

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 143/74

URTEIL

Verkündet am
30. Mai 1975
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Franz T [REDACTED], Inhaber der Firma I [REDACTED]
Lüftungsbedarf, I [REDACTED], P [REDACTED] Straße [REDACTED], Ö [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED], L.& F. We [REDACTED], G [REDACTED],
Zum Stillen F [REDACTED], vertreten durch die Gesellschafter
Leonhard und Ferdinand We [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1975 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Dr. Merkel, Dr. Schönberg, Dr. Frhr. v. Gamm und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. Dezember 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, Herstellerin von flexiblen Rohren, schloß am 1. Februar 1967 mit dem Beklagten einen "Handelsvertretervertrag" für den Bezirk Tirol, Vorarlberg und Salzburg. Der Vertrag enthielt unter anderem folgende Bestimmungen:

§ 3:

Direktaufträge an W. werden H.V. durch Fotokopien vor Bestätigung des Auftrages zur Kenntnis gebracht, um evtl. Einsprüche des H.V. vorher berücksichtigen zu können.

- 3 -

§ 4: H.V. hat sich um die Vermittlung von Geschäften zu bemühen. Er hat insbesondere Absatzmöglichkeiten zu erkunden, alle tatsächlichen und möglichen Kunden aufzusuchen, bei ihnen für die vertretenen Waren zu werben sowie Geschäftsbeziehungen zwischen W. und dem Kunden vor allem durch regelmäßige Besuche und Beratungen herzustellen und zu pflegen.

§ 5:
H.V. darf während der Vertragsdauer weder direkt noch indirekt mit W. in Wettbewerb treten. Insbesondere darf er weder innerhalb noch außerhalb seines Vertretungsbereichs für den gleichen Zweck bestimmte Ware vertreten, herstellen oder anbieten oder sich an Unternehmen beteiligen, welche solche Geschäfte betreiben.

.....

Sollten bei provisionspflichtigen Geschäften Verluste entstehen, trägt W. diese, soweit H.V. kein grobes Verschulden trifft. H.V. erhält von Verlustgeschäften keine Provision

Etwaige bereits erhaltene Provisionen sind in diesem Falle als Vorschuß für spätere Provisionszahlungen anzusehen. Bei Geschäften auf eigene Rechnung entfällt die obige Regelung.

§ 6: H.V. hat Anspruch auf Provision für alle während der Dauer des Vertragsverhältnisses von ihm getätigten Geschäfte sowie von indirekten Aufträgen in dem ihm zugeteilten Gebiet ...

§ 9: Alle Lieferungen erfolgen von W. zum Listenpreis abzüglich der vereinbarten Höhe eines Rabattes, der jeweils schriftlich festgelegt und Teil des Vertrages ist. Dieser Rabattsatz gilt auch für H.V. Der festgelegte Rabattsatz darf nie niedriger als andere nach Österreich gewährte Rabatte sein. H.V. erhält zusätzlich eine Provision von 5 %. Dies



gilt auch für Aufträge auf eigene Rechnung. Entgelt ist der Rechnungsbetrag, den der Dritte oder der Unternehmer zu leisten hat. Nachlässe bei Barzahlung (Skonti) und im Rechnungsbetrag enthaltene, nicht gesondert in Rechnung gestellte Nebenkosten (z.B. für Fracht, Verpackung, Zoll, Steuern) sind nicht abzuziehen.

§ 10: Etwaige Ausgleichsansprüche des H.V. regeln sich dem Grunde und der Höhe nach nach den gesetzlichen Bestimmungen. Der Ausgleichsanspruch entfällt, wenn die Kündigung des Vertragsverhältnisses durch W. infolge Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des Gesetzes erfolgt und ferner bei Kündigung durch H.V., ohne daß W. begründeten Anlaß dazu gegeben hat.

§ 11: Im übrigen gelten die Vorschriften des HGB-Handelsvertreter-Rechtes, soweit von dessen nicht zwingenden Vorschriften in vorstehendem Vertrag etwas anderes nicht vereinbart ist.

Die Geschäftsbeziehungen der Parteien gestalteten sich in der Folgezeit so, daß der Beklagte von Anfang an die Waren der Klägerin auf eigene Rechnung bezog und im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Kunden in seinem Bezirk weiterveräußerte. Die Klägerin gewährte ihm Rabatt und Provision; später wurde dem Provisionsanspruch des Beklagten zur Vereinfachung in einem erhöhten Rabattsatz Rechnung getragen.

Zu den Kunden des Beklagten gehörte die Firma Franz B. oHG in S. in T., kurz F. genannt. Mit Wirkung ab 1. Juli 1969 beauftragte die Klägerin die Firma F. mit dem Alleinvertrieb "für das gesamte Österreich außer Vorarlberg, Salzburg und Tirol".

Diese neue Geschäftsverbindung belastete in der Folgezeit die Beziehungen der Parteien, weil der Beklagte sich dadurch in dem ihm vertraglich eingeräumten Gebietsschutz beeinträchtigt sah. Als die Klägerin im April 1971 zwei von dem Beklagten zur Abdeckung von Warenforderungen akzeptierte Wechsel über je 10.000,-- DM vorlegte, verweigerte der Beklagte die Einlösung mit der Begründung, die Klägerin habe durch ihre Geschäftsverbindung zu der Firma F. die ihr ihm gegenüber obliegenden Vertragspflichten verletzt und ihm einen Schaden zugefügt, der die Wechselforderungen übersteige. Die Klägerin wies den Beklagten darauf hin, daß sie die Nichteinlösung der Wechsel als Grund zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses ansehen werde. Die Wechsel gingen zu Protest, und die Klägerin sprach mit Schreiben vom 12. Mai 1971 die fristlose Kündigung aus.

Die Klägerin macht neben den beiden Wechselforderungen weitere Forderungen aus Warenlieferungen geltend. Der Streit geht im wesentlichen um die Berechtigung der von dem Beklagten erhobenen Gegenforderungen, die er zur Aufrechnung gestellt hat und, soweit sie den Klagebetrag übersteigen, im Wege der Widerklage geltend macht.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie
20.174,28 DM nebst 10 % Zinsen seit
dem 22. April 1971 und weitere
26.787,98 DM nebst 10 % Zinsen seit
dem 21. Juni 1971 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen und im Wege der Widerklage
2. die Klägerin zu verurteilen, an ihn 16.780,02 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 22. Juli 1971 zu zahlen,
3. festzustellen, daß die durch Schreiben vom 28. April 1971 und 12. Mai 1971 von der Klägerin erklärte fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien unwirksam ist,
4. festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet ist, ihm den gesamten durch die fristlose Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen,
5. a) die Klägerin zu verurteilen, ihm über sämtliche Warenlieferungen, die sie in der Zeit vom 1. Juni bis 30. Juni 1971 in das Gebiet Tirol, Vorarlberg und Salzburg getätigt hat, einen vollständigen Buchauszug zu erteilen,
b) die Klägerin zu verurteilen, ihm über den Rechnungsumfang einer Lieferung an die Firma Ortner & Co. in Innsbruck/Baustelle Wien Auskunft zu erteilen,

6. die Klägerin zu verurteilen, an ihn einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag als Handelsvertreterausgleichsleistung zu zahlen.

Ursprünglich hatte der Beklagte mit der Widerklage einen Zahlungsanspruch von 36.780,02 DM geltend gemacht. Nach mündlicher Verhandlung über diesen Antrag hat er die Widerklage in Höhe von 20.000,-- DM nebst Zinsen zurückgenommen. - Zu Ziffer 5 a hatte er zunächst einen Buchauszug für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1971 gefordert. Nachdem die Klägerin im Laufe des Rechtsstreits über die Lieferungen vom 1. Januar bis 31. Mai 1971 Auskunft erteilt hatte, haben die Parteien die Hauptsache insoweit für erledigt erklärt.

Der Beklagte hat unter anderem vorgetragen:

Die Klägerin habe ihm in dem Verträge vom 1. Februar 1967 vollen Gebietsschutz für die Länder Vorarlberg, Tirol und Salzburg eingeräumt. Seinen Anspruch auf Gebietsschutz habe die Klägerin durch die Aufnahme ihrer Geschäftsverbindungen mit der Firma F■■■■, die ihren Sitz innerhalb des ihm eingeräumten Bezirks habe, verletzt. Weil die Firma F■■■■ Niederlassungen in Wien, Graz und Linz unterhalte, sei er zunächst der Meinung gewesen, die Klägerin respektiere seinen Gebietsschutz und beliefere die Firma F■■■■ nur über deren Zweigstellen außerhalb seines Bezirks. Tatsächlich sei die Firma F■■■■ jedoch an ihrem Hauptsitz in Schwaz/Tirol beliefert worden, und die Firma F■■■■ habe die Erzeugnisse der Klägerin in seinem Bezirk weiterveräußert. Durch das

vertragswidrige Verhalten habe er einen Schaden von 60.299,01 DM erlitten. Die Klägerin habe an die Firma F■■■■ 1969 und 1970 Waren für insgesamt 66.998,91 DM geliefert. Bei vertragsgemäßigem Verhalten hätte er diesen Umsatz gehabt und dabei 90 % Gewinn erzielt. Ihm stehe eine weitere Forderung von 1.431,89 DM zu; denn die Klägerin habe ihm nachträglich einen um 1 % erhöhten Rabatt für die ihm zugegangenen Lieferungen zugesagt, und zwar in Anpassung an den Rabatt, den sie der Firma F■■■■ eingeräumt habe.

Ein Vertragsverstoß sei ihm nicht anzulasten; die fristlose Kündigung sei daher ungerechtfertigt. Die Klägerin habe ihm den durch die Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen und ihm einen Ausgleich nach § 89 b HGB zu zahlen. Der Auskunftsanspruch bezüglich der Lieferung an die Firma O■■■■ ergebe sich daraus, daß der von ihm vermittelte Auftrag unter Umgehung seiner Firma direkt an eine Baustelle der Firma O■■■■ in Wien ausgeführt worden sei.

Die Klägerin hat dem unter anderem entgegengehalten: Sämtliche Gegenansprüche seien unbegründet. Die Firma F■■■■ sei zwar an ihrem Sitz in Schwaz beliefert worden. Vor Abschluß des Vertrages mit der Firma F■■■■ sei jedoch der Beklagte konsultiert worden; er sei damit einverstanden gewesen. Lieferungen der Firma F■■■■ in das Gebiet des Beklagten seien nur vereinzelt durch den Beklagten bekannt geworden. Sie habe jeweils die Firma F■■■■ angehalten, solche Lieferungen zu unterlassen. Ein Ausgleichsanspruch stehe dem Beklagten nicht zu, weil er als Eigenhändler tätig

geworden sei. Eine Belieferung der Firma Ortner unter Umgehung des Beklagten sei nicht erfolgt.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 45.253,86 DM nebst 10 % Zinsen von 20.174,28 DM seit dem 22. April 1971 und von weiteren 25.079,58 DM seit dem 21. Juni 1971 zu zahlen. Die weitergehende Klage und die Widerklage hat es abgewiesen und die gesamten Kosten dem Beklagten auferlegt.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte seinen Klagabweisungsanspruch und seine Widerklageansprüche weiterverfolgt. Er hat an seiner Auffassung, daß die Klägerin ihm Schadensersatz wegen Verletzung des ihm zustehenden Gebietsschutzes leisten müsse, festgehalten. Jedenfalls, so hat er ausgeführt, stehe ihm nach § 6 des Vertrages in Verbindung mit § 87 Abs. 2 HGB Handelsvertreter-Provision zu. Dieser Anspruch sei dadurch, daß er als Eigenhändler tätig gewesen sei, nicht untergegangen; denn für die Lieferungen an ihn habe er immer Provision bekommen. Hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs hat er sich auf § 10 des Vertrages berufen, der nach seiner Auffassung auch für seinen Status als Eigenhändler Gültigkeit habe.

Die Klägerin hat, nachdem sie in der Berufungsinstanz sich zunächst der Meinung des Landgerichts, der Beklagte sei nicht als Handelsvertreter, sondern als Eigenhändler tätig geworden, angeschlossen hatte, in der letzten mündlichen Verhandlung des zweiten Rechtszuges die Auffassung vertreten, der Beklagte sei bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses Han-

delsvertreter gewesen. Ein Gebietsschutz, wie der Beklagte ihn für sich in Anspruch nehme - so hat sie ausgeführt - ergebe sich aus dem Vertrag der Parteien jedoch nicht. Der Beklagte habe lediglich Anspruch auf eine Provision von 5 % für alle ihre Lieferungen in seinen Bezirk. Diese ihm zustehende Provision möge von dem ihr im erstinstanzlichen Urteil zugesprochenen Betrag abgezogen werden. Hinsichtlich der Höhe der Provision wolle sie, um eine weitere Verzögerung des Rechtsstreits zu vermeiden, der Behauptung des Beklagten, alle in dem maßgeblichen Zeitraum von 1969 bis 1971 an die Firma F. [REDACTED] gelieferten Waren im Rechnungsbetrag von 104.999,16 DM seien in seinem Bezirk verblieben, nicht entgentreten.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten das erstinstanzliche Urteil teilweise abändert und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 40.003,90 DM nebst 10 % Zinsen von 14.924,32 DM seit dem 22. April 1971 und von weiteren 25.079,58 DM seit dem 21. Juni 1971 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen für die erste Instanz die Klägerin zu 1/25, der Beklagte zu 24/25, für die zweite Instanz die Klägerin zu 1/30 und der Beklagte zu 29/30.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag und die Widerklageanträge weiter, mit Ausnahme des Antrags, ihm über den Rechnungsumfang einer Lieferung an die Firma O[REDACTED] & Co. in Innsbruck/Baustelle Wien Auskunft zu erteilen; diese Lieferung war in den Umsätzen der Klägerin mit der Firma F[REDACTED] enthalten, über die die Klägerin während des 2. Rechtszuges Auskunft erteilt hat. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Klage über die bereits in erster Instanz erfolgte Abweisung hinaus in Höhe von weiteren 5.249,96 DM abgewiesen und im Übrigen die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Es führt aus:

1. Der Beklagte habe nach §§ 6 und 9 des Vertrages einen Provisionsanspruch in Höhe von 5 % des Rechnungsbetrages aller von der Klägerin in seinen Bezirk gelieferten Erzeugnisse, also auch der an die Firma FRABA erfolgten Lieferungen. Unstreitig habe die Firma FRABA bis zur Kündigung des Vertrages der Parteien von der Klägerin Waren zu einem Kaufpreis von 104.999,16 DM bezogen. Um 5 % dieses Betrages = 5.249,96 DM sei daher die Klageforderung zu kürzen. Die Klägerin habe somit lediglich Anspruch auf 40.003,90 DM.

2. Über 5.249,96 DM hinausgehende Gegenforderungen stünden dem Beklagten nicht zu. Der von ihm auf 61.730,90 DM bezifferte Schadensersatzanspruch sei nicht begründet. Ein Gebietsschutz, wie ihn der Beklagte ver- stehe, sei nicht Gegenstand von Vertragsvereinbarungen der Parteien. Soweit der Vertrag vom 1. Februar 1967 einen Gebietsschutz zum Gegenstand habe (§§ 2 und 6) handele es sich um den eines Bezirksvertreters im Sinne des § 87 Abs. 2 HGB. Dementsprechend sei in § 6 festge- legt, daß der Beklagte einen Provisionsanspruch haben sollte "für alle während der Dauer des Vertrages von ihm getätigten Geschäfte sowie von indirekten Aufträgen in dem ihm zugeteilten Gebiet". Allein daraus, daß der Vertrag seinem eigentlichen Inhalt nach nicht prakti- ziert worden sei, sondern der Beklagte ausschließlich die Erzeugnisse der Klägerin in seinem Bezirk als Ei- genhändler vertrieben habe, lasse sich nicht herleiten, daß der vereinbarte Gebietsschutz des Handelsvertreter eine Umgestaltung in einen dem Beklagten als Eigenhänd- ler zustehenden Gebietsschutz erfahren habe. Daß der Beklagte Aufträge auf eigene Rechnung habe erteilen dürfen, sehe § 9 des Vertrages ausdrücklich vor. Da- durch habe jedoch seine Eigenschaft als Handelsvertre- ter nach den dem Vertrag zu entnehmenden Vorstellungen der Parteien unberührt bleiben sollen. Das ergebe sich aus der Vereinbarung, daß ihm auch für diese Aufträge neben dem Rabatt die Vertreterprovision zugestanden ha- be. Tatsächlich habe er für alle mit der Klägerin getä- tigten Geschäfte Vertreterprovision bezogen. Aus dem Verhalten der Klägerin könne entgegen der Auffassung des Beklagten nicht gefolgert werden, daß auch s i e stets von einem dem Beklagten als Eigenhändler zustehen-

den Gebietsschutz ausgegangen sei. Die Klägerin habe zwar bei dem Abschluß des Vertrages mit der Firma F■■■■ diese zur Beachtung eines dem Beklagten zustehenden Gebietsschutzes verpflichtet und auch in der Folgezeit Lieferungen jener Firma in den Bezirk des Beklagten gerügt. Damit habe sie sich jedoch nur bemüht, Belange des Beklagten zu wahren. Die Übernahme einer zusätzlichen und so weittragenden Verpflichtung, wie der Beklagte sie für gegeben halte, könne darin nicht gesehen werden. Dazu hätte es angesichts der erheblichen Auswirkungen einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft. Die Klägerin habe im Laufe des Rechtsstreits eine solche Verpflichtung auch nicht zugestanden. Zwar habe sie in erster und zunächst auch in zweiter Instanz den Schadensersatzforderungen des Beklagten entgegengehalten, ihre vertraglichen Beziehungen zu der Firma F■■■■ habe den vom Beklagten beanspruchten Gebietsschutz nicht beeinträchtigt, weil dieser mit der Anknüpfung der Geschäftsbeziehungen zu der Firma F■■■■ einverstanden gewesen sei. Sie habe jedoch erklärt, daß sie dabei "zur Vereinfachung" davon ausgehe, daß ein solcher Gebietsschutz tatsächlich vereinbart sei. In der Vorkorrespondenz habe sie die Vereinbarung eines Gebietsschutzes bestritten und die Auffassung vertreten, er habe keinen Provisionsanspruch für alle in seinen Bezirk gelieferten Waren. Wenn sie im Laufe des Rechtsstreits von dieser Auffassung abgerückt sei, dann in der richtigen Erkenntnis, daß dem Beklagten nach dem Vertrag sehr wohl ein Gebietsschutz zugestanden habe. Dies sei der Gebietsschutz des Bezirksvertreters, nicht der des Eigenhändlers gewesen. Die ursprüngliche, später aufgegebene

Rechtsverteidigung der Klägerin sei deshalb nicht notwendigerweise als Eingeständnis zu werten, sie sei verpflichtet gewesen, einen dem Beklagten als **E i - g e n h ä n d l e r** zustehenden Gebietsschutz zu beachten; jene Verteidigung sei in gleicher Weise geeignet gewesen, Ansprüche des Beklagten abzuwehren, die ihren Ursprung in einer Verletzung seines Gebietsschutzes als Handelsvertreter hatten. Eine Provision von 90 %, die der vom Beklagten behaupteten Handelsspanne beim Verkauf auf eigene Rechnung entspreche, stehe dem Beklagten nach alledem nicht zu.

Auch die Widerklageanträge zu 3 und 4 seien unbegründet, da die Klägerin berechtigt gewesen sei, den Vertrag fristlos zu kündigen, nachdem der Beklagte die Wechsel nicht eingelöst habe. Der Schuldsaldo des Beklagten habe sich damals auf insgesamt 40.000,-- DM belaufen. Hätte er die Wechsel eingelöst, hätte er seine **b e r e c h t i g t e n** Gegenforderungen gegen die verbleibenden Kaufpreisforderungen der Klägerin von mehr als 20.000,-- DM verrechnen können, ohne daß ihm ein wirtschaftlicher Nachteil entstanden wäre.

Der mit der Widerklage zu 5 a geltend gemachte Auskunftsanspruch sei nicht gerechtfertigt, weil er sich auf einen Zeitraum beziehe, in dem das Vertragsverhältnis der Parteien bereits erloschen sei.

Der Widerklageantrag zu 5 b sei gegenstandslos, nachdem die Klägerin die vom Beklagten begehrte Auskunft bereits erteilt habe. Die dem Kläger zustehende Vertreterprovision sei in dem von der Klageforderung abgezogenen Betrag von 5.249,96 DM enthalten.

Ein Ausgleichsanspruch stehe dem Beklagten nicht zu, weil der Vertrag von der Klägerin zu Recht aus einem wichtigen Grund, den der Beklagte zu vertreten habe, gekündigt worden sei.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

Die Parteien streiten im wesentlichen darum, ob nach ihrem Willen der Beklagte bei Direktlieferungen der Klägerin in seinen Bezirk nur Anspruch auf Provision haben sollte oder die Klägerin ihn so zu stellen hatte, als habe er die Geschäfte selbst getätigt.

Beide Vorinstanzen haben den Vertrag vom 1. Februar 1967 als Handelsvertreter-Vertrag gewertet. Während das Landgericht indes aus der unstreitigen Tatsache, daß der Beklagte nach Vertragsschluß ausschließlich Geschäfte auf eigene Rechnung tätigte, auf eine Umwandlung des Handelsvertreter-Vertrages in einen Eigenhändler-Vertrag geschlossen und ihm den Gebietsschutz eines alleinvertriebsberechtigten Eigenhändlers zugebilligt hat, verneint das Berufungsgericht eine solche Vertragsumwandlung mit der Begründung, nach §§ 2 und 6 des Vertrages sei dem Beklagten lediglich der Kundenschutz eines Bezirksvertreters im Sinne des § 87 Abs. 2 HGB eingeräumt worden; zu dessen Änderung in einen Eigenhändler-Gebietsschutz hätte es einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien bedurft; daran fehle es.

Gegen diese Würdigung bestehen rechtliche Bedenken. Es kann dahinstehen, ob das Vertragsverhältnis der Parteien - wie das Landgericht meint - nach den Grundsätzen des Eigenhändler-Vertrages oder - so das Berufungsgericht - ausschließlich nach dem Handelsvertreter-Recht zu beurteilen ist. Für Inhalt und Umfang der Ansprüche, die dem Beklagten aus Direktlieferungen der Klägerin in sein Vertragsgebiet zustehen, ist entscheidend, daß der Beklagte unstreitig mit Wissen und Billigung der Klägerin während der gesamten Vertragsdauer stets nur Geschäfte in eigenem Namen auf eigene Rechnung getätigt und nach seiner Behauptung dabei einen Gewinn von 90 % des Einstandspreises erzielt hat. Bei dieser Handhabung des Vertrages kann die Klägerin hinsichtlich ihrer Direktlieferungen den Beklagten - jedenfalls nach dem bisherigen Sach- und Streitstand - nicht auf einen Provisionssatz von 5 % verweisen, der nach §§ 1, 9 des Vertrages für die bloße V e r m i t t l u n g von Geschäften vorgesehen war. Nach dem W o r t l a u t des Vertrages stand dem Beklagten zwar lediglich ein Bezirksschutz zu, wie ihn § 87 Abs. 2 HGB für den Handelsvertreter vorsieht, dem ein bestimmter Bezirk zugewiesen worden ist. Nach § 6 des Vertrages hatte er Anspruch auf Provision für alle von ihm getätigten Geschäfte sowie "von indirekten Aufträgen in dem ihm zugeteilten Gebiet" (gemeint sind offenbar die üblicherweise als "Direktgeschäfte" bezeichneten Geschäfte, die ohne seine Mitwirkung abgeschlossen wurden). In Erweiterung des in § 87 Abs. 2 HGB vorgesehenen Provisionsschutzes hatte die Klägerin jedoch nach § 3 Abs. 6 des Vertrages Direktaufträge vor Bestätigung dem Beklagten zur

Kenntnis zu bringen "um evtl. Einsprüche vom Handelsvertreter vorher berücksichtigen zu können". Ob diese Vertragsbestimmung so zu verstehen ist, daß die Klägerin vom Beklagten nicht genehmigte Direktgeschäfte nicht ausführen durfte, mag dahinstehen. Jedenfalls ist aus ihr zu folgern, daß dem Beklagten durch Direktlieferungen der Klägerin keine finanziellen Nachteile entstehen sollten. Daß sich die Klägerin während der Vertragsdauer entsprechend verhalten hat und ebenfalls der Auffassung war, dem Beklagten stehe nicht lediglich der Provisionsschutz des § 87 Abs. 2 HGB zu, ergibt sich aus der zu den Akten gereichten Korrespondenz. Dafür sprechen insbesondere die vom Beklagten mit Schriftsatz vom 5. Dezember 1973 überreichten Geschäftsbriefe der Klägerin, in denen sie auf den dem Beklagten zugebilligten Kundenschutz hinweist, an ihren Waren interessierte Firma an den Beklagten verweist und dabei zum Ausdruck bringt, daß sie im Gebiet des Beklagten ansässige Firmen "nicht direkt beliefern könne".

Das streitige Vertragsverhältnis kann nicht mit den Maßstäben gemessen werden, die für das normale Unternehmer-Bezirksvertreter-Verhältnis gelten. Die in § 87 Abs. 2 HGB zugunsten des Bezirksvertreters vorgesehene Provisionspflicht für Direktgeschäfte geht von der üblichen Tätigkeit eines Handelsvertreters aus, der Geschäfte für den Geschäftsherrn lediglich vermittelt oder in dessen Namen abschließt, also ein erheblich geringeres Eigenrisiko eingeht, als der sog. Eigenhändler. In solchen Fällen wird eine et-

waige wirtschaftliche Einbuße des Handelsvertreters durch Direktgeschäfte des Geschäftsherrn durch Zahlung der entgangenen Provisionen vermieden. Dagegen entgeht einem Handelsvertreter, der mit Billigung des Geschäftsherrn ausschließlich für eigene Rechnung und im eigenen Namen Geschäfte abschließt, bei Direktlieferungen in gleicher Weise wie einem echten Eigenhändler nicht etwa eine Vermittlungsprovision, sondern der Gewinn, der ihm aus den auf eigenes Risiko abgeschlossenen Geschäften zugeflossen wäre.

Wird durch Direktlieferungen des Unternehmers gegen das Alleinvertriebsrecht eines Eigenhändlers verstoßen, so kann dieser Ersatz des ihm hierdurch entgangenen Gewinns verlangen (vgl. Schröder, Handelsvertreterrecht, 5. Aufl. § 87 Anm. 30 a). Das gleiche muß aber jedenfalls dann gelten, wenn formal zwar ein Handelsvertreter-Vertrag unter Zuweisung eines Vertragsgebietes geschlossen wurde, der bei Direktgeschäften nur eine Provisionspflicht des Geschäftsherrn vorsieht, die tatsächliche Handhabung aber über Jahre hinaus dahin ging, daß der Beklagte ausschließlich wie ein Eigenhändler tätig wurde. Hierbei bedarf es keiner Entscheidung, ob etwa der Vertrag zwischen den Parteien von vornherein ein Eigenhändlerverhältnis vorsah, oder in ein solches durch die tatsächliche Handhabung umgewandelt worden ist, zumal die Grenzen zwischen diesen Vertragstypen fließend sind. Entscheidend für den Streitfall ist, daß der Beklagte unstreitig die von der Klägerin bezogenen Erzeugnisse stets in eigenem Namen und für eigene Rechnung vertrieben hat,

die Klägerin sich also klar darüber sein mußte, daß bei Direktlieferungen in das dem Beklagten vorbehaltene Gebiet diesem nicht etwa eine Vermittlungsprovision, sondern der Gewinn entging, den er bei seinen eigenen Geschäften erzielte. Hierbei fällt auch ins Gewicht, daß es sich bei der Firma F. um einen früheren Kunden des Beklagten handelte, mit dem die Klägerin einen Eigenhändler-Vertrag mit Gebietsschutz für den gesamten übrigen Bereich von Österreich mit einer Lagerhalterverpflichtung in dem dem Beklagten vorbehaltenen Gebiet abgeschlossen hatte.

Die Klägerin hat in der Vorkorrespondenz wie auch im Verlauf dieses Rechtsstreits den von dem Beklagten in Anspruch genommenen "Gebietsschutz" nie ernsthaft in Abrede gestellt, sondern sich lediglich darauf berufen, der Beklagte sei mit einer Belieferung der Firma F. einverstanden gewesen und sie habe diese Firma ernsthaft ermahnt, die ihr gelieferten Erzeugnisse nicht in dem dem Beklagten vorbehaltenen Gebiet abzusetzen. Das Berufungsgericht hat zu diesem angeblichen Einverständnis des Beklagten mit der Belieferung der Firma F. keine Feststellungen getroffen. Ist aber davon auszugehen, daß sämtliche Lieferungen der Klägerin an die Firma F. in das Vertragsgebiet des Beklagten ohne dessen Billigung durchgeführt worden sind, und diese Lieferungen sämtlich in diesem Vertragsgebiet verblieben sind, so kann der Beklagte als Ausgleich für diese Direktgeschäfte der Klägerin bei der gegebenen Sachlage nicht auf den Provisionssatz eines Bezirksvertreters verwiesen werden, der üblicherweise nur Geschäfte des Geschäftsherrn vermittelt.

Wegen der noch erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bedarf es der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, das gegebenenfalls zu prüfen haben wird, ob und in welcher Höhe sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten ersatzpflichtig gemacht hat (vgl. hierzu BGH NJW 1964, 151, 152; Peterek, Zur Bedeutung und zum Umfang allgemeiner Kundenschutzvereinbarungen, BB 1966, 351, 353, 355), und welche Rechtsfolgen sich daraus für die übrigen noch im Streit befindlichen wechselseitigen Ansprüche ergeben.

III. Auf die Revision des Beklagten war somit das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Merkel

Schönberg

v. Gamm

Schwerdtfeger