

Verkündet
am 2. Oktober 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

gegen

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt Kunststoff-, Preß- und Spritzgußerzeugnisse her, u.a. Kugelschreiber, Kämmе und Sonnenbrillen. Am 19. März 1953 schrieb sie dem Kläger, der mit ihr und ihrer Rechtsvorgängerin seit Dezember 1952 in Verbindung stand, auf seinen Wunsch folgendes:

"Wir verpflichten uns, ... (dem Kläger) ... für alle Geschäfte mit den Warenhaus-Unternehmen, mit denen er uns ins Geschäft bringt, eine Provision von 5 % laufend zu zahlen."

Dementsprechend zahlte sie dem Kläger in der Folgezeit Provision für ihre Geschäfte mit den Warenhaus-Konzernen Karstadt und Kaufring.

Im Jahre 1954 zwischen den Parteien entstandene Unstimmigkeiten wurden Mitte Juni 1954 in einer zweitägigen Aussprache zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer Ha der Beklagten beseitigt. Mit Schreiben vom 20. Juni 1954 bestätigte der Kläger das Ergebnis dieser Aussprache wie folgt:

"Ich bestätige hiermit, daß es ... zu einer Bereinigung der kürzlich ... entstandenen Mißverständnisse gekommen ist, während ich Ihnen meinerseits die Zusicherung gab, nach Erhalt der neuen Kollektionen zufolge der veränderten Lage wiederum einen regelmäßigeren Kontakt mit den Einkaufsabteilungen der Warenhaus-Konzerne aufrechtzuerhalten."

Im selben Schreiben forderte er die neuen Musterkollektionen schnellstens an, damit er "vereinbarungsgemäß ... eine intensivere Bearbeitung der Warenhauskonzerne einschließlich Karstadt wiederaufnehmen" könne.

Im Jahre 1955 war der Kläger nur noch gelegentlich für die Beklagte tätig. Im Februar 1956 stellte er seine Tätigkeit für sie ganz ein.

Mit Schreiben vom 14. August 1956 kündigte die Beklagte den von ihr als "Vertreterverhältnis" bezeichneten Vertrag mit dem Kläger zum 30. September 1956. Nach diesem Zeitpunkt zahlte sie dem Kläger keine Provision mehr.

Der Kläger hat auf Rechnungslegung über die von der Beklagten mit den Warenhauskonzernen Karstadt und Kaufring erzielten Umsätze und auf Zahlung der sich daraus für ihn ergebenden Provision geklagt. Den zunächst miterhobenen weiteren Klageanspruch, festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten unwirksam sei, hat er später fallen gelassen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Beklagte rechtskräftig zur Rechnungslegung verurteilt. Die Beklagte hat darauf für die Zeit vom 1. Oktober 1956 bis zum 31. März 1959 Rechnung gelegt.

Dementsprechend hat der Kläger nun beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

an ihn 8.274,30 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Er hat die Auffassung vertreten, er sei nicht Handelsvertreter der Beklagten gewesen, sondern sei für sie als Handelsmakler tätig geworden; ihm stünden daher die 5 % Provision "laufend" und unkündbar als Maklerlohn lediglich auf Grund seiner früheren einmaligen Vermittlungstätigkeit zu, solange die Beklagte weiterhin Geschäfte mit den genannten Warenhauskonzernen mache.



Die Beklagte hat Abweisung der Zahlungsklage beantragt. Sie hat bestritten, daß der Kläger ihre Geschäftsverbindung mit Karstadt und Kaufring hergestellt habe. Sie hat vorgetragen, der Kläger sei mindestens seit Mitte Juni 1954 ihr Handelsvertreter gewesen. Er habe die ihm danach obliegende Tätigkeit vernachlässigt. Mit daraus hergeleiteten Schadensersatzansprüchen hat sie aufgerechnet.

Landgericht und Oberlandesgericht haben auch der Zahlungsklage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Zahlungsklage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht von den bei der Besprechung Mitte Juni 1954 getroffenen Vereinbarungen der Parteien aus und stellt als deren Inhalt folgendes fest: Der Kläger habe Geschäftsverbindungen zwischen der Beklagten und Warenhäusern anknüpfen sollen. Er habe sich verpflichtet, mit den Warenhäusern im Interesse der Beklagten laufenden Kontakt zu halten. Die Beklagte habe ihm eine 5 %-ige Vergütung von allen sich aus diesen Geschäftsverbindungen ergebenden Einzelgeschäften versprochen.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Kläger sei "weder als reiner Handelsmakler noch als eigentlicher Handelsvertreter" anzusehen. Es handle sich um einen "gemischten Vertrag". Der Kläger sei Handelsmakler mit den Besonderheiten, daß er vereinbarungsgemäß keine einmalige Vergütung, sondern eine laufende Provision zu erhalten

und daß er die "Nebenverpflichtung" übernommen habe, die Geschäftsbeziehungen der Beklagten zu ihren Warenhauskunden durch Vorsprechen bei den Einkaufsleitern, Vorlage von Musterkollektionen, Hinweise auf marktgängige Artikel usw. zu pflegen.

Die Revision rügt als rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht auf das Vertragsverhältnis der Parteien die Vorschriften über den Handelsmakler und nicht die über den Handelsvertreter angewendet hat. Die Rüge ist begründet.

1) Die Tätigkeit sowohl des Handelsvertreters (§ 84 HGB) als auch des Handelsmaklers (§ 93 HGB) ist auf das Anbahnen von Geschäften gerichtet. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß der Handelsvertreter mit seiner Aufgabe für seinen Vertragspartner ständig betraut ist, eine laufende Tätigkeit ausübt (vgl. die Entscheidung des Senats vom 26. September 1960 VII ZR 233/59), der Handelsmakler dagegen nicht. Wo eine Vertragspflicht besteht, für den anderen Vertragsteil ständig tätig zu sein, wo das Vertragsverhältnis auf Dauer angelegt ist, handelt es sich demnach nicht um Makler-, sondern gegebenenfalls um Handelsvertretertätigkeit.

2) Im vorliegenden Fall war der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu laufender Tätigkeit für die Beklagte verpflichtet. Das Berufungsgericht hält diese Verpflichtung allerdings nur für eine "Nebenpflicht", deren Verletzung den bereits vorher, nämlich mit dem Zustandekommen der Geschäftsverbindung entstandenen Provisionsanspruch des Klägers grundsätzlich nicht berühre. Es läßt aber jede Begründung für diese seine Annahme vermissen. Weder die Beweisaufnahme noch das Bestätigungsschreiben des Klägers vom 20. Juni 1954 ergeben einen Anhaltspunkt in dieser Richtung. Die aus dem Schriftwechsel ersichtliche Tätigkeit des Klägers spricht eher für das Gegenteil.

3) Der Kläger hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor, bei und am Schluß der Besprechungen von Mitte Juni 1954 betont, er wolle nicht Handelsvertreter der Beklagten sein. Er hat auch gelegentlich (vgl. sein Schreiben vom 13. Mai 1957) ausgeführt, seine laufenden Bemühungen für die Beklagte bei den Warenhäusern habe er freiwillig und ohne Rechtspflicht dazu durchgeführt, er habe die Beklagte "damit vielleicht ein wenig verwöhnt".

Es kann dahinstehen, ob diese Auffassung des Klägers für die Zeit vor Mitte Juni 1954 richtig war. Für die Zeit danach kann ihr jedenfalls nicht beigetreten werden. Denn der Kläger hat sich, wie das Berufungsgericht feststellt (vgl. auch das Bestätigungsschreiben des Klägers vom 20. Juni 1954), ab Mitte Juni 1954 verpflichtet, eine intensivere Bearbeitung der Warenhauskonzerne wiederaufzunehmen und einen regelmäßigeren Kontakt mit deren Einkaufsabteilungen aufrechtzuerhalten.

4) Der vom Berufungsgericht als glaubwürdig angesehene Zeuge R hat bekundet, man habe nach der Besprechung Mitte Juni 1954 "alles beim Alten" gelassen. Das mag in tatsächlicher Hinsicht zutreffen haben, ändert aber nichts daran, daß der Kläger nach den insoweit rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls ab Juni 1954 zu laufender Tätigkeit für die Beklagte verpflichtet war.

5) Der unstreitige umfangreiche Schriftwechsel der Parteien läßt erkennen, daß der Kläger in der Zeit bis Juni 1954 und auch in den Monaten danach sich in vielfältiger Weise darum bemüht hat, Geschäfte der Beklagten in Sonnenbrillen, Kugelschreibern, Kämmen und sonstigen Artikeln mit verschiedenen Warenhauskonzernen, darunter Karstadt und Kaufring, zustande zu bringen. Seine Tätigkeit bestand demnach nicht bloß darin, der Klägerin die Warenhäuser als mög-

liche Kunden "nachzuweisen", sondern er ist - auch nach seinem eigenen Vortrag - entweder selbst oder durch Mittelspersonen für das Zustandekommen von Einzelgeschäften tätig geworden.

Damit ist die Annahme des Berufungsgerichts unvereinbar, der Kläger sei zur ständigen Vermittlung einzelner Verkäufe nicht verpflichtet gewesen.

"Vermittlung" ist die auf den Abschluß von Geschäften gerichtete Tätigkeit, die den Abschluß vorbereitet und ermöglicht, sich aber nicht in Verhandlungen mit dem Auftraggeber erschöpft, sondern auch eine Einwirkung auf den Dritten umfaßt (Schröder bei Schlegelberger HGB 4. Aufl. § 84, 17; § 95, 6; RGRK BGB 11. Aufl. § 652, 5 mit Nachweisen; Staudinger BGB 11. Aufl. § 652, 1).

Eine derartige Vermittlungstätigkeit hat der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Schriftwechsel vor und zunächst auch nach Juni 1954 ausgeübt. Er war zu einer solchen Tätigkeit (jedenfalls ab Mitte Juni 1954) auch verpflichtet. Damit war er, mindestens von diesem Zeitpunkt ab, seiner Rechtsstellung nach überwiegend Handelsvertreter und nicht Handelsmakler. Sein ständiger Protest gegen die Bezeichnung als Handelsvertreter ist demgegenüber belanglos, da er tatsächlich die Rechte und Pflichten eines Handelsvertreters gehabt und sich wie ein solcher betätigt hat.

6) Die Warenhäuser haben ihre Einzelaufträge durchweg nicht über den Kläger laufen lassen, sondern unmittelbar der Beklagten zugesandt. Dieser Umstand hat zu der Auffassung des Berufungsgerichts beigetragen, den Kläger nicht als Handelsvertreter anzusehen. Es meint, Handelsvertreter

könne nur der sein, der die einzelnen Aufträge der Kunden entgegennimmt und sie an den Unternehmer weiterleitet.

Das ist rechtsirrig, wie § 87 Abs. 1 HGB zeigt. Danach hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision für alle während der Vertragszeit geschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen oder mit Dritten abgeschlossen sind, die er als Kunden für gleichartige Geschäfte gewonnen hat. Der Handelsvertreter erhält also Provision auch für Bestellungen, welche der Kunde unmittelbar beim Unternehmer aufgibt, vorausgesetzt, daß sie ursächlich auf die Tätigkeit des Handelsvertreters zurückzuführen sind (Baumbach-Duden aaO § 87, 2 A und B). Die "Entgegennahme und Weiterleitung" einzelner Aufträge ist daher für die Tätigkeit eines Handelsvertreters und die Entstehung seines Provisionsanspruchs nicht begriffswesentlich. Es genügt, daß seine Vermittlungstätigkeit für die Erteilung der dem Unternehmer direkt zugegangenen Aufträge ursächlich geworden ist.

7) Nach alledem kommt das Vertragsverhältnis der Parteien im vorliegenden Fall dem eines Handelsvertreters am nächsten. Es sind daher auf es die gesetzlichen Bestimmungen für den Handelsvertreter, nicht die für den Handelsmakler anzuwenden.

Mit dieser Beurteilung greift das Revisionsgericht nicht in unzulässiger Weise in die dem Tatrichter vorbehaltene Auslegung eines Individualvertrages ein. Denn es handelt sich hier nicht um eine Auslegungsfrage. Das Revisionsgericht legt vielmehr seiner Beurteilung dieselben tatsächlichen Feststellungen zugrunde, die das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffen hat. Die richtige rechtliche Einordnung (Subsumtion) des inhaltlich festgestellten Vertrages in die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten

Vertragstypen ist eine Rechtsfrage und daher durch das Revisionsgericht unbeschränkt nachprüfbar.

Ist aber Handelsvertreterrecht anzuwenden, so konnte die Beklagte den Vertrag vom 14. August 1956 gemäß § 89 HGB unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist wirksam kündigen mit der Folge, daß sie dem Kläger für Geschäfte, die sie nach Vertragsbeendigung abgeschlossen hat, nur noch nach Maßgabe des § 87 Abs. 3 HGB unter Umständen Provision zu zahlen hat.

II.

Schon aus den oben genannten Gründen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Revisionsgericht nicht möglich. Es muß noch geklärt werden, in welchem Zeitpunkt der Vertrag der Parteien auf Grund der Kündigung der Beklagten geendet hat (§ 89 Abs. 1 oder 2 HGB), und ob dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des § 87 Abs. 3 HGB Provisionen zustehen.

Auf die weiteren Angriffe der Revision braucht unter diesen Umständen nicht mehr eingegangen zu werden. Nur folgendes sei noch bemerkt:

1) Das Berufungsgericht hat festgestellt, die vom Kläger geschuldete "Kontaktpflege" sei keine höchstpersönliche Vertragspflicht gewesen, er habe vielmehr Mittelspersonen, z.B. seine Ehefrau, einschalten dürfen.

Das läßt, entgegen der Annahme der Revision, keinen Rechtsirrtum erkennen. Ein etwaiger Provisionsanspruch des

Klägers würde auch nicht dadurch entfallen, daß der Kläger der Beklagten die Einschaltung von Mittelspersonen nicht mitgeteilt hat.

2) Soweit die Revision rügt, daß das Berufungsgericht Vorbringen und Beweisantritte der Beklagten übergangen und seine Aufklärungspflicht verletzt habe (§§ 286, 139 ZPO), hat die Beklagte Gelegenheit, ihren Vortrag in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu ergänzen und auf die gewünschten Beweiserhebungen hinzuwirken.

Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Erbel Dr. Vogt