

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 54/72

URTEIL

Verkündet am
28. Mai 1973
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Martin B. in D., S-
straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Walter B. KG, Kontroll- und Fernmeßgeräte
in S.-M., F.straße, vertreten
durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Walter
B., ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Februar 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 44 559,75 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Der Beklagte hat 29/30 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, soweit über diese nicht bereits erkannt ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

11

- 3 -

Tatbestand

Die Klägerin stellt u.a. Signalvorrichtungen zur Überwachung der Füllung von Badewannen her. Erfinder des Geräts ist der Zeuge B[REDACTED], Lizenznehmer ist die schweizerische Firma P[REDACTED], die ihrerseits eine Unterlizenz der Klägerin erteilt hat. Die Geräte wurden zunächst unter dem Namen "Aquason", später unter dem Namen "Saniphon" vertrieben.

Anfang 1967 kamen die Parteien in Geschäftsverbindung. Die Klägerin belieferte den Beklagten seit September 1967. Am 28. Oktober 1967 schlossen sie einen Vertrag folgenden Inhalts:

- "1. (Der Beklagte) übernimmt den Generalvertrieb der (Klägerin) für den Artikel AQUASON auf eigene Rechnung. Das Generalvertriebsrecht besteht für die BRD einschl. West-Berlin, Europa und die USA.
2. Der Einkaufs-Netto-Preis einschl. Verpackung, frei Empfangsstation des jeweiligen Empfängers der BRD + W-Berlin, frei Grenze bei Auslandslieferungen, beträgt DM 14,75 je Stück. Bei Zahlungen innerhalb von 14 Tagen 3 % Skonto - 90 Tage netto.
3. Für die Marketing-Beratung wird (dem Beklagten) eine monatliche Beratungsgebühr in Höhe von DM 1 000,-- gezahlt.
4. Der Vertrag hat eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 1970. Wird der Vertrag nicht 6 Monate vor Ablauf mit eingeschriebenen Brief gekündigt, verlängert er sich um ein weiteres Jahr. Die Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist bleibt hierdurch unberührt.
5. Im übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die des Par. 89 b HGB."

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



Durch einen schriftlichen Zusatz vom 9. November 1967 änderten die Parteien die Jahreszahl 1970 in Nr. 4 des Vertrages in 1968 ab.

Im Februar 1968 nahm der Beklagte mit der Firma A[REDACTED] GmbH Verbindung wegen der Belieferung mit Aquason-Geräten auf. Er unterrichtete hiervon auch die Klägerin. Die Parteien erörterten mit Rücksicht darauf, daß ein langjähriger Vertrag mit der Firma A[REDACTED] ins Auge gefaßt war, die Gründung einer Vertriebsgesellschaft. Im Zusammenhang damit übersandte der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin mit Schreiben vom 1. April 1968 dem Beklagten Entwürfe für die Gründung einer GmbH und einer GmbH & Co. KG sowie den Entwurf einer Vereinbarung für den Fall, daß die Gründung der vorgenannten beiden Gesellschaften sich verzögern sollte. Dieses Schreiben lautet in seinem Schlußabsatz:

"Was mich anbetrifft, könnte sich die Situation hinsichtlich der in Erwägung gezogenen Gesellschaftsgründung unter Umständen grundsätzlich ändern, da während einem von mehreren europäischen Management-Instituten veranstalteten internationalen Treffen Anfang vergangener Woche sich völlig neue, unerwartete Aspekte ergeben haben. Eine Klärung der Situation ist jedoch mit Sicherheit bis Ende dieses Monats zu erwarten."

Am 4. April 1968 führte der Beklagte ein Gespräch mit dem Geschäftsführer der Firma A[REDACTED], dem Zeugen H[REDACTED], dessen Inhalt wie schon der der früheren Besprechung streitig ist. Am 5. April 1968 übersandte der Beklagte der Firma A[REDACTED] den Entwurf eines Vertriebsvertrages und teilte dabei mit, daß im Falle des Zustandekommens der in Gründung befindlichen Vertriebs-

gesellschaft diese an seiner Stelle in den Vertrag eintreten werde.

Mit Schreiben vom 17. April 1968 kündigte die Klägerin den mit dem Beklagten geschlossenen Vertriebsvertrag zum 31. Dezember 1968 und führte dazu aus:

"Die in meinem Schreiben vom 1.4.68 erwähnten Anzeichen haben sich inzwischen verdichtet zu der Gewißheit, daß uns jetzt auf dem uns am besten liegenden Sektor der mengengefertigten Präzisionsgeräte für die nächsten drei bis vier Jahre eine Chance geboten ist, wie wir sie kaum zu erhoffen gewagt hatten. Diese Chance wahrzunehmen erfordert jedoch, daß wir uns voll und ganz auf ein solches Ziel konzentrieren und uns ohne Einschränkung von allen Bindungen lösen, die uns zur Fertigung von Geräten abseits unseres ureigensten Tätigkeitsgebietes in irgendeiner Weise verpflichten könnten.

Unter diesem Aspekt müssen wir in letzter Konsequenz auch den am 28.10.1967 mit Ihnen geschlossenen Vertrag, betreffend den Vertrieb der Aquason-Geräte, zum 31.12.1968 kündigen. Welchen Weg wir beschreiten werden - Abgabe des Produktes an ein anderes Unternehmen o.Ä. - um den befristeten Verpflichtungen gegenüber den derzeitigen Abnehmern nachzukommen, können wir im Augenblick noch nicht festlegen.

Wir werden jedoch im Rahmen des möglichen darauf bedacht sein, daß weder für Sie noch für uns in irgendeinem Fall negative Nachwirkungen eintreten können.

Ich persönlich bedaure diese Entwicklung sehr, soweit sie unsere gemeinsamen Geschäfte und Pläne hinfällig macht, hoffe Sie jedoch mit mir einig in der Auffassung, daß die Forderungen des Marktes nicht ignoriert werden können."

Ein Vertriebsvertrag zwischen dem Beklagten und der Firma A [REDACTED] kam nicht zustande. Deshalb unterblieb auch die Gründung der vorgesehenen Vertriebsgesellschaft. Am 20. Dezember 1968 schloß die Klägerin mit A [REDACTED] einen Alleinvertriebsvertrag mit Wirkung ab 1. Januar 19

Die Klägerin verlangt im Rechtsstreit Zahlung von 46 411,10 DM für gelieferte Aquason-Geräte. Der Beklagte rechnet mit drei Forderungen auf. Zunächst mit einem Anspruch über 1 568,70 DM, den er daraus herleitet, daß die Klägerin vertragwidrig die Lieferung nicht an seine Besteller, sondern an ihn selbst vorgenommen habe, so daß ihm Kosten für Roll- und Lagergeld entstanden seien (Gegenforderung 1). Weiter macht er 2 500 DM, mindestens aber 282,65 DM für seine Bemühungen um die Vermittlung von Interessenten für Aerosol-Sprühdosen geltend (Gegenforderung 2). Schließlich leitet er einen Gegenanspruch in Höhe von 125 000 DM daraus her, daß die Klägerin den von ihm vorbereiteten Abschluß mit A [REDACTED] vereitelt, ihn aus diesem Geschäft hinausgedrängt und schließlich selbst mit A [REDACTED] abgeschlossen habe. Hilfsweise stützt er diesen Anspruch auf die §§ 87 Abs. 3, 89 b HGB (Gegenforderung 3).

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang, das Berufungsgericht in Höhe von 46 128,45 DM stattgegeben. Mit der Revision strebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage an. Die Klägerin hat beantragt, das Rechtsmittel des Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Klageforderung ist unstreitig. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt also davon ab, ob die Gegenforderungen, die der Beklagte zur Aufrechnung stellt, begründet sind.

1. Hinsichtlich der Gegenforderung 2 hat das Berufungsgericht die Aufrechnung in Höhe von 282,65 DM durchgreifen lassen. Die Revision erhebt, soweit das Berufungsgericht das Bestehen einer höheren Gegenforderung abgelehnt hat, keine Angriffe. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

2. Nach Nr. 2 des von den Parteien geschlossenen Generalvertriebsvertrages hatte die Klägerin die bestellten Geräte unstreitig frei Empfangsstation des jeweiligen Empfängers zu liefern. Ebenfalls unstreitig hat sie dies bei einem der beiden Abnehmer des Beklagten, der Firma J. [REDACTED] in D. [REDACTED]-H. [REDACTED] nicht getan.

Das Berufungsgericht meint, Schadensersatzansprüche habe der Beklagte, der Roll- und Lagergeld für die Beförderung der Ware zu J. [REDACTED] gezahlt hat, gleichwohl nicht. Die Zeugen D. [REDACTED], W. [REDACTED] und H. [REDACTED] hätten übereinstimmend ausgesagt, daß der Beklagte die Auftragsbestätigungen der Klägerin nie beanstandet habe, in welchen die Übersendung der Ware an ihn selbst angezeigt worden sei. Bei dieser Sachlage sei der etwaige Schaden des Beklagten nach § 254 BGB von ihm selbst zu tragen.

Das Berufungsgericht läßt ungeprüft, ob der Beklagte, wie er unter Beweisantritt vorgetragen hat, gegenüber dem ehemaligen Geschäftsführer der Klägerin, Dr. N■■■■, den Versandweg beanstandet hat. Es meint, selbst wenn dies zuträfe, rechtfertige das keine andere rechtliche Beurteilung. Der Beklagte habe, insbesondere bei der Vielzahl der Sendungen, die über eine längere Zeit hinweg erfolgt seien, die Klägerin nachdrücklich auf eine unmittelbare Belieferung der Firma J■■■■ hinweisen müssen.

Diese Ausführungen beanstandet die Revision mit Recht. Nr. 2 des Generalvertriebsvertrages legt die Verpflichtung der Klägerin zur Sendung der Ware an die Abnehmer des Beklagten eindeutig fest. Deshalb fällt schon auf, daß keiner der vom Landgericht gehörten drei oben genannten Zeugen von der Klägerin eine Anweisung bekommen hat, nach dieser Bestimmung des Generalvertriebsvertrages zu verfahren.

Ihrer Vertragspflicht, nicht den Beklagten, sondern unmittelbar dessen Abnehmer zu beliefern, konnte sich die Klägerin nicht dadurch entziehen, daß sie in ihren Auftragsbestätigungen die Lieferung an den Beklagten ankündigte. Hätte der Beklagte dies während eines längeren Zeitraums widerspruchslos hingenommen, so könnte darin zwar eine stillschweigende Abänderung der Nr. 2 des Generalvertriebsvertrages gesehen werden. Im Revisionsrechtszug ist indessen davon auszugehen, daß der Beklagte gegenüber dem ehemaligen Geschäftsführer der Klägerin die vertragswidrige Zusendung der Ware beanstandet hat. Ist das in eindeutiger Form geschehen, so wäre für die Annahme einer stillschweigenden Vertrags

änderung kein Raum. Eines zusätzlichen "nachdrücklichen" Hinweises, die Geräte für J[REDACTED] an diesen selbst zu übersenden, wie das Berufungsgericht meint, bedurfte es angesichts der klaren Regelung des Generalvertriebsvertrages nicht.

Das angefochtene Urteil kann deshalb in diesem Punkt keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht, an das der Rechtsstreit zurückzuverweisen ist, wird den Sachverhalt insoweit vielmehr weiter aufzuklären haben.

3. Eine Gegenforderung des Beklagten von 125 000 DM hat das Berufungsgericht dagegen im Ergebnis ohne Rechtsverstoß verneint.

a) Auf den Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß kommt die Revision nicht mehr zurück. In der Tat kann der Klägerin kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie es schließlich ablehnte, an der Gründung der im Zusammenhang mit der Belieferung der Firma A[REDACTED] geplanten Vertriebsgesellschaft mitzuwirken. Auf den Abschluß eines derartigen Gesellschaftsvertrages hatte der Beklagte keinen Anspruch, und daß die hierüber gepflogenen Verhandlungen von der Klägerin - aus welchen Gründen auch immer - unter Vorbehalt geführt wurden, ergab der Schlußabsatz des Schreibens des Inhabers der Klägerin vom 1. April 1968 mit hinreichender Deutlichkeit. Im übrigen ist entscheidend für den vom Beklagten behaupteten Schaden nicht der Umstand, daß die Vertriebsgesellschaft nicht gegründet wurde, sondern daß der mit A[REDACTED] vorgesehene Lieferungsvertrag unter seiner, des Beklagten wirtschaftlicher Beteiligung nicht zustande kam.

b) Auch aus (positiver) Verletzung des Generalvertriebsvertrages kann der Beklagte keinen Anspruch gegen die Klägerin herleiten.

Das Berufungsgericht geht übereinstimmend mit den Parteien davon aus, daß der Generalvertriebsvertrag dem Beklagten das Alleinvertriebsrecht für Aquason-Geräte einräumte. Daraus ergab sich für die Klägerin die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was dieses Recht beeinträchtigen konnte. Vertragsbruch wäre es insbesondere gewesen, wenn sie es unternommen hätte, den Beklagten aus einem von ihm angebahnten Geschäft mit einem möglichen Abnehmer herauszudrängen und an seiner Stelle dieses Geschäft abzuschließen.

Das Berufungsgericht unterstellt, der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin habe nach einer am 21. März 1968 mit dem Beklagten geführten Unterredung über das A[REDACTED]-Geschäft den Geschäftsführer der Firma A[REDACTED] aufgesucht und mit diesem verabredet, daß man direkt und unter Ausschluß des Beklagten abschließen wolle. Darin läge grundsätzlich eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung selbst dann, wenn die Klägerin und die Firma A[REDACTED] mit Rücksicht auf den bis 31. Dezember 1968 bestehenden Alleinvertriebsvertrag des Beklagten ihrerseits erst zum Jahresende 1968 abschlossen und die Lieferungen hieraus erst 1969 begannen. Voraussetzung wäre aber immer, daß die Firma A[REDACTED] ohne das Dazwischentreten der Klägerin mit dem Beklagten noch während der Dauer seines Alleinvertriebsrechts einen Vertrag geschlossen und Geräte von ihm bezogen hätte. Gerade das aber ist nach den

Feststellungen, die das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang getroffen hat, nicht der Fall.

Es hat den Aussagen des Zeugen Homberg, des Geschäftsführers der Firma A■■■■■, entnommen, daß die Firma A■■■■■ trotz ihres Interesses an dem Gerät mit Sicherheit mit dem Beklagten keinen Vertriebsvertrag geschlossen hätte, weil dieser weder Lizenzinhaber, noch Hersteller, noch Inhaber des Schutzrechts des Gerätes gewesen sei. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Tatsache, daß H■■■■■ zweimal mit dem Beklagten verhandelt und von ihm die Übersendung eines Vertragsentwurfs erbeten habe, sei nicht geeignet, die Richtigkeit der Aussage dieses Zeugen zu erschüttern; da ein umfangreiches Geschäft geplant gewesen sei, habe eine eingehende Prüfung aller damit zusammenhängenden Fragen für die Firma A■■■■■ nahegelegen. Dabei habe für diese Firma auch der Gedanke eine Rolle spielen können, daß die Einschaltung des Beklagten, der selbst an dem Gerät habe verdienen wollen, zu einer Verteuerung geführt hätte.

Diese Ausführungen liegen völlig auf tatsächlichem Gebiet. Sie stellen angesichts der eindeutigen Aussage des Zeugen H■■■■■, ein Vertrag mit dem Beklagten, der selbst keine Produktionsstätte gehabt habe, sei schon deshalb nicht in Betracht gekommen, immerhin mögliche Feststellungen dar, die vom Revisionsgericht hinzunehmen sind. Die Auffassung der Revision, die Ausführungen des Berufungsgerichts enthielten einen "unlösbaren Widerspruch", weil H■■■■■ mit dem Beklagten verhandelt, Prospekte und schließlich auch einen Vertragsentwurf angefordert habe, läuft auf den Versuch hinaus, die

eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen. Das ist im Revisionsverfahren nicht möglich.

Muß demnach davon ausgegangen werden, daß die Firma A[REDACTED] mit dem Beklagten keinesfalls einen Vertriebsvertrag über das Aquason-Gerät abgeschlossen hätte, so entfällt die Voraussetzung für die Annahme einer positiven Vertragsverletzung. Die Klägerin brauchte sich das Gesch mit der Firma A[REDACTED] nicht etwa deshalb entgehen zu lassen, weil diese keinesfalls unter Einschaltung des Beklagten abschließen wollte. Schadenersatzpflichtige Vertragsverletzungen der Klägerin könnten bei dieser Sachlage allenfalls dann gegeben sein, wenn sie vor Ablauf des 31. Dezember 1968 die Firma A[REDACTED] mit Aquason-Geräten beliefert und damit das Alleinvertriebsrecht des Beklagten verletzt hätte. Das war indessen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall.

Scheiden somit Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung aus, so ist es bedeutungslos, daß das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft in einer Hilfsbegründung angenommen hat, derartige Ansprüche richteten sich nur auf den Ersatz des Vertrauensinteresses. In Wirklichkeit wäre, wie die Revision mit Recht rügt, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen gewesen.

c) Auch Ansprüche aus § 87 Abs. 3 HGB stehen dem Beklagten nicht zu. Dabei kann dahinstehen, ob die von der Revision angegriffene Auffassung des Berufungsgerichts haltbar ist, der Nr. 5 des Generalvertriebsvertrages, wonach "im übrigen die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die des § 89 b HGB" gelten,

könne nicht entnommen werden, daß auch § 87 HGB zumindest entsprechend anwendbar sein solle.

Eine unmittelbare Anwendung des § 87 Abs. 3 HGB kommt, weil der Beklagte nicht Handelsvertreter, sondern Eigenhändler war, nicht in Betracht. Geht man zugunsten des Beklagten von der entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschrift aus, so scheitert der geltend gemacht Anspruch daran, daß das Geschäft der Klägerin mit der Firma A [REDACTED] nicht überwiegend auf die Tätigkeit des Beklagten zurückzuführen ist. Eine Vermittlung des Geschäfts (§ 87 Abs. 3 1. Alternative HGB) kommt bei einem Eigenhändler ohnehin nicht in Betracht. Die Frage kann also nur sein, ob der Beklagte das Geschäft so vorbereitet hat, daß seine Tätigkeit als überwiegend angesehen werden muß. Das hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Der Beklagte hat bei dem gescheiterten Versuch, selbst ein Geschäft mit A [REDACTED] zustande zu bringen, im Ergebnis der Klägerin die Firma A [REDACTED] lediglich als möglichen Abnehmer namhaft gemacht. Weiter ging seine Tätigkeit in Bezug auf das Geschäft, das die Klägerin mit A [REDACTED] später abschloß, nicht. Mit Recht verweist das Berufungsgericht darauf, daß der Vertrag zwischen A [REDACTED] und der Klägerin zu wesentlich anderen Bedingungen, vor allem hinsichtlich der Preise, zustande kam, als es der Vertragsentwurf des Beklagten vorsah. Nach diesem Entwurf sollte der von A [REDACTED] zu zahlende Kaufpreis 13,50 DM je Gerät, nach dem zwischen der Firma A [REDACTED] und der Klägerin geschlossenen Vertrag dagegen nur 10,78 DM bzw. 10,38 DM betragen.

d) Ansprüche aus § 89 b HGB, auf die die Revision selbst nicht mehr ausdrücklich eingeht, scheitern schon daran, daß der Beklagte den neuen Kunden A■■■■■, wie die Ausführungen unter Nr. 3 b) und c) ergeben, der Klägerin nicht "gebracht" hat. Es kann also auf sich beruhen, ob die Klägerin, was sie bestreitet, aus der Verbindung mit A■■■■■ überhaupt erhebliche Vorteile gezogen hat, und ob es bei Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspräche, dem Beklagten einen Ausgleichsanspruch zu gewähren.

4. Das Berufungsgericht wird bei der erforderlichlich gewordenen teilweisen neuen Prüfung (siehe oben Nr. 2) auch zu berücksichtigen haben, daß die Klägerin nach der zwingenden Vorschrift des § 276 Abs. 3 Satz 2 ZPO diejenigen Mehrkosten zu tragen hat, die dadurch entstanden sind, daß sie zunächst das unzuständige Landgericht Stuttgart angerufen hat.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann