

11

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

HGB § 354 Abs. 1

Zu den Voraussetzungen des gesetzlichen Provisionsanspruchs  
aus § 354 Abs. 1 HGB.

BGH, Urt. v. 28. Januar 1993 - I ZR 292/90 - OLG Zweibrücken  
LG Zweibrücken

11

BUNDESGERICHTSHOF  
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 292/90

Verkündet am:  
28. Januar 1993  
Breskic  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Kaufmann Helmut E [REDACTED], A [REDACTED], L [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

K [REDACTED]-F [REDACTED] S.L., vertreten durch den geschäftsführenden Direktor Diego Martinez T [REDACTED], T [REDACTED] Q [REDACTED], E [REDACTED]/A [REDACTED]  
[REDACTED], Spanien,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] als  
Abwickler der Kanzlei des  
Rechtsanwalts [REDACTED] -

MA

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Piper und die Richter Dr. Teplitzky, Dr. Erdmann, Dr. Mees und Starck

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 26. Oktober 1990 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte, der der Klägerin aus der Lieferung von Schuhen einen Gesamtkaufpreis von 95.791,20 DM (Rechnungen vom 3.10.1981) schuldet, hat hiergegen im Dezember 1981 mit ihm bzw. der von ihm geführten Odema GmbH nach seiner Behauptung gegenüber der Klägerin zustehenden Provisionen für Geschäfte aus den Jahren 1981 und 1982 in Höhe von 97.238,48 DM die Aufrechnung erklärt.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Zahlung ihrer Kaufpreisforderung nebst Zinsen.

Sie hat vorgetragen, sie habe nach Beendigung eines - unstreitig für nur eine Saison bis April 1980 - mit dem Beklagten geschlossenen Handelsvertretervertrages einen neuen Vertrag weder mit dem Beklagten noch mit der O. GmbH abgeschlossen. Auch sonst stehe diesen kein aufrechnungsfähiger Anspruch zu.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Er hat vorgetragen, er sei auch in den Jahren 1981 und 1982 für die O. GmbH - die ihm unstreitig ihr zustehende Ansprüche abgetreten hat - gemäß mündlicher Vereinbarung mit der Klägerin bei der Vermittlung von Aufträgen der Firma D. für die Klägerin tätig geworden. Jedenfalls ergebe sich der Provisionsanspruch aus § 354 HGB; Gegenstand des Unternehmens der O. GmbH sei die Vertretung insbesondere ausländischer Schuhfabriken.

Das Landgericht hat unter Anerkennung der Aufrechnung mit einem Provisionsbetrag von 3.444,38 DM für ein im Juni/ Juli 1981 ausgeführtes Geschäft der Klägerin mit der Firma D[REDACTED] den Beklagten zur Zahlung von 92.346,82 DM verurteilt. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Beklagten sei nicht der Nachweis gelungen, daß zwischen ihm oder der O[REDACTED] GmbH einerseits und der Klägerin andererseits auch für die Zeit nach April 1980 ein Handelsvertretervertrag mit Provisionsvereinbarung bestanden habe. Nur eine einzelne Vermittlung im Juni/Juli 1981 sei auf Grund besonderer Vereinbarung verprovisioniert worden. Das nimmt die Revision hin. Insoweit sind Rechtsbedenken auch nicht zu erheben.

II. Das Berufungsgericht hat des weiteren auch einen Provisionsanspruch des Beklagten aus § 354 Abs. 1 HGB verneint, der dann in Betracht kommt, wenn es - wovon hier mit Ausnahme der mit 3.444,38 DM verprovisionierten Vermittlungstätigkeit auszugehen ist (s.o. Ziff. I) - an einer Provisionsvereinbarung fehlt. Es hat hierzu ausgeführt, die Vorschrift sei abdingbar und gelte nicht, wenn der Geschäftsherr sich ausdrücklich die Prüfung eines Provisions-

anspruches vorbehalte. Angesichts im Frühjahr 1980 zwischen den Parteien laufend geführter Verhandlungen über den Abschluß eines weiteren Handelsvertretervertrages sei für den Beklagten erkennbar gewesen, daß ohne vertragliche Provisionsvereinbarung die bloße stillschweigende Duldung der Mitwirkung des Beklagten bei Vertragsabschlüssen mit der Firma D. [REDACTED] seitens der Klägerin ohne rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen erfolgt sei. Dieser Beurteilung kann nicht beigetreten werden.

1. Der gesetzliche Provisionsanspruch aus § 354 Abs. 1 HGB setzt neben der hier gegebenen Kaufmannseigenschaft der O. [REDACTED] GmbH (vgl. § 13 Abs. 3 GmbH, § 3 HGB) weiter voraus, daß der Beklagte im Verhältnis zur Firma D. [REDACTED] zwecks Vermittlung von Geschäften tätig geworden ist, daß dies im Interesse der Klägerin lag und befugtermaßen für die Klägerin geschah. Alle diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

Die Vermittlungstätigkeit des Beklagten ergibt sich schon aus der unangegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die Mitwirkung des Beklagten bei einigen Vertragsabschlüssen mit der D. [REDACTED] GmbH (stillschweigend) geduldet (BU 8). Des weiteren kann die Tätigkeit des Beklagten aus dem von ihm vorgelegten und als solchem unstreitigen Telexverkehr (36 Fernschreiben aus dem Jahr 1981, GA 388-428) zwischen der O. [REDACTED] GmbH und der Klägerin entnommen werden. Die Fernschreiben erweisen, daß die O. [REDACTED] GmbH vor und nach den jeweiligen Vertragsabschlüssen zwischen der Klägerin und der D. [REDACTED] GmbH von sich aus oder infolge Einschaltung durch die Klägerin vermittelnd wie ein Handelsver-

treter tätig geworden ist. So wurden der O[REDACTED] GmbH von der Klägerin Muster und Waren zur Weiterleitung an die D[REDACTED] GmbH avisiert (z.B. Fernschreiben vom 10., 19., 25.2.1981), Einzelheiten über Vorgänge zwischen der Klägerin und der D[REDACTED] GmbH mitgeteilt (z.B. Fernschreiben vom 3.4., 5.5. und 15.7.1981) und Preise für Aufträge der D[REDACTED] GmbH bestätigt (Fernschreiben vom 29.5.1981). Die O[REDACTED] GmbH selbst avisierte der D[REDACTED] GmbH die Anlieferung von Ware (z.B. Fernschreiben vom 10.2.1981), leitete Angaben über die Sortimentseinteilung an die Klägerin weiter (z.B. Fernschreiben vom 24.3., 26.5. und 4.6.1981) und reklamierte für die D[REDACTED] GmbH die Nichtlieferung von Mustern durch die Klägerin (Fernschreiben vom 10.2.1981).

Daß diese umfangreichen Tätigkeiten der O[REDACTED] GmbH im Interesse der Klägerin erfolgten, kann angesichts des jeweiligen Bezugs zu den vertraglichen Verbindungen zwischen der Klägerin und der D[REDACTED] GmbH nicht zweifelhaft sein.

Indessen ist die O[REDACTED] GmbH insoweit nicht nur im Interesse der Klägerin, sondern auch befugtermaßen für diese tätig geworden. Zwar hat das Berufungsgericht das Bestehen einer vertraglichen Grundlage rechtsfehlerfrei verneint, aus der sich in der Regel die Berechtigung des tätig werdenden Kaufmanns ergibt (vgl. Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl., § 354 Anm. 2 B; Heymann/Horn, HGB, § 354 Rdn. 6). Einer solchen vertraglichen Grundlage bedarf es jedoch nicht stets. Die in Rede stehende Vorschrift ist darauf gegründet, daß ein Kaufmann nach allgemeiner Anschauung im Handelsverkehr nicht unentgeltlich im Dienst anderer tätig wird, und daß das seinem Geschäftspartner bekannt ist, dieser jedenfalls

damit rechnen muß (RGZ 122, 229, 232). Nimmt also jemand, wie hier die Klägerin, die Dienste eines Kaufmanns an, obwohl er weiß oder sich nach den Umständen sagen muß, daß dieser aus solchen Dienstleistungen Geschäfte macht und einen Erwerb zieht, so kann er sich nicht darauf berufen, daß mangels Einigung über eine Provision kein Vertragsverhältnis begründet worden sei. Der Telexverkehr läßt hier erkennen, daß die Klägerin sich nicht darüber im unklaren war, daß die Odema GmbH als Handelsvertreterin für sie tätig sein wollte, und zwar gegen Provision, nicht unentgeltlich. Auf die Regelung der Provisionszahlung hat die Odema GmbH immer wieder gedrängt (z.B. Fernschreiben vom 4.3., 5.5., 31.8., 6.10., 17.11., 18.11. und 9.12.1981).

2. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - Feststellungen zur Höhe des geltend gemachten Provisionsanspruchs nicht getroffen. Das wird es nachzuholen und dabei zu berücksichtigen haben, daß sich dieser Anspruch nach den Vorschriften über die Handelsvertreterprovision unter Berücksichtigung der Ortsüblichkeit bemißt.

III. Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Piper

Teplitzky

Erdmann

Mees

Starck