

VII ZR 227/59

Verkündet
am 26. Sept. 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2219 023

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED]-Handelsgesellschaft B [REDACTED] & Co.,
Inhaber Friedrich B [REDACTED] und Björn Ho [REDACTED] in Ha [REDACTED],
Sch [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma S [REDACTED] L [REDACTED] und Chemische Fabrik Aktiengesellschaft in L [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, den Kaufmann Emil W [REDACTED], L [REDACTED] und den Diplomchemiker Alfred L [REDACTED], Schö [REDACTED],

Beklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1960 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 14. März 1959 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Handelsgesellschaft, die Export, Import, Großhandel und Agenturen betreibt. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Firma L [REDACTED] Isoliermittel und Chemische Fabrik Kommanditgesellschaft Dr. K. Hö [REDACTED] & Co. (im folgenden: Beklagte) stellte u.a. ein Erzeugnis aus synthetischem Schaumstoff her, das "Lu [REDACTED]" genannt wird. Die Klägerin vermittelte der Beklagten im Jahre 1954 einige Lieferungen an Abnehmer dieses Artikels in Nordamerika. Am 4. November 1954 wurde zwischen der Beklagten und der M [REDACTED] Corporation of A [REDACTED] in N Y [REDACTED] (M [REDACTED]) ein Vertrag in englischer Sprache geschlossen, dem die Klägerin unter der Bezeichnung als "agent" beitrat.

Die Beklagte bestellte in diesem Vertrage mit Zustimmung der Klägerin die M [REDACTED] auf die Dauer von 10 Jahren zu ihrem alleinigen Vertreter für den Vertrieb von Lu [REDACTED] in den USA und Kanada. Die M [REDACTED] verpflichtete sich, bis zum 31. Dezember 1955 und in jedem folgenden Jahr bis zum 31. Dezember 1964 nicht weniger als 1200 cbm Lu [REDACTED] von der Beklagten zu kaufen, und zwar zu dem niedrigsten von irgend einem anderen Kunden der Beklagten gezahltem Preis. Die Beklagte verpflichtete sich, den Bedarf der M [REDACTED] an Lu [REDACTED] zu decken, jedoch nicht über gewisse näher bestimmte Höchstmengen hinaus. Die M [REDACTED] sollte berechtigt sein, den Vertrag zu beenden, falls die Beklagte ihre Preise auf Verlangen nicht auf die der Konkurrenz herabsetzte, ferner für den Fall, daß die Beklagte ihren Lieferpflichten fortlaufend nicht nachkam oder die Vertragsbestimmungen in irgendeiner Weise verletzte; schließlich sollte die M [REDACTED] den Vertrag nach dem 1. Januar 1956 mit 30-tägiger Frist auch dann beenden können, wenn sie im vorangegangenen Jahr die vorgesehenen Mindestmengen

- 3 -

gekauft und bezahlt hatte. Auch der Beklagten wurde ein Kündigungsrecht zugestanden für den Fall, daß die M. eine Vertragsbestimmung verletzte, insbesondere die Mindestmengen nicht kaufte.

In der Zeit von November 1954 bis September 1955 nahm die Beklagte eine Reihe von Lieferungen an die M. vor. Sie zahlte der Klägerin eine Provision von 15 % des Netto-Verkaufspreises der einzelnen Lieferungen, insgesamt einen Betrag von rund 70.000 DM.

Im Laufe des Jahres 1955 beanstandete die M. mehrfach die Beschaffenheit der von der Beklagten gelieferten Ware. Die Beklagte erklärte sich in dem hierüber geführten Schriftwechsel schließlich zur Erstattung eines Betrages von 4.923,10 Dollar in der Weise bereit, daß der Betrag nach und nach von ihren Forderungen aus weiteren Lieferungen abgesetzt wurde. Dagegen verlangte die M. alsbaldige Ersatzleistung und machte hiervon weitere Bestellungen abhängig. Da eine Einigung nicht zustande kam, teilte die M., die seit September 1955 keine Ware mehr bestellt hatte, der Beklagten mit Schreiben vom 31. Juli 1956 mit, daß sie den Vertrag "als automatisch beendet" ansehe "wegen der Unfähigkeit der Beklagten zu-friedenstellendes Material zu liefern". Die Beklagte bezeichnete mit Schreiben vom 20. August 1956 auch ihrerseits den Vertrag als erloschen.

Mit der Klage hat die Klägerin Zahlung eines Teilbetrages von 10.000 DM der ihr durch die vorzeitige Vertragsauflösung entgangenen Provisionen verlangt.

Sie hat vorgetragen, sie sei Handelsvertreterin der Beklagten gewesen, wie sich aus ihrer Bezeichnung als "agent" in dem Vertrag mit der M. ergebe. Bei der Abwicklung



des Vertrages habe die Beklagte ihr den Schriftverkehr, die Verfrachtung und Verzollung der Ware sowie die Einlösung der Dokumente überlassen. Die von der M[REDACTED] erklärte Auflösung des Vertrages sei von der Beklagten schuldhaft durch Lieferung mangelhafter Ware und mangeldes Entgegenkommen bei der hierfür geschuldeten Ersatzleistung herbeigeführt worden. Die Beklagte habe die Schlechtlieferung in dem Schriftwechsel auch mehrfach zugegeben. Wenn die Kündigung der M[REDACTED] nicht berechtigt gewesen wäre, hätte die Beklagte ihre vertraglichen Ansprüche notfalls gerichtlich durchsetzen müssen.

Die Beklagte hatte ihr gemäß § 87 a Abs. 3 HGB auf Zahlung der Provision für die in dem Vertrage vereinbarten, aber nicht ausgeführten Lieferungen, gegebenenfalls auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sie habe hohe Beträge für die Einführung der Ware der Beklagten in Amerika aufgewandt.

Da die Beklagte die vollständige Ausführung des Vertrages schuldhaft vereitelt habe, sei der Klageanspruch auch dann begründet, wenn man ihre - der Klägerin - Tätigkeit als die eines Handelsmaklers ansehe.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, die Klägerin sei nicht Handelsvertreterin gewesen. Der Vertrag vom 4. November 1954 sei nur ein ausfüllungsbedürftiges Rahmenabkommen gewesen. Nach dem damaligen Stande der Schaumstoffherstellung habe sie der Microfoam keine mangelhafte Ware geliefert. Zu Ersatzleistungen habe sie sich nur aus Kulanzgründen bereit erklärt. Die M[REDACTED] habe den Vertrag in Wirklichkeit wegen erschwerter Absatzmöglichkeiten auf dem amerikanischen Markt aufgehoben. Der Schriftverkehr mit dieser

sei mit der Klägerin abgestimmt worden, die auch damit einverstanden gewesen sei, daß sie gegen die Microfoam nicht gerichtlich vorgegangen sei.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin sei nicht als Handelsvertreterin für die Beklagte tätig geworden. Ein ständiges Betrauungsverhältnis i.S. des § 84 HGB sei zwischen den Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart worden.

Diese Auffassung des Berufungsgerichts wird von der Revision nicht angegriffen; sie ist auch im Ergebnis rechtlich bedenkenfrei (vgl. dazu RGZ 95, 134, 135).

Ist aber die Klägerin in ihren Geschäftsbeziehungen zur Beklagten nicht als Handelsvertreter anzusehen, so ist auch die Vorschrift des § 87 a Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 HGB, nach der der Handelsvertreter einen Anspruch auf Provision auch dann hat, wenn ein Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausgeführt wird, wie es abgeschlossen worden ist, nicht anwendbar. Es bedarf daher nicht der Prüfung, ob der Vertrag vom 4. November 1954 bereits ein provisionspflichtiges Geschäft i.S. dieser Vorschrift oder, wie die Beklagte meint, nur ein Rahmenabkommen darstellt oder ob eine der besonderen Voraussetzungen des § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB vorliegt, unter denen ein Provisionsanspruch der Klägerin entfallen würde.

2.) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sei als Handelsmäkler tätig geworden. Die Revision meint, zwischen den Parteien habe ein gemischter Vertrag eigener Art bestanden. Es kommt jedoch nicht darauf an, welche der beiden Auffassungen zutrifft.

a) Entscheidend ist die Feststellung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten abweichend von der Regel des § 652 BGB stillschweigend vereinbart, daß Provisionsansprüche der Klägerin jeweils erst nach Ausführung und Bezahlung der einzelnen Aufträge der M. zur Entstehung gelangen sollten. Dies folgert das Berufungsgericht aus der tatsächlichen Handhabung der Provisionszahlung zwischen den Parteien, dem Sinn des Abkommens vom 4. November 1954, den es als Rahmenvertrag ansieht, insbesondere aus dessen leichter Lösbarkeit sowie daraus, daß bei dem Abschluß des Vertrages der Umfang der künftigen Lieferungen noch nicht abzusehen gewesen sei.

Diese Auslegung des rechtsgeschäftlichen Verhaltens der Parteien durch das Berufungsgericht ist möglich, den Umständen nach sogar naheliegend, für das Revisionsgericht daher bindend; sie ist auch von der Revision nicht angegriffen worden.

b) Das Reichsgericht (RGZ 95, 136) und der Bundesgerichtshof (BGHZ 2, 281, 284) haben entschieden, daß eine Vereinbarung des vom Berufungsgericht angenommenen Inhalts rechtlich zulässig ist und daß die zum Schutze des Handelsvertreters geschaffene Vorschrift des § 88 Abs. 2 a.F. HGB deren Wirksamkeit gegenüber Personen, die nicht Handelsvertreter sind, nicht entgegensteht.

c) Die Gesetzeslage hat sich gegenüber den genannten Urteilen allerdings inzwischen geändert. Anstelle des § 88 a.F. HGB, der, wie der Bundesgerichtshof in der erwähnten

Entscheidung ausdrücklich bemerkt hat, nachgiebiges Recht enthielt, sind die zwingenden Vorschriften des § 87 a Abs. 3 HGB getreten. Auch diese sind aber auf Personen, die nicht Handelsvertreter sind, insbesondere auf Handelsmäkler, nicht entsprechend anwendbar. Der Handelsmäkler bedarf nicht des Schutzes, den das Gesetz dem Handelsvertreter wegen seiner stärkeren Bindung und seiner durchweg viel größeren sozialen Abhängigkeit vom Unternehmer eingeräumt hat. Abgesehen davon gilt aber der Gesichtspunkt der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs weiter, daß § 652 BGB dem Mäkler den Provisionsanspruch schon mit dem Abschluß des Geschäfts zubilligt und daß kein Anlaß zu einem Eingriff in besondere Parteivereinbarungen besteht, durch die der Provisionsanspruch des Mäklers von der Ausführung des Geschäfts abhängig gemacht worden ist.

3.) Das Berufungsgericht hat weiter unter Bezugnahme auf die vorerwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs ausgeführt, der Klageanspruch wäre unter diesen Umständen nur begründet, wenn die Beklagte die Durchführung des Vertrages in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise vereitelt hätte. Das sei aber nicht der Fall, auch wenn man unterstelle, daß die Mängelrügen der M. [REDACTED] berechtigt gewesen seien und diese den Vertrag wegen der schlechten Beschaffenheit des Lu [REDACTED] gekündigt habe. Es sei verständlich, daß die Beklagte, zumal die Berechtigung der Mängelrügen noch nicht durch einen unparteiischen Sachverständigen geprüft worden sei, eine Ersatzleistung von weiteren Bestellungen der Microfoam habe abhängig machen wollen.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen für die Entscheidung wesentlichen Rechtsirrtum erkennen.

a) Zwar sind Schlegelberger/Schröder (Komm. z. HGB 3. Aufl. § 99 Anm. 5) der Auffassung, wenn vereinbarungsgemäß der Maklerlohn nur im Falle der Ausführung des Geschäfts zu zahlen sei, sei auch bei unterbliebener Ausführung der Lohnanspruch des Maklers entstanden, sofern der Auftraggeber "entgegen bestehender Rechtspflicht die Ausführung des Geschäfts schuldhaft ohne zwingenden Anlaß unterlassen habe". Würdinger, [in RGR Komm. z. HGB 2. Aufl. Vorbem. 10 zu § 93] der zugibt, daß beim Makler das Bedürfnis nach einem dem Handelsvertreter entsprechenden Schutz nicht gegeben sei, meint, die fragliche Vereinbarung könne grundsätzlich nicht dahin ausgelegt werden, daß der Makler auch das Risiko des vom Auftraggeber verschuldeten Unterbleibens der Geschäftsausführung übernommen habe.

Beide Kommentare verkennen ebenso wie die Revision, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Kunden anders zu beurteilen ist, als dasjenige zwischen Geschäftsherrn und Makler.

b) Der Geschäftsherr, der den Maklerlohn nur unter der Bedingung zu zahlen versprochen hat, daß das vermittelte Geschäft auch ausgeführt wird, ist dem Makler gegenüber regelmäßig nicht verpflichtet, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen. Andernfalls wäre die Vereinbarung, daß die Entstehung des Provisionsanspruchs von der Ausführung des Geschäfts abhängen solle, nicht erforderlich gewesen; es hätte vielmehr genügt, die - unbedingt entstandene - Provision erst bei Ausführung des Geschäfts fällig werden zu lassen. Es ist dem Geschäftsherrn vielmehr unbeschadet seiner Verpflichtungen gegenüber dem Vertragsgegner im Verhältnis zu dem Makler freigestellt, ob er das Geschäft ausführen will oder nicht. Er darf nur nicht durch sein Verhalten dem Makler gegenüber

wider Treu und Glauben verstoßen; sonst gilt gemäß § 162 Abs. 1 BGB die Bedingung, von der die Entstehung des Lohnanspruchs des Maklers noch abhängen sollte, als eingetreten.

c) Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in dem Urteil vom 12. Dezember 1957 (BGHZ 26, 161, 164, 166) ausgeführt, auch der Handelsvertreter habe grundsätzlich keinen Einfluß auf die Geschäftsführung des Unternehmers; es sei daher nicht möglich, dem Handelsvertreter einen Anspruch auf Ersatz des Einnahmenausfalles zuzubilligen, der ihm durch schlechte Geschäftsführung des Unternehmers entstanden sei. In diesem Falle hatte der Unternehmer unbrauchbaren Tabak in einem über das handelsübliche Maß hinausgehenden Umfang geliefert. Der Bundesgerichtshof erklärte, das rechtfertige noch nicht die Annahme einer willkürlichen Handlungsweise des Unternehmers; es müsse daher noch festgestellt werden, welche Umstände für die Schlechtlieferung maßgebend gewesen seien, ob der Unternehmer hierfür nicht etwa von Erwägungen geleitet worden sei, die sein Verhalten nicht als willkürlich erscheinen ließen (vgl. hierzu auch LM Nr. 2 zu § 86 a HGB).

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Entscheidung des II. Zivilsenats in allen Punkten zu folgen ist, ob insbesondere seiner Auffassung beigetreten werden kann, der Handelsvertreter könne eine Entschädigung wegen Provisionsausfalls nur dann verlangen, wenn der Unternehmer willkürlich gehandelt habe. Jedenfalls aber zeigt die Entscheidung, daß auch der Handelsvertreter nicht in allen Fällen von Schlechtlieferung des Unternehmers Schadensersatzansprüche erheben kann. Was aber gegenüber dem in höherem Maße schutzbedürftigen Handelsvertreter gilt, muß erst recht von dem Handelsmakler oder einem sonstigen Geschäftsvermittler hingenommen werden.

d) Die Revision könnte daher nicht schon dann Erfolg haben, wenn die Beklagte durch Lieferung mangelhafter Ware und nicht uneingeschränkte Ersatzleistung hierfür möglicherweise schuldhaft ihre Vertragspflichten gegenüber der M. verletzt haben sollte. Vielmehr ist nur zu prüfen, ob das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß ein treuwidriges oder willkürliches Verhalten der Beklagten gegenüber der Klägerin verneint hat.

Es ist hierbei davon auszugehen, daß der Geschäftsherr nicht schon deshalb dem Makler gegenüber treuwidrig handelt, weil er seine eigenen Interessen über die des Maklers am Empfang der Provision stellt. Der Geschäftsherr soll durch die Einschaltung des Maklers in seiner Entscheidungsfreiheit bei der Geschäftsabwicklung grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Beklagte zu der Überzeugung gekommen, es sei für sie nur dann sinnvoll, der M. einen erheblichen Betrag als Ersatz für die von dieser behauptete, durch einen Sachverständigen noch nicht überprüfte Schlechtlieferung zu zahlen, wenn die M. vertragstreu bleibe und weitere Bestellungen erteile.

Die vom Berufungsgericht hieran geknüpften Schlußfolgerungen sind nicht zu beanstanden. Die Revision macht auch selbst nicht geltend, daß die Beklagte sich der Klägerin gegenüber treuwidrig verhalten habe.

e) Sämtliche in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen können keinen Erfolg haben, weil die Revision rechtsirrig davon ausgeht, daß zur Begründung des Klageanspruchs jedes für die Nichtdurchführung des Vertrages ursächliche schuldhafte Verhalten der Beklagten ausreiche.

Es würde daher nicht genügen, wenn die Beklagte der M. schuldhaft schlechte Ware geliefert haben sollte, die M. deshalb Ersatzansprüche stellen konnte und wegen der nicht vertragsgemäßen Erfüllung solcher Ansprüche durch die Beklagte den Vertrag gekündigt hat. Unerheblich ist auch, ob die Beklagte selbst in dem Schriftwechsel wiederholt gewisse Mängel ihrer Lieferungen zugegeben und sich dieserhalb entschuldigt hat. Das Berufungsgericht brauchte deshalb den diesbezüglichen Beweisanträgen der Klägerin nicht zu entsprechen.

f) Ausschlaggebend für die Verneinung eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten gegenüber der Klägerin ist die für das Revisionsgericht bindende Feststellung des Berufungsgerichts, für die Beklagte habe, nachdem die M. seit Anfang September 1955 keine Aufträge mehr erteilt hatte, die Befürchtung nahegelegen, daß die M. wegen der Entwicklung der Konjunktur auf dem amerikanischen Markt kein Interesse mehr an weiteren Lieferungen habe.

Da erheblich nur die Feststellung eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten wäre, irrt die Revision, wenn sie meint, es komme auf die objektive Sachlage, nicht auf die damalige subjektive Einstellung der Beklagten an. Das Berufungsgericht brauchte deshalb nicht zu prüfen, ob die Vermutung der Beklagten, die M. sei wegen Erschließung günstigerer Bezugsquellen an weiteren Lieferungen der Beklagten nicht mehr interessiert, tatsächlich begründet war. Es genügt vielmehr, daß die Beklagte, wie dem Berufungsurteil, teilweise auch dem Schriftwechsel zu entnehmen ist, zu der damaligen Zeit hinreichende Anhaltspunkte für ihre Vermutung hatte. Dann hat sie bei ihrem Verhalten gegenüber der M. nicht grundlos, willkürlich und damit treuwidrig die Interessen der Klägerin mißachtet.

Bei alledem ist zu berücksichtigen, daß beide Parteien Interesse an einer weiteren Durchführung des Vertrages hatten, daß also insoweit kein Interessenkonflikt zwischen ihnen bestand. Das Berufungsgericht hat deshalb auch zutreffend bemerkt, die Beklagte habe mit dem Bestreben, weitere Aufträge der M. [REDACTED] dadurch herbeizuführen, daß sie von diesen ihre Ersatzleistung abhängig machte, zugleich im Interesse der Klägerin gehandelt.

g) Das Berufungsgericht hat auf Grund der Aussage des Prokuristen P. [REDACTED] der Beklagten festgestellt, die Beklagte habe von einer Verfolgung der Ansprüche gegen die M. [REDACTED] mit Einverständnis der Klägerin abgesehen.

Die hierzu von der Revision erhobene Verfahrensrüge kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Abstandnahme von einer Klage gegen die M. [REDACTED] keinesfalls einen Treuerverstoß der Beklagten gegenüber der Klägerin darstellt, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Beklagte im Ausland hätte klagen müssen.

Im übrigen lag es gerade vom Standpunkt der Klägerin, die die Mängelrügen der M. [REDACTED] für gerechtfertigt hielt, aus nahe, daß sie eine Klage gegen diese Firma nicht als erfolgversprechend ansah.

4.) Auch der von der Revision in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung vermag der Klage nicht zum Erfolg zu verhelfen.

a) Wie sich bereits aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt, ist eine Vertragsverletzung im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer nicht ohne weiteres auch eine solche des Geschäftsherrn gegen den Makler. Wenn der Geschäftsherr im Verhältnis zum Makler in seinen Entschlüssen

bis an die Grenze der Treuwidrigkeit frei ist, so folgt daraus, daß von einer positiven Vertragsverletzung, die den Geschäftsherrn gegenüber dem Makler schadensersatzpflichtig machen könnte, keine Rede sein kann, solange der Geschäftsherr nicht treuwidrig handelt. Nur mit einer solchen Einschränkung ist offenbar auch der Satz des Berufungsurteils, der sich mit der positiven Vertragsverletzung befaßt, zu verstehen.

b) Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb möglich, weil die Klägerin an dem Vertragsschluß zwischen der Beklagten und der M. [REDACTED] beteiligt war. Der Inhalt des Vertrages läßt nicht erkennen, daß der Klägerin darin irgendwelche besonderen Rechte eingeräumt worden wären. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, daß die Klägerin durch die Beteiligung an dem Vertrage eine günstigere Rechtsstellung gegenüber den Vertragsparteien erhalten hätte, als sie ihr ohnehin schon zukam.

5.) Nach alledem erweist sich die Revision der Klägerin als unbegründet. Sie ist daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Finke