

Verkündet am 16. Februar 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

2200 085

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

der Kauffrau Margarete M■■■■, M■■■■, P■■■■straße■■■,

Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■ -

g e g e n

die Firma S■■■■-Produktion J. B■■■ GmbH, S■■■■,
M■■■■straße■■■, gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer, den Kaufmann Josef B■■■, ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■ -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 19. Januar 1961 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkel-
mann, Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 2. Juli 1959 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt neuartige schrubberähnliche Putzgeräte Marke "Sooger" her. Durch Vertrag der Parteien vom 28. Oktober 1953 übernahm die Beklagte den Alleinvertrieb dieser Geräte in einem bestimmten Bezirk. In dem Vertrag vereinbarten die Parteien unter anderem: Die Geschäfte zwischen ihnen sollten "nicht auf einer Vertretungsbasis, sondern auf einer regelrechten Ein- und Verkaufsbasis getätigt" werden. Die Beklagte mußte die von ihr bei der Klägerin gekauften Sooger "bei Übernahme der Ware rein netto ohne jeden Abzug" bezahlen. Sie erhielt auf die von ihr einzuhaltenden Verbraucherpreise (16 bis 33 DM je Gerät) einen Rabatt von 45 %. Die Umsatzsteuer für ihre Weiterverkäufe hatte sie selbst zu tragen. Konkurrenzartikel durfte sie nicht vertreiben. Sie war verpflichtet, ihr Verkaufsgebiet "gründlich und laufend" zu bearbeiten und mit Hilfe von Werbekolonnen "durch Werbung und Verkauf von Haus zu Haus und Straße zu Straße zu erfassen". Sie sollte dabei mindestens einen Verkaufserfolg von 1 Sooger je 1000 Einwohner monatlich erreichen. Ihr Verkauf an Fachhändler war besonders geregelt. Die Grenzen ihres Bezirks durfte sie nicht überschreiten. Ihren Verkäufern mußte sie bestimmte Mindestprovisionen zahlen. An jedem größeren Ort hatte sie ein Auslieferungslager für Schwämme zu unterhalten. Werbematerial lieferte ihr die Klägerin. Besondere Werbemaßnahmen bedurften deren Zustimmung.

Durch Vertrag vom 30. Oktober 1954 stellte die Klägerin der Beklagten ein Konsignationslager zur Verfügung, über dessen Bestand und Verbleib diese ihr nach bestimmten Richtlinien laufend zu berichten hatte.

Mit Schreiben vom 27. November 1957 kündigte die Klägerin beide Verträge, den von 1953 zum 31. März 1958, den von 1954 zum 31. Dezember 1957.

In der Folgezeit hat die Klägerin gegen die Beklagte geklagt mit verschiedenen in der Revisionsinstanz nicht interessierenden Anträgen.

Die Beklagte hat Klageabweisung und im Wege der Widerklage unter anderem beantragt:

die Klägerin zu verurteilen, ihr einen angemessenen Ausgleich gemäß § 89 b HGB zu zahlen.

Sie hat vorgetragen: Auf das Vertragsverhältnis der Parteien sei § 89 b HGB mindestens entsprechend anwendbar. Die Klägerin habe durch die von ihr gewählte Vertragsgestaltung die zugunsten des Handelsvertreters geltenden gesetzlichen Schutzvorschriften umgehen wollen.

Die Beklagte hat Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 28. Oktober 1958 unter anderem den Ausgleichsanspruch der Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten hiergegen zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte den Ausgleichsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht folgt den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung BGHZ 29, 83 zu der



Frage aufgestellt hat, unter welchen Voraussetzungen § 89 b HGB auf Vertragshändler entsprechend anwendbar ist. Danach muß der Vertragshändler im gegebenen Einzelfall schutzbedürftig sein, und der Fabrikant muß auf Grund besonderer Vereinbarungen mit dem Vertragshändler in der Lage sein, sich dessen Kundenstamm nach seinem Ausscheiden aus der Absatzorganisation nutzbar zu machen.

Das Berufungsgericht bejaht im vorliegenden Falle das Schutzbedürfnis der Beklagten. Es verneint aber eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten gegenüber der Klägerin, dieser beim Ausscheiden ihren Kundenstamm zu überlassen.

1. Die Revision meint, unabhängig von den in BGHZ 29, 83 genannten Voraussetzungen sei § 89 b HGB dann entsprechend anwendbar, wenn der Anspruchsteller nur der Form nach ein Eigenhändler sei, während die Beziehungen im Innenverhältnis tatsächlich denen zwischen Unternehmer und Handelsvertreter gleichkämen. Das sei nach der Gestaltung des Vertrages hier der Fall.

Die Rüge ist nicht begründet.

a) Allerdings kann der unabdingbare § 89 b HGB nicht dadurch umgangen werden, daß die Vertragsparteien nur zum Schein (§ 117 BGB) einen Eigenhändlervertrag abschließen, in Wahrheit aber einen Handelsvertretervertrag wollen. So liegt der Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier jedoch nicht.

b) Hat der Fabrikant bei Vertragsschluß die Absicht, den § 89 b HGB zu umgehen, so würde er gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen, wenn er sich später gegenüber

dem Anspruch aus § 89 b HGB darauf berufen wollte, die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift lägen nach der gegebenen Vertragsform nicht vor. Die Beklagte hat aber nichts Greifbares vorgetragen, was hier den Schluß auf eine derartige Umgehungsabsicht der Klägerin bei Vertragsschluß rechtfertigen könnte. Es ist nichts dafür dargetan, daß die Klägerin die Gestaltung des Vertrages als eines Eigenhändlervertrages deswegen gewählt hätte, um den Rechtsfolgen des § 89 b HGB zu entgehen.

c) Die Revision möchte aus der Vertragsgestaltung im einzelnen schließen, daß die Beklagte "nur der Form nach" Eigenhändler, "im Innenverhältnis" aber Handelsvertreter gewesen sei.

Ob unter solchen Voraussetzungen § 89 b HGB entsprechend anwendbar wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn das, was die Revision aus dem Vertrag folgert, läßt sich ihm nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Dagegen spricht schon die Höhe des der Beklagten eingeräumten Rabatts, der mit 40 - 45 % des Verkaufspreises die einem Handelsvertreter üblicherweise gewährte Provision bei weitem übersteigt.

Danach kann keine Rede davon sein, daß die Beklagte "nur der Form nach" Eigenhändler, "im Innenverhältnis" aber Handelsvertreter gewesen wäre.

d) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht den Verkaufsleiter der Klägerin G. [REDACTED] und den Untervertreter der Beklagten A. [REDACTED] nicht als Zeugen vernommen hat. G. [REDACTED] war dafür benannt, daß die Klägerin der Beklagten laufend Weisungen für den Aufbau der Absatzorganisation erteilt und G. [REDACTED] die Beklagte zu diesem Zwecke und zur

Entgegennahme ihrer Berichte regelmäßig besucht habe.
A [REDACTED] war dafür benannt, daß die Beklagte mehrfach an "Alleinverkäufer"-Tagungen der Klägerin teilgenommen habe.

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht konnte die Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten unterstellen. Auch wenn die Zeugen das in ihr Wissen Gestellte bekundet hätten, so hätte das noch nicht den Schluß rechtfertigen können, die Beklagte sei "nur der Form nach" Eigenhändler, im Innenverhältnis aber Handelsvertreter gewesen.

Soweit die Revision aus den von ihr angeführten Umständen eine "konkrete Schutzbedürftigkeit" der Beklagten herleiten möchte, ist diese durch die Nichterhebung der Beweise nicht beschwert; denn das Berufungsgericht geht selbst von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit und "konkreten Schutzbedürftigkeit" der Beklagten aus.

2. Es braucht im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden, ob § 89 b HGB dann entsprechend anzuwenden wäre, wenn die Beklagte nicht Eigenhändlerin, sondern Kommissionsagentin der Klägerin gewesen wäre und als solche ganz oder überwiegend zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung der Klägerin verkauft hätte.

Die Beklagte hat zwar nach dem 30. Oktober 1954 in gewissem Umfange aus dem ihr von der Klägerin durch Vertrag von diesem Tage eingeräumten Konsignationslager verkauft. Die Beklagte hat aber in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, daß sie seitdem alle ihre Lieferungen oder auch nur den überwiegenden Teil davon aus diesem Konsignationslager ausgeführt hätte. Der Vertrag vom 30. Oktober 1954 selbst ergibt in dieser Hinsicht nichts.

Die Beklagte hat im Prozeß im Gegenteil behauptet, der Konsignationslagervertrag sei ein von den Parteien "nicht praktizierter" Scheinvertrag gewesen (S. 2 - 3 ihres Schriftsatzes vom 24. April 1958). Ihre späteren Ausführungen im Schriftsatz vom 16. Juni 1959 (S. 5 - 6) sprechen dafür, daß sie aus dem Konsignationslager nur Fachhandelsgeschäfte, nicht aber die Abnehmer bei Verkäufen von Haus zu Haus beliefert hat.

Ob indes diese Ausführungen so zu verstehen sind und in welchem Wertverhältnis die Lieferungen aus dem Konsignationslager zu den sonstigen Verkäufen gestanden haben, kann auf sich beruhen. Denn niemals hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen behauptet, ihr Rechtsverhältnis als Vertragshändler der Beklagten (Eigenhändler) sei durch den Abschluß des Konsignationslagervertrages grundsätzlich geändert und in das Rechtsverhältnis eines Kommissionsagenten umgewandelt worden.

Wenn die Revisionsbegründung dahin zu verstehen wäre, daß das jetzt behauptet werden soll, was nicht klar erkennbar ist, so würde es sich um eine neue Behauptung handeln, die in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden könnte.

Die Revision hat auch nicht gerügt, daß das Berufungsgericht in dieser Hinsicht seine Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) verabsäumt hätte.

3. Die Revision hält es nicht für richtig, daß der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHZ 29, 83 die entsprechende Anwendung des § 89 b HGB auf Fälle beschränkt hat, in denen der Fabrikant auf Grund besonderer Vereinbarungen mit dem Eigenhändler nach dessen Ausscheiden

in den Genuß seines Kundenstamms gelangt ist. Die Revision meint, eine rechtliche Verpflichtung des Eigenhändlers, dem Fabrikanten seinen Kundenstamm zu überlassen, sei nicht zu fordern; es komme vielmehr nur darauf an, ob der Fabrikant nach Ende des Vertragsverhältnisses mit dem Eigenhändler tatsächlich in den Genuß von dessen Kundenstamm gekommen sei. § 89 b sei daher auch dann entsprechend anzuwenden, wenn, wie das hier der Fall sei, dem Fabrikanten die Namen und Anschriften der Kunden des Eigenhändlers durch dessen Abrechnungen über das Konsignationslager und durch Nachbestellungen der Kunden beim Fabrikanten tatsächlich bekannt geworden seien. Im Gegensatz zu der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auffassung müsse auch bei Vorteilen, die allein aus der Sogwirkung der Marke herrührten, § 89 b entsprechend angewendet werden, weil auch diese Sogwirkung letztlich auf der Werbetätigkeit des Vertragshändlers beruhe.

Dieser Auffassung der Revision vermag der erkennende Senat nicht beizutreten. Er hält vielmehr an dem in BGHZ 29, 83 aufgestellten Grundsatz fest, daß eine entsprechende Anwendung des § 89 b nur geboten und vertretbar ist, wenn der Vertragshändler sich dem Fabrikanten gegenüber vertraglich verpflichtet hat, diesem bei seinem Ausscheiden aus der Absatzorganisation seinen Kundenstamm zu überlassen.

a) Es ist eine Folge jeder von einem Händler im eigenen Interesse durchgeführten Werbung für einen Markenartikel, daß sich dadurch der Absatz dieses Artikels hebt, was zwangsläufig auch dem Hersteller des Artikels zugute kommt. Das führt aber nicht dazu, daß der Händler von dem Hersteller eine Beteiligung an diesen Vorteilen verlangen könnte. Erst recht gibt es keinen allgemeinen Rechtssatz dahin, daß derjenige, der durch ein in eigenem Interesse vorgenommenes

Handeln nebenher für einen anderen Vorteile verursacht, von diesem eine Beteiligung an den Vorteilen in Gestalt eines "Ausgleichs" fordern könnte. Auf einen solchen Rechtssatz würde aber im Verhältnis zwischen Fabrikant und Händler die von der Revision befürwortete weite Ausdehnung des § 89 b HGB hinauslaufen.

b) Die bloße Sogwirkung der Marke kann demnach keinesfalls die entsprechende Anwendung von § 89 b rechtfertigen. Das gilt aber auch für den Umstand, daß der Klägerin der Kundenstamm der Beklagten tatsächlich bekannt geworden sein mag. Auch das führt ebenso wie die Sogwirkung nur zu einem rein tatsächlichen Vorteil des Fabrikanten aus der Tätigkeit des Eigenhändlers, den auszugleichen ebensowenig ein Bedürfnis besteht wie bei den Vorteilen aus der Sogwirkung.

c) Daß die von der Beklagten behauptete Bekanntgabe der Kunden in ihren Abrechnungen "im Einverständnis und unter Mitwirkung der Klägerin" erfolgt sein mag, wie die Revision annimmt, ändert nichts daran, daß eine rechtliche Verpflichtung der Beklagten zur Bekanntgabe ihrer Kunden an die Klägerin nicht bestand, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt.

d) Die entsprechende Anwendung des § 89 b HGB läßt sich nur dann verantworten, wenn man rein tatsächliche Vorteile für den Fabrikanten nicht genügen läßt, sondern an dem Erfordernis festhält, daß der Eigenhändler sich zur Überlassung des Kundenkreises an den Fabrikanten vertraglich verpflichtet haben muß. Erst dadurch wird nämlich die Rechtslage zwischen Fabrikant und Vertragshändler der schon kraft Gesetzes bestehenden Rechtslage zwischen Unternehmer und Handelsvertreter, wonach der vom Handelsvertreter geworbene

Kundenstamm nach dem Ausscheiden des Vertreters dem Unternehmer unmittelbar zugute kommt, soweit angenähert, daß eine entsprechende Anwendung des § 89 b geboten und vertretbar ist. Das hat der erkennende Senat auch in seiner heutigen, zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidung in der Sache VII ZR 239/59 ausgesprochen.

3. Da das angefochtene Urteil auch sonst keine materiellen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosch

Meyer

Dr. Vogt