzung mit den insoweit erhobenen Revisionsrügen bedarf es jedoch nicht: Soweit nämlich die Beklagte Schadensersatz fordert, ist ihr Begehren bereits aus einem anderen Rechtsgrund gerechtfertigt.

In der "Weitergabe" von fünf Interessenten an den Zeugen Ro. [REDACTED] sieht das Berufungsgericht ein Verhalten, das

unabhängig von der Organisations-Schutz-Vereinbarung schon allein aufgrund der allgemeinen vertraglichen Treuepflicht dem Kläger verboten war und daher eine Schadensersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung begründete (BU S. 18). Diese Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Den Kläger traf zwar unstreitig keine Tätigkeitspflicht; ihm wäre daher kein Vorwurf zu machen gewesen, wenn er sich um die genannten fünf Interessenten überhaupt nicht gekümmert hätte. Wenn er sich aber entschloß, sie an die Beklagte heranzuführen, mußte er dies auf dem vertraglich vorgesehenen Weg - d.h. also durch unmittelbare Vermittlung - tun; er durfte nicht einen Umweg wählen, durch den die Beklagte mit zusätzlichen Kosten belastet wurde.

Der Kläger kann dem Schadensersatzanspruch auch nicht entgegenhalten, der Geschäftsführer der Beklagten habe bei der Auszahlung der Provision an Ro. [REDACTED] gewußt, daß die Geschäfte in Wirklichkeit von ihm, dem Kläger, vermittelt worden waren; die Beklagte hätte demnach den Schaden dadurch vermeiden können, daß sie, statt die Provision an Ro. [REDACTED] auszuzahlen, die mit diesem geschlossene Provisionsvereinbarung anfocht. Damit leugnet der Kläger nicht die Entstehung des Schadens; er macht lediglich geltend, daß die Beklagte die Entstehung des Schadens hätte verhindern können, erhebt also den Einwand aus § 254 Abs. 2 BGB. Für diesen ist er darlegungs- und beweispflichtig; das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht geführt habe. Die hiergegen erhobenen Revisionsrügen sind unbegründet (§ 565a ZPO).

Die Höhe des Schadens hat das Landgericht mit 20.816,27 DM ermittelt. Das Berufungsgericht meint, daß der tatsächliche Schaden um 139,99 DM geringer sei. Dennoch bestätigte es die Verurteilung des Klägers im vollen Umfang. Hinsichtlich der 139,99 DM ist die Revision begründet, weil insoweit die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils die getroffene Entscheidung nicht tragen.

Im übrigen enthält die Berechnung des Schadensersatzanspruchs der Beklagten keinen Rechtsfehler; sie wird auch von der Revision nicht beanstandet.

Der Beklagten sind demnach mit Recht 20.816,27 DM abzüglich 139,99 DM = 20.676,28 DM als Schadensersatz zugesprochen worden.

2. Soweit das Berufungsgericht der Beklagten darüber hinaus eine Vertragsstrafe von 15.000 DM zugesprochen hat, kann sein Urteil schon aus prozessualen Gründen keinen Bestand haben. Die Beklagte stützt ihren Vertragsstrafanspruch darauf, daß der Kläger den Mitarbeiter der Beklagten Rodenbach zum Leiter der Firma M. [REDACTED] berufen (und ihm Vertragsunterlagen zur Verfügung gestellt) habe; darin sieht sie eine Abwerbung und somit eine Verletzung der Organisations-Schutz-Vereinbarung. Aus der Weitergabe der fünf vom Kläger geworbenen Interessenten für das Objekt A. [REDACTED] Allee in Berlin will sie dagegen nur Schadensersatzansprüche herleiten. Daß es sich hierbei um zwei voneinander unabhängige Lebensvorgänge handele, aus denen zwei selbständige Ansprüche hergeleitet werden, hat die Beklagte auch noch in der Berufungsinstanz ausdrücklich hervorgehoben (Schriftsatz vom

10. April 1989, S. 4ff. - Bl. 236ff. d.A. - i.V.m. der Verweisung im Tatbestand des Berufungsurteils - S. 13 letzter Abs.). In der Tat geht es dabei um zwei verschiedene Dinge: Als Leiter der Firma M. hat Ro. für den Kläger gearbeitet, bei der Vermittlung der fünf Interessenten hat er dagegen umgekehrt sich Arbeitsergebnisse des Klägers für seinen eigenen Geschäftsbetrieb zunutze gemacht. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten noch einmal bestätigt, daß diese aus dem letztgenannten Vorgang keinen Vertragsstrafanspruch herleiten will.

Das Berufungsgericht stützt jedoch die Verurteilung zur Vertragsstrafe allein darauf, "daß der Kläger ... mit ... Ro. ... in der Form zusammengearbeitet hat, daß er zu diesem in vertragliche Beziehungen getreten ist und ihm Interessenten auch für das Anlageobjekt in B. vermittelt

hat". Es hat der Beklagten damit einen Vertragsstrafenanspruch zugebilligt, den diese nicht geltend gemacht hatte. Insoweit muß daher die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses prüfen kann, ob der Kläger durch die Einsetzung des Zeugen Rod[REDACTED] als Leiter der Firma M[REDACTED] (oder durch die Überlassung von Verkaufsunterlagen) die Vertragsstrafe verwirkt hat.

Bundschuh

Dehner

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Römer