

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 6/91

Verkündet am:
4. Juni 1992
M a y e r
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Prof. Dr. med. Paul B. [REDACTED],
Mo. [REDACTED] Straße [REDACTED], D. [REDACTED],

Beklagter, Widerkläger,
Revisionskläger und
Revisionsbeklagter,

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

g e g e n

Firma H. [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Günther H. [REDACTED],
Robert-B. [REDACTED]-Straße [REDACTED], N. [REDACTED]-T. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn, die Richter Dr. Engelhardt, Dr. Rinne, Dr. Wurm und die Richterin Dr. Deppert

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 30. November 1990 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die Klägerin stellt Hörprothesen her. Der Beklagte ist Facharzt für Ohrenkrankheiten; er pflanzt Hörprothesen operativ ein. Die Parteien einigten sich auf eine medizinische und kaufmännische Zusammenarbeit. In der darüber niedergelegten Urkunde heißt es u.a.:

Für die Abgabe der o.g. Systeme an neue Kunden ist zwecks Ausübung der medizinischen Kontrolle die Zustimmung von Prof. B. [REDACTED] erforderlich. Eine Liste der Voraussetzungen für die Implantation dieser Systeme liegt dieser Vereinbarung bei.

Diese Liste war dem Vertrag jedoch nicht beigelegt.

Die Klägerin hat Hörgeräte zwei anderen Professoren (M. und P.) überlassen, P. im Rahmen einer auf längere Zusammenarbeit angelegten vertraglichen Vereinbarung. Die Bitte des Beklagten, den Vertrag der Klägerin mit Professor P. in vollem Umfang einsehen zu können, lehnte die Klägerin ab. Daraufhin kündigte der Beklagte mit Schreiben vom 23. November und 20. Dezember 1984 den von den Parteien geschlossenen Vertrag fristlos.

Die Klägerin, die die Kündigung für unwirksam hält, nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns in Anspruch, den sie dadurch erzielt hätte, daß



der Beklagte weiter in dem bisherigen Umfang die Abnahme von Hörgeräten veranlaßt hätte. Der Beklagte hält die geschlossene Vereinbarung wegen Mangels vereinbarter Form für unwirksam, jedenfalls die fristlose Kündigung für wirksam, weil die Klägerin in vertragswidriger Weise Hörgeräte an Dritte weitergegeben habe und außerdem die von ihr gelieferten Hörgeräte unbrauchbar gewesen seien.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs stattgegeben. Der Beklagte hat zur Abwendung der Zwangsvollstreckung 213.026,89 DM an die Klägerin gezahlt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage teilweise abgewiesen, die Verurteilung des Beklagten jedoch in Höhe von 100.000 DM nebst Zinsen bestätigt und die Klägerin zur Rückzahlung von 109.638 DM nebst Zinsen an den Beklagten verurteilt. Mit ihren Revisionen verfolgen der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren und die Klägerin ihr Klagebegehren, soweit es vom Oberlandesgericht abgewiesen worden ist, weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen der Parteien führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung: Zwischen den Parteien sei ein wirksamer Kooperationsvertrag zustande gekommen. Die Kündigung des Beklagten sei mangels eines rechtfertigenden Grundes als fristlose nicht wirksam. Die Klägerin könne daher bis zum 20. Dezember 1985, zu dem die Kündigung als ordentliche das Vertragsverhältnis beendet hätte, Schadensersatz verlangen, soweit sie nach dem normalen Lauf der Dinge Mehreinnahmen durch von dem Beklagten veranlaßte Bestellungen habe erwarten können.

Die Lieferung von Hörgeräten an die Professoren M. und P. stelle keinen groben Verstoß gegen einen wichtigen Punkt des Vertrages dar. Das vereinbarte Erfordernis der Zustimmung des Beklagten habe in erster Linie verhindern sollen, daß die Geräte an medizinisch nicht oder gering qualifizierte Ärzte weitergegeben würden, die durch fehlerhafte Verwendung der Erfolgsaussicht des neuentwickelten Hörverfahrens hätten schaden können. Eine solche Schädigung sei bei der Weitergabe an die Professoren M. und P. nicht zu erwarten gewesen.

Der Beklagte könne die Kündigung auch nicht mit Mängeln der gelieferten Geräte begründen. Dieser Kündigungsgrund sei in unzulässiger Weise nachgeschoben. Im übrigen hätten die Geräte sich noch in der Entwicklung befunden und deshalb Schwachstellen und Mängel aufweisen können.

Den Schaden der Klägerin berechnet das Berufungsgericht aus dem Durchschnitt der aufgrund durch den Beklagten veranlaßter Bestellungen in den Jahren 1981 bis 1984 gemachten Umsätze der Klägerin und der Annahme eines Gewinns vor Steuern von 20 %.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

II.

1. Ohne Erfolg greift der Beklagte allerdings die Annahme des Berufungsgerichts an, zwischen den Parteien sei ein wirksamer Kooperationsvertrag zustande gekommen.

Das Berufungsgericht geht davon aus, der Kooperationsvertrag zwischen den Parteien sei durch die Übersendung der Vertragsurkunde seitens der Klägerin und die Rücksendung des unterzeichneten Exemplars seitens des Beklagten zustande gekommen; auf die Unterzeichnung durch die Klägerin, die später - zu einem vom Berufungsgericht nicht festgestellten Zeitpunkt - erfolgt sei, komme es nicht an, da die Schriftformklausel nur für die Änderung des Vertrages, nicht aber für den Vertragsschluß selbst gelte. Hiergegen kann die Revision des Beklagten nicht einwenden, der Vertrag habe nach dem von der Klägerin übersandten Entwurf "nach Unterzeichnung" in Kraft treten sollen; denn der Beklagte hat diese Vertragsklausel unstreitig selbst geändert und ein festes Datum eingesetzt. Damit hat die Klägerin sich noch vor Er-

halt der Kündigung des Beklagten einverstanden erklärt, in dem sie zum Ausdruck brachte, an dem Vertrag mit diesem Inhalt festhalten zu wollen. Wenn das Berufungsgericht dieses gesamte Verhalten der Parteien, die unstreitig auch entsprechend dem Vertrag zusammengearbeitet haben, als wirksame Kooperationsvereinbarung gewürdigt hat, läßt dies Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur kartellrechtlichen Wirksamkeit des Kooperationsvertrages, die von der Revision des Beklagten ohne nähere Begründung "vorsorglich zur Überprüfung durch den erkennenden Senat gestellt" werden, lassen Rechtsfehler nicht erkennen.

Das Berufungsgericht entnimmt dem Vertrag der Parteien, der Beklagte sei nicht ausschließlich zum Bezug von der Klägerin hergestellter Geräte verpflichtet gewesen. Diese Auslegung einer Individualvereinbarung kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind oder ob wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen ist (Senatsurteil vom 6. Juli 1989 - III ZR 35/88 - WM 1989, 1743, 1744). Ein Fehler dieser Art liegt nicht vor.

3. Mit Erfolg wendet die Revision des Beklagten sich jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigungen des Beklagten vom 23. November und 20. Dezember 1984 hätten den Kooperationsvertrag nicht fristlos beendet.

a) Nach Nr. 3 Satz 1 der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung war für die Abgabe der Hörgeräte, die den Gegenstand der Kooperation zwischen den Parteien bildeten, "an neue Kunden ... zwecks Ausübung der medizinischen Kontrolle die Zustimmung von Prof. B. [REDACTED] erforderlich". Aus dem Umstand, daß die Klägerin die Professoren P. und M. ohne die vorgesehene Zustimmung des Beklagten mit Geräten beliefert hatte, konnte der Beklagte nach Auffassung des Berufungsgerichts kein außerordentliches Kündigungsrecht herleiten, weil der ihm vertraglich eingeräumte Zustimmungsvorbehalt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in erster Linie verhindern sollte, daß die Geräte an medizinisch nicht oder nicht genug qualifizierte Ärzte weitergegeben würden, die beiden Professoren aber Kapazitäten desselben Fachgebiets gewesen seien. Damit wird das Berufungsgericht dem Vortrag des Beklagten nicht gerecht.

Die Revision rügt mit Erfolg, nach dem unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten sei es nicht auf die allgemeine fachliche Qualifikation, sondern auf spezielle Erfahrungen mit der Operationsmethode des Beklagten angekommen, die die beiden Professoren nicht gehabt hätten. Dies habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt.

Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung vorgetragen, daß er sich der Klägerin gegenüber in zahlreichen Gesprächen und Telefonaten gegen die Überlassung von Geräten an die beiden Professoren gewandt habe, und hat wegen der Einzelheiten der der Klägerin vorgeworfenen Vertragsver-

setzung auf sein erstinstanzliches Vorbringen Bezug genommen. Er hat sich in der Berufungsbegründung auf die Seiten 37 bis 42 seiner Klageerwiderung vom 12. November 1986 bezogen. Dort hatte er im einzelnen unter Beweisantritt vorgetragen, daß die beiden Professoren, die unstreitig Fachärzte auf dem Gebiet der Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde sind, keine hinreichenden Erfahrungen und Spezialkenntnisse für die Anwendung der von ihm entwickelten Implantationsmethode besäßen und deshalb auch mit dieser Methode fehlerhaft gearbeitet hätten. Diese Bezugnahme ist gegenständlich so eng abgegrenzt, daß sie vom Berufungsgericht nicht vernachlässigt werden durfte. Der Beklagte hat mit ihr substantiiert Umstände vorgetragen, die ihn zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin berechtigten. Diese Umstände hätte das Berufungsgericht berücksichtigen und ggf. darüber die angebotenen Beweise erheben müssen.

b) Vom Beklagten geltend gemachte Mängel der von der Klägerin gelieferten Geräte hat das Berufungsgericht nicht als Grund für die fristlose Kündigung anerkannt, weil dieser Kündigungsgrund in unzulässiger Weise nachgeschoben worden sei und im übrigen der Beklagte nicht hinreichend substantiiert vorgetragen habe, daß die Geräte, bei denen im Hinblick auf ihren Erprobungscharakter Schwachstellen zu erwarten waren, so mangelhaft gewesen seien, daß ihr die Fortführung der Kooperation nicht zugemutet werden konnte. In beiden Punkten hält das Berufungsurteil ebenfalls rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

aa) Was das Nachschieben von Kündigungsgründen anbelangt, steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit langem auf dem Standpunkt, daß im Fall einer fristlosen Kündigung Kündigungsgründe nicht angegeben zu werden brauchen und die Angabe eines bestimmten Kündigungsgrundes ein "Nachschieben" von Gründen nicht ausschließt, die zur Zeit der Kündigung bereits vorlagen (BGHZ 27, 220, 225; 40, 13; BGH, Urteil vom 28. Mai 1975 - VIII ZR 70/74 - WM 1975, 897; vom 28. November 1979 - VIII ZR 302/78 - WM 1980, 312; und vom 29. Oktober 1986 - VIII ZR 144/85 - BGHR BGB § 242 Kündigung, wichtiger Grund 2).

Grundsätzlich können auch zur Begründung einer außerordentlichen Kündigung, die aus dem bei der Kündigung angegebenen Grund unwirksam wäre, zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung bereits vorhandene, mit der Kündigungserklärung nicht bekanntgegebene Gründe nachträglich mit der Wirkung geltend gemacht werden, daß sie die Kündigung bereits für den Zeitpunkt ihres Ausspruchs rechtfertigen.

Im Einzelfall kann sich allerdings aus Treu und Glauben eine Beschränkung auf den zunächst angegebenen Kündigungsgrund ergeben (BGHZ 27, 220). Bei der Beurteilung der Frage, ob der Empfänger der Kündigung nach Treu und Glauben annehmen darf, der Kündigende werde sich auf den angegebenen Grund beschränken, kann es von Bedeutung sein, ob es sich bei den nicht angegebenen Gründen um solche handelt, die von dem Gekündigten selbst veranlaßt worden sind, oder ob sie in der Sphäre des Kündigenden liegen. Wenn Kündigungsgründe in Frage stehen, die der Empfänger der Kündigung vorsätzlich herbeigeführt hat, wie z.B. grob eigen-

nützige Mißachtung der Interessen des Kündigenden, darf er nicht darauf vertrauen, der Kündigende, wenn er schon einmal die außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, werde sich auf diese Gründe nicht mehr berufen. In diesem Fall können nur besondere Gründe den Empfänger berechtigen, die Kündigungserklärung dahin aufzufassen, daß der Kündigende nur wegen des ausdrücklich angegebenen Grundes kündigen, die anderen ihm bekannten Gründe jedoch nicht zum Anlaß der Kündigung nehmen wolle. Soweit es sich um bereits im Zeitpunkt der Kündigung vorhandene, dem Kündigenden jedoch erst später bekannt gewordene Gründe aus der Sphäre des Gekündigten handelt, wird in aller Regel in der nachträglichen Geltendmachung kein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen (BGHZ, 27, 220, 225 f).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, dann ist der Beklagte nicht gehindert, seine Kündigung nachträglich auch auf die Mangelhaftigkeit von der Klägerin gelieferter Geräte zu stützen. Dieser Grund liegt im Verantwortungsbereich der Klägerin. Daß der Beklagte ihn in der Kündigung noch nicht ausdrücklich erwähnt hat, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin darauf, daß er zur Begründung der Kündigung nicht mehr darauf zurückkommen werde. Dies gilt insbesondere, nachdem der Beklagte nach seiner unter Beweis gestellten Behauptung in dieser Richtung Beanstandungen bereits erhoben hatte.

bb) Der Beklagte hat die von ihm behaupteten Mängel auch hinreichend substantiiert vorgetragen.

Hinsichtlich der von ihm geltend gemachten Mängel der gelieferten Geräte hat der Beklagte, lediglich um sein Vorbringen in einzelnen Punkten zu ergänzen, auf einzelne Teile von Schriftsätzen des ersten Rechtszuges Bezug genommen (BGHZ 35, 103, 106 f). Er hat sich in der Berufungsbegründung auf die Seiten 8 bis 35 seiner Klageerwiderung vom 12. November 1986 bezogen. Dort hatte er unter Beweisantritt vorgetragen, die von der Klägerin gelieferten Geräte hätten nicht nur geringe entwicklungsbedingte Mängel aufgewiesen. Er habe sich vielmehr immer wieder über gravierende Fehler der Geräte, die den Zusicherungen der Klägerin nicht entsprochen hätten, bei dieser beschwert. Die Klägerin habe sich indes geweigert, überhaupt Nachbesserungen an den bestellten und noch nicht ausgelieferten Geräten vorzunehmen.

4. Auch die - von beiden Parteien angegriffene - Schadensberechnung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Allerdings ist der Richter im Rahmen des hier anwendbaren § 287 ZPO freier gestellt. Im Unterschied zu den strengen Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO, die für den Beweis der haftungsbegründenden Kausalität gelten, reicht bei der Entscheidung über die Höhe des Schadens für die richterliche Überzeugungsbildung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit aus, vorausgesetzt daß das Wahrscheinlichkeitsurteil auf gesicherten Grundlagen beruht. Die Vorschrift des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO stellt darüber hinaus die Beweiserhebung in das (pflichtgemäße) Ermessen des Gerichts; dies bedeutet, daß das Gericht im Rahmen des § 287 ZPO an Beweisanträge nicht gebunden ist. Einer Überprüfung

des tatrichterlichen Ermessens durch das Revisionsgericht sind enge Grenzen gezogen; es hat nur zu prüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen wurden (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1990 - VI ZR 291/89 - BGHR ZPO § 287 Abs. 1 Beweisanträge 1). Liegt ein solcher Fehler vor, dann kann das tatrichterliche Urteil aus Rechtsgründen keinen Bestand haben.

Auch die durch § 252 BGB eingeräumte Möglichkeit, einen Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, also "abstrakt", zu berechnen, ändert nichts daran, daß eine Berechnung des Erwerbsschadens ohne Berücksichtigung der konkreten Entwicklung des Unternehmens nicht zulässig ist. Sowohl § 287 ZPO als auch § 252 BGB verlangen für die Schadensberechnung die schlüssige Darlegung von Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen. Sie sind die Grundlage, auf der das Ermessen bei einer Beweismwürdigung nach § 287 ZPO oder eine Wahrscheinlichkeitsprüfung nach § 252 BGB beruhen (BGH, Urteile vom 15. März 1988 - VI ZR 81/87 - BGHR BGB § 252 Schätzgrundlage 1 - und vom 20. Dezember 1990 - VII ZR 302/89 - BGHR BGB § 252 Schätzgrundlage 2). Für die Schadensberechnung benötigt der Richter als Ausgangssituation greifbare Tatsachen, da sich nur anhand eines bestimmten Sachverhalts sagen läßt, wie die Dinge sich weiterentwickelt hätten (BGHZ 54, 45, 55).

b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt.

Ausgangspunkt der Schadensschätzung muß die Zahl der Geräte sein, die die Klägerin bei gewöhnlichem Lauf der Dinge auf Veranlassung des Beklagten verkauft hätte. Inso- weit berechnet das Berufungsgericht lediglich den der Klä- gerin entgangenen Umsatz aus dem Durchschnitt der letzten drei Jahre. Dabei berücksichtigt es nicht das Vorbringen des Beklagten, die Klägerin habe in der streitigen Zeit die alten Systeme nicht mehr und die neuen nicht mangelfrei liefern können, und auch nicht den Umstand, daß die Zahl der verkauften Geräte nicht nur von der Zahl der Patienten und ihrer Eignung für die von dem Beklagten entwickelte Hörmethode abhing, sondern entscheidend auch von dem Willen des Beklagten, der zur Abnahme einer bestimmten Zahl Geräte nicht verpflichtet war. Die Berücksichtigung dieses Umstan- des bei der Schätzung der Gewinnspanne gleicht diesen Man- gel nicht aus; sie führt nur zu einer unzulässigen Vermi- schung der Schätzgrundlagen.

Die Gewinnspanne der Klägerin schätzt das Berufungsge- richt auf 20 % vor Steuern, ohne sich damit auseinanderzu- setzen, daß die Klägerin einen Gewinn von 4.709 DM je Gerät behauptet und im einzelnen begründet hat. Es ist selbst der Auffassung, ein Sachverständiger könne die Gewinnspanne der Klägerin möglicherweise genauer ermitteln. Unter diesen Um- ständen durfte es von der Einholung eines Sachverständigen- gutachtens nicht mit der Begründung absehen, die Zahl der Geräte, die der Beklagte bei gewöhnlichem Lauf der Dinge abgenommen hätte, sei weitgehend ungewiß. Die Zahl der bei gewöhnlichem Lauf der Dinge abgesetzten Geräte konnte und mußte das Berufungsgericht schätzen. Auf der so gewonnenen Grundlage war dann der entgangene Gewinn zu berechnen.

III.

Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Eine abschließende sachliche Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind.

Krohn

Engelhardt

Rinne

Richterin Dr. Deppert
hat Urlaub und kann
nicht unterschreiben

Wurm

Krohn