

Verkündet am 12. Mai 1960
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2122 011

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

In dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] & B [REDACTED], offene Handelsgesellschaft,
D [REDACTED]-D [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch
ihre persönlich haftenden Gesellschafter Wilhelm S [REDACTED]
und Otto B [REDACTED] in D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

gegen

die Firma M [REDACTED]-Schuh, Rudolf M [REDACTED], Schuhfabrik,
K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Nörr, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 23. Januar 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision
übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist seit dem Jahre 1950 für die Beklagte als Handelsvertreterin für Hausschuhe tätig gewesen. Im Einverständnis mit der Beklagten führte die Klägerin gleichzeitig eine Vertretung der Firma T[REDACTED] in H[REDACTED] in Sport- und Hausschuhen aus Gummi. Seit dem Jahre 1954 stellte auch die Beklagte Hausschuhe unter Verwendung vulkanisierten Gummis her. Im Jahre 1954 ging der Umsatz der Klägerin an Erzeugnissen der Beklagten stark zurück. Zwischen den Parteien kam es zu Erörterungen hierüber, in denen die Beklagte von der Klägerin verlangte, sie solle den Umsatz steigern oder die Vertretung der Beklagten oder die der Firma T[REDACTED] aufgeben. Die Klägerin versprach, sich für die Beklagte stärker einzusetzen, jedoch hob sich der Umsatz nicht. Die Beklagte kündigte das Vertragsverhältnis am 31. Dezember 1954 fristlos. Die Klägerin widersprach und verlangte die Zahlung eines Ausgleichs.

Die Klägerin hat geltend gemacht, daß sie den Absatz der Beklagten in ihrem Bezirk völlig neu aufgebaut habe. Dabei habe sie auf Abnehmer, die sie für die Firma T[REDACTED] geworben hatte, zurückgegriffen. Dies habe sie unbedenklich tun können, weil sich die Sortimente der Firma T[REDACTED] und der Beklagten nicht überschneiden hätten. Erst im Jahre 1954 habe die Beklagte Artikel, wie sie auch von der Firma T[REDACTED] vertrieben wurden, übernommen, aber in einer niedrigeren Preisstufe. Die Geschäftsbeziehungen mit diesen Kunden bestünden für die Beklagte weiter, da sich die Artikel der Firma T[REDACTED] und der Beklagten nicht gegenseitig ausschließen. Mit dem Sortiment der Firma T[REDACTED] könne sie den Bedarf an Hausschuhen einer billigeren Preisklasse nicht decken, so daß sie den Provisions-

ausfall durch die Beendigung der Vertretung der Beklagten nicht dadurch habe abwenden können, daß sie den Kunden anstelle der Erzeugnisse der Beklagten solche der Firma T [REDACTED] angeboten habe. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines angemessenen Ausgleichs gemäß § 89 b HGB zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, daß im Laufe des Jahres 1954 die Erzeugnisse der Beklagten und der Firma T [REDACTED] in einen starken Wettbewerb getreten seien, weil die Firma T [REDACTED] sich der Geschmacksrichtung in der Produktion der Beklagten angepaßt habe, während die Beklagte ebenso wie die Firma T [REDACTED] nunmehr auch Gummi als Material benutzt habe. Die Klägerin, die bei Lieferungen der Beklagten 1% ihrer Provision an den früher in ihrem Bezirk tätigen Vertreter abzuführen gehabt habe, habe sich mehr und mehr zugunsten der Firma T [REDACTED] eingesetzt und die Kunden zu dieser Firma herübergeworben. Dadurch sei der Umsatz in Waren der Beklagten im Bezirk der Klägerin auf die Hälfte zurückgegangen, während die allgemeine Marktlage einen Rückgang von höchstens 12 % gerechtfertigt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob ein Ausgleichsanspruch der Klägerin ausgeschlossen ist, weil



ein wichtiger Grund zur Kündigung des Handelsvertretervertrages durch die Beklagte vorgelegen hat. Es gelangt zur Abweisung der Klage, weil nach seiner Ansicht die Klägerin zwar neue Kunden für die Beklagte geworben, diese aber nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses keine erheblichen Vorteile mehr aus der Geschäftsverbindung mit den neuen Kunden gehabt habe.

Die Revision meint, daß es für den Begriff der "Vorteile" im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB nicht auf die tatsächlich gezogenen Vorteile ankomme, sondern nur darauf, welche Möglichkeiten beim Ende des Vertragsverhältnisses bestanden hätten, solche Vorteile zu ziehen. Dem ist nicht uneingeschränkt zu folgen. Das Gesetz spricht von den Vorteilen, die der Unternehmer nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses hat, so daß nicht allein die Möglichkeit, Vorteile zu ziehen, wie sie sich zur Zeit des Vertragsendes darstellt, maßgebend sein kann (Würdinger HGB § 89 b Anm. 9). Die tatsächliche Lage, wie sie sich nach dem Ausscheiden des Handelsvertreters bis zur Entscheidung über den Anspruch ergeben hat, ist zu berücksichtigen. Der Handelsvertreter kann dabei allerdings gegebenenfalls geltend machen, daß der Unternehmer die sich ihm bietenden Möglichkeiten, die Geschäftsverbindungen mit den ihm überlassenen Kunden fortzusetzen, unter Verstoß gegen Treu und Glauben, etwa um den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters zu verkürzen, nicht genutzt habe. Hinsichtlich der Zeit nach der Entscheidung über den Anspruch ist bei der Beurteilung der Frage, welche Vorteile der Unternehmer aus dem Kundenstamm hat, vorausschauend die weitere Entwicklung, wie sie hinsichtlich des Umfanges und der Beständigkeit der Geschäftsverbindung mit den neuen Kunden zu erwarten ist, in Betracht zu ziehen.

"Erhebliche Vorteile" des Unternehmers aus dem vom Vertreter geschaffenen Kundenstamm können auch deshalb entfallen, weil der Vertreter nach dem Ablauf der Vertragszeit erfolgreich den Kunden Waren eines anderen Unternehmers anbietet, die mit den bisher von ihm vertretenen im Wettbewerb stehen. Soweit die Kunden infolgedessen dem Vertragspartner des Handelsvertreters keine Aufträge mehr erteilen, hat der Unternehmer keine Vorteile aus einem auf ihn übergegangenen Kundenstamm. Kommen noch Abschlüsse zustande, so werden sie im Zweifel nicht auf die vom Handelsvertreter angeknüpfte Geschäftsverbindung zurückzuführen sein (vgl. von Brunn, Betrieb 1953, 1081). Auch im Rahmen der Billigkeitsprüfung (§ 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB) kann berücksichtigt werden, daß der Handelsvertreter nunmehr den Kundenstamm für einen Konkurrenzunternehmer bearbeitet.

II. Für die Entscheidung über den Ausgleichsanspruch der Klägerin war es hiernach von Bedeutung, ob die Klägerin den von ihr für die Beklagte geworbenen Kunden Konkurrenzartikel der Firma T [REDACTED] angeboten und sie zum Abspringen bei der Beklagten veranlaßt hat. Dieser Ansicht ist offenbar auch das Berufungsgericht, denn es beurteilt die Frage, ob ein Nutzen der Beklagten aus der Geschäftsverbindung nach dem Ende der Vertretung fortbesteht und ob ein Ausgleich für die Klägerin der Billigkeit entspricht, danach, ob die Klägerin erfolgreich bei der Konkurrenz tätig geblieben ist und schon im Jahre 1954 Kunden der Beklagten der Firma T [REDACTED] zugeführt hat. Diese Tatsachen waren streitig. Die Klägerin hatte sich bereits vor dem Landgericht für die erheblichen Vorteile aus dem Kundenstamm auf das Zeugnis ihrer

namentlich nicht benannten Geschäftsreisenden und der Kunden bezogen und behauptet, die Beklagte habe die Artikel der Firma T. nur in einer billigeren Preisstufe übernommen, so daß die Artikel der Firma T. und die der Beklagten sich beim Angebot nicht gegenseitig ausgeschlossen hätten (Schriftsatz vom 23. Mai 1957 - Seite 6, Bl. 18 GA). Für den Umsatz der Beklagten mit den Kunden nach dem Ende des Vertragsverhältnisses hatte sich die Klägerin auf die Handelsbücher der Beklagten und das Gutachten eines Buchsachverständigen bezogen. Das Berufungsgericht hält beide Anträge für unzulässig. Die Zeugen seien nicht mit dem Namen benannt. Die Klägerin habe kein Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher der Beklagten. Die Revision rügt mit Recht das Verfahren des Berufungsgerichts als fehlerhaft.

1. Nach § 373 ZPO wird der Zeugenbeweis durch die Benennung des Zeugen und der Tatsachen, über welche er vernommen werden soll, angetreten. Die Klägerin hat die Vernehmung ihrer Geschäftsreisenden und der von ihr erworbenen Kunden beantragt, Damit sind die zu vernehmenden Personen angegeben. Der Zeuge ist aber so zu bezeichnen, daß das Gericht imstande ist, ihn ohne weitere Ermittlungen zu laden (RGZ 97, 126). Da die Namen der Reisenden und der Kunden der Klägerin bekannt waren, lag kein Hindernis für die Beweisaufnahme im Sinne des § 356 ZPO vor, das dem Gericht Anlaß für eine Fristsetzung zu geben hatte. Vielmehr war das rechtzeitig vorgebrachte Beweismittel unvollständig bezeichnet. Gemäß § 139 ZPO hatte das Gericht diesen Mangel mit dem Beweisführer zu erörtern (Wieczorek ZPO § 373 D II). Die Befragung konnte auch gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 1 ZPO vor der mündlichen Verhandlung geschehen. Anscheinend hat auch der Berichterstatter in dem nicht aktenkundig

gemachten fernmündlichen Hinweis vom 9. Januar 1958 den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin auf das Fehlen der Namen der benannten Zeugen aufmerksam gemacht (Bl. 21 UA, aber auch S. 8 UA). Die Klägerin hat aber in der mündlichen Verhandlung vom 16. Januar 1958 die Namen nicht genannt. Jedoch ist zu berücksichtigen, daß die Klägerin ihren Sitz in Dortmund hat und durch einen Korrespondenzanwalt vertreten wurde, dem zunächst die mündliche Aufforderung des Gerichts zu übermitteln war. Der nach § 139 ZPO befragten Partei muß eine ausreichende Frist zur Antwort bleiben. Die Frist von einer Woche kann bei den gegebenen Umständen nicht als ausreichend angesehen werden. Dem Prozeßbevollmächtigten mußte insbesondere zu einer Erörterung mit der Partei Zeit bleiben, welche Kunden nunmehr zweckmäßig namhaft zu machen waren, nachdem das Gericht zum ersten Male erkennbar gemacht hatte, daß es gegebenenfalls auf den bisher zu Unrecht übergangenen Beweisantrag ankommen werde. Das Unterbleiben der namentlichen Bezeichnung der Zeugen durfte daher hier nicht dazu führen, daß der rechtzeitig schon vor dem Landgericht gestellte Beweisantrag über die für den Rechtsstreit entscheidende Tatsachenbehauptung abgelehnt wurde. Das Verfahren des Berufungsgerichts verletzt mithin die §§ 139, 373 ZPO.

2. Auch der Antrag, die Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten anzuordnen, ist vom Berufungsgericht verfahrensrechtlich nicht einwandfrei behandelt worden. Die Handelsbücher sollten für den Umsatz der Beklagten mit den neuen Kunden nach dem Ausscheiden der Klägerin herangezogen werden. Die Beklagte hatte aber nach dem Beweisantritt der Klägerin den Umsatz des neu eingesetzten Vertreters mit den bisher von der Klägerin bearbeiteten Kunden angegeben (Bl. 59 R GA für das erste Quartal 1955, Bl. 66 R GA für das ganze Jahr 1955 und für 1956).

Das Berufungsgericht verwendet diese Angaben auch und behandelt sie anscheinend als unstreitig. Gleichzeitig lehnt es aber den Beweisantrag auf Vorlegung der Bücher ab, weil keine Pflicht zur Vorlegung bestehe. Auf welche streitigen Tatsachen sich der Antrag bezüglich der Handelsbücher noch bezogen haben soll, ist nicht ersichtlich. Waren die Tatsachen, wie aus der Ablehnung des Antrags zu entnehmen ist, aber der Tatbestand und die in Bezug genommenen Schriftsätze nicht erkennen lassen, als bestritten anzusehen (z.B. weil sich die Klägerin mit Nichtwissen erklärt hatte, § 138 Abs. 4 ZPO), so konnte der Beweisantrag schon deshalb nicht abgelehnt werden, weil die Beklagte sich zur Vorlage ihrer Geschäftsbücher und der Provisionsabrechnung mit dem Nachfolger erboten hatte (Bl. 59 R, 66 R GA). Ob die Beklagte verpflichtet war, ihre Geschäftsbücher vorzulegen, war nunmehr ohne Belang. Nach § 423 ZPO ist der Klägerin durch die Bezugnahme des Gegners auf seine Bücher ein Anspruch auf deren Vorlegung entstanden, sofern ihr Inhalt in den für den Rechtsstreit wesentlichen Teilen überhaupt noch streitig war.

IV. Die gegebenenfalls auch auf die Anhörung eines Sachverständigen (§ 144 ZPO) zu erstreckende Beweisaufnahme darüber, ob das Warensortiment der Beklagten nach Genre und Preislage überhaupt eine Überführung ihrer Kunden auf die Firma T. [REDACTED] zugelassen hat und ob und in welchem Umfang infolgedessen Aufträge, die sonst an die Beklagte gegangen wären, an

.

die Firma T[REDACTED] gelangt sind, konnte hiernach nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung abgelehnt werden. Die Beklagte hatte sich andererseits auf das Zeugnis des Nachfolgers der Klägerin dafür bezogen, daß sein Umsatz in den Jahren 1955 und 1956 ausschließlich durch seine Tätigkeit trotz der Konkurrenz der Klägerin mit den Waren der Firma T[REDACTED] gestiegen ist. Erst auf Grund der Beweisaufnahme konnte beurteilt werden, ob die Geschäftsverbindung mit den neuen Kunden noch für die weiteren Abschlüsse mit ihnen ursächlich geworden ist. Das Berufungsgericht durfte sich nicht damit begnügen, aus der Steigerung des gesamten Umsatzes der Klägerin im Jahre 1954 als "naheliegend" zu entnehmen, daß die Klägerin schon im Jahre 1954 einen erheblichen Teil der Kunden der Beklagten der Firma T[REDACTED] zugeführt hat. Für das Gegenteil war zulässiger Beweis angetreten. Die Beklagte hatte andererseits unter Bezugnahme auf ihre Kundenlisten vorgetragen, daß 75 Kunden aus dem Gebiet der Klägerin überhaupt keine Aufträge mehr an sie erteilt hätten. Die Beweisaufnahme konnte auch nicht deshalb unterbleiben, weil das Berufungsgericht glaubte, bereits aus den Angaben der Klägerin über ihren Umsatz mit der Firma T[REDACTED] im Jahre 1955 im Vergleich mit dem Umsatz im Jahre 1954 Folgerungen über eine wirksame Wettbewerbstätigkeit zugunsten der Firma T[REDACTED] ziehen zu können. Diese Angaben befinden sich zudem in einem erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz, dessen Inhalt nicht vorgetragen worden ist (UA S. 8). Das Berufungsgericht hat es gerade abgelehnt, die mündliche Verhandlung im Hinblick auf diesen Schrift-

satz wieder zu eröffnen. Dann aber mußte dieser Vortrag, der im übrigen die Einbuße von etwa 10 000 DM Provision durch den Fortfall der Vertretung der Beklagten bei der Klägerin darzutun sucht, ebenso unbeachtet bleiben, wie auch die in dem Schriftsatz enthaltenen, den Schlußfolgerungen des Berufungsgerichts entgegenstehenden Behauptungen und Beweisanträge der Klägerin unberücksichtigt geblieben sind, im Jahre 1954 hätten besonders schwierige Absatzverhältnisse für die Waren der Beklagten infolge des Wechsels der Mode, der mangelhaften Ausführung der Schuhe und des Klimas geherrscht. Die Klägerin hatte sich im übrigen schon in der Klageschrift auf das Gutachten eines Sachverständigen dafür berufen, daß der Rückgang des Umsatzes im Jahre 1954 auf eine ungünstige Entwicklung der Markt- und Konkurrenzlage zurückzuführen ist.

V. Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben, ohne daß es noch auf die weiteren Verfahrensrügen ankommen konnte. In der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird zunächst zu erörtern sein, welches erhebliche Parteivorbringen überhaupt noch streitig ist (vgl. II. 1). Erst danach wird nach Maßgabe des gegebenenfalls zu ergänzenden Parteivorbringens über den Umfang der notwendigen Beweisaufnahme befunden werden können.

Das Berufungsgericht wird auch zu beachten haben, daß die Beklagte behauptet hatte, es habe ein wichtiger Grund zur Kündigung des Vertreterverhältnisses vorgelegen (§ 89 b Abs. 3 HGB). Sie hatte hierfür auch Beweis angetreten (Schriftsatz vom 29. März 1957 S.3 Bl.9 GA). Es wird zu erwägen sein, ob es nicht zweckmäßig ist,

diesen Punkt zu klären, bevor in eine umfangreiche Beweisaufnahme eingetreten wird.

Die Sache war nach alledem unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu überlassen, da sie vom Ausgang der Sache abhängt.

Dr.Nastelski Dr.Haidinger Dr.Nörr Liesecke Hill