

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 137/70

URTEIL

Verkündet am

3. Juli 1972
S c h o r m ,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der M [REDACTED] GmbH Fahrzeugfabrik, H [REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Otto M [REDACTED], P [REDACTED]
b. T [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Dipl. Kaufmann und Dipl. Bücherrevisor
Willy T [REDACTED], S [REDACTED], O [REDACTED] P [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. Oktober 1970 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Widerklage in Höhe von 68.794 DM abweist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Kosten dieser Revisionsinstanz werden zu 1/20 der Beklagten auferlegt. Im übrigen wird das Berufungsgericht über die Kosten zu entscheiden haben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Sache befindet sich zum zweitenmal in der Revisionsinstanz. Zum Sachverhalt wird auf das Urteil des Senats vom 11. Juli 1968 - II ZR 108/67 (WM 1968, 1325) verwiesen.

Das Berufungsgericht hat nunmehr unter Abweisung der Klage und der weitergehenden Widerklage, soweit sie den Zahlungsanspruch betrifft, den Kläger verurteilt, an die Beklagte 11.147,60 DM mit Zinsen zu zahlen. Mit

der Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt, macht die Beklagte von dem abgewiesenen Teil ihrer Widerklageforderung einen Betrag von 72.460,66 DM mit Zinsen weiterhin geltend. Dieser Betrag setzt sich aus einem restlichen Anspruch der Beklagten auf Gehaltsrückzahlung für 1962 in Höhe von 3.666,66 DM und einer Provisionsforderung des Klägers in Höhe von 76.794 DM abzüglich bereits zugebilligter 8.000 DM = 68.794 DM zusammen, die das Berufungsgericht von der Widerklageforderung ebenfalls abgesetzt hat.

Entscheidungsgründe:

Im Streit sind noch zwei Posten:

1. Die Gehaltsforderung des Klägers für die Zeit vom 5. November bis zum 31. Dezember 1962 in Höhe von monatlich 2.000 DM - der Anspruch auf ein höheres Gehalt ist nach dem insoweit unangefochtenen Berufungsurteil unbegründet - und

2. seine restliche Provisionsforderung aus dem Zweiradunion-Auftrag in Höhe von $(76.794 - 8.000 =) 68.794$ DM.

Zu 1: Der Gehaltsanspruch entfielen und der Kläger hätte einen entsprechenden Betrag an die Beklagte zurückzuzahlen, wenn sein Dienstverhältnis, anstatt zum 31. Dezember 1962, schon durch die fristlose Kündigung vom 5. November 1962 beendet worden wäre. Dies verneint das Berufungsgericht, weil ein wichtiger Grund für die Kündigung gemäß § 626 BGB nicht vorgelegen habe. Hierbei geht es von den Grundsätzen aus, auf die der Senat in seinem ersten Revisionsurteil



verwiesen hat, insbesondere davon, daß an eine außerordentliche Kündigung ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist, wenn, wie hier, das Ende des Vertrags ohnehin unmittelbar bevorsteht.

In den Mitteilungen, die der Kläger über den Wechsel in der Geschäftsführung der Beklagten ohne vorherige Abstimmung mit ihr an die Presse, die L. bank und einige kleinere Gläubigerfirmen gegeben hat, sieht das Berufungsgericht keine grob pflichtwidrige Verletzung wesentlicher Belange der Beklagten, weil schutzwürdige Interessen des Klägers und der angesprochenen Wirtschaftskreise im Spiel gewesen seien. Wenn diese zuerst vom Kläger und nicht von der Beklagten verbreitete Nachricht einen schlechten Eindruck hervorgerufen habe, so habe sich die Beklagte dies selbst zuzuschreiben. Selbst wenn der Kläger den von ihm benachrichtigten Gläubigern gesagt habe, sie sollten sehen, wie sie zu ihrem Geld kämen, sei dies als Hinweis darauf, daß er sich nicht mehr für Zahlungen einsetzen könne, vertretbar gewesen und jedenfalls nicht grob pflichtwidrig.

Soweit der Kläger höhere als die ihm nachweislich zustehenden Gehalts- und Spesenbeträge entnommen habe, lasse sich nicht ausschließen, daß er nach den Äußerungen der Brüder Maisch zumindest habe glauben können, die Zustimmung der maßgebenden Gesellschafter für diese Bezüge zu haben. Das gelte auch für den Scheck über 3.000 DM, den der Kläger nach seiner Abberufung als Geschäftsführer mit einem zurückliegenden Datum namens der Beklagten ausgestellt und zur Bank gegeben habe. Die hierin liegende Unaufrichtigkeit und der Verstoß gegen die Weisung, nur noch mit Zustimmung des neuen Geschäftsführers für die Beklagte

tätig zu werden, erschienen dadurch in einem milderem Licht, daß der Kläger den Scheckbetrag als ihm zustehendes Gehalt für September 1962 betrachtet habe; eine Wiederholung solcher Vorfälle sei nach dem Bekanntwerden seines Ausscheidens als Geschäftsführer nicht mehr zu befürchten gewesen. Schließlich seien die Darlehensentnahmen des Klägers in den Jahren 1961 und 1962, die Entnahme einer erhöhten Kilometerpauschale und die unberechtigte Abwälzung der Umsatzsteuer auf die Beklagte, auch in Verbindung mit den anderen Vorfällen, nicht geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis der Parteien nachhaltig zu zerstören und die fristlose Kündigung zu begründen. Die Darlehen habe der Kläger teils nach Rücksprache mit Otto M. entnommen, teils habe ihm die Beklagte, nachdem sie von der Auszahlung erfahren habe, noch zwei Jahre lang als Geschäftsführer Vertrauen geschenkt. Daß der Kläger am 6. Juni 1961 auf ein zu erwartendes Guthaben aus der Vergütungs- oder Spesenabrechnung weitere 10.000 DM abgehoben habe, sei nicht pflichtwidrig gewesen, da er mit einem solchen Guthaben tatsächlich habe rechnen dürfen.

Soweit dem Kläger hiernach Eigenmächtigkeiten und Pflichtverletzungen zur Last fielen, erschienen sie weder allein noch zusammen genommen schwerwiegend genug, um eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu dessen nahe bevorstehenden ordentlichen Ende für die Beklagte unzumutbar zu machen. Dabei sei zu bedenken, daß der Kläger der Beklagten jahrelang in schwerer Zeit Dienste geleistet und durch seine Hilfe beim Hereinholen großer öffentlicher Aufträge dazu beigetragen habe, daß sie ihre Schwierigkeiten überwunden habe.

Damit hat das Berufungsgericht die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe sowohl einzeln als auch im Zusammenhang sachgemäß gewürdigt und abgewogen. Soweit diese Vorwürfe bereits im ersten Revisionsverfahren erörtert worden waren, hat es sich im wesentlichen an die damalige Beurteilung durch den Senat gehalten; erhebliche neue Gesichtspunkte sind insoweit zu Lasten des Klägers nicht hervorgetreten und werden auch von der Revision nicht aufgezeigt. Auch sonst hat das Berufungsgericht keine wesentlichen Umstände oder rechtlichen Gesichtspunkte außer acht gelassen. Daß der Kläger, gestützt auf seine Geschäftsführerstellung, seinen Vorteil auf eine nicht immer objektiv berechnete Weise wahrgenommen hat, hat es gesehen, aber eine bewußte Schädigung der Beklagten nicht festzustellen vermocht.

Insgesamt durfte das Berufungsgericht hiernach trotz festgestellter Unkorrektheiten des Klägers die Fortsetzung seines Dienstverhältnisses für noch knapp zwei Monate, auch mit Rücksicht auf seine Verdienste und das Erlöschen seiner Vertretungsmacht, für die Beklagte als zumutbar ansehen.

Zu 2: Nach einer Vereinbarung mit der Beklagten stand dem Kläger "für alle Aufträge des Bundesamts für Wehrtechnik und Beschaffung oder sonstigen öffentlichen Aufträge" eine Provision von 1 % zu. Anfang 1961 stellte das genannte Bundesamt der Beklagten einen Auftrag über 4.000 M...-Krafträder in Aussicht. Diesen Auftrag im Werte von 7.679.400 DM erhielt dann aber die Zweiradunion (ZU), die ihn im Innenverhältnis gemeinsam mit der Beklagten ausführte. Nach einem Vertrag vom 24. Januar 1962 bezog die

ZU von der Beklagten die Motoren und Naben und durfte die Fertigungsunterlagen, gewisse Herstellungsmittel der Beklagten sowie die Warenkennzeichnung "M" benutzen. Sie hatte dafür über den Preis für die gelieferten Teile hinaus an die Beklagte einen einmaligen Pauschalbetrag von 500.000 DM zu zahlen. Die Parteien streiten darüber, ob die Vergütung des Klägers für dieses Geschäft nach der vollen Auftragssumme von 7.679.400 DM oder nur nach einem Betrag von 300.000 DM zu berechnen ist, der auf die Zulieferungen der Beklagten entfällt.

Das Berufungsgericht hält eine Vergütung nach dem vollen Auftragswert für gerechtfertigt. Hierbei geht es in Übereinstimmung mit dem ersten Revisionsurteil davon aus, die Beklagte dürfe sich bei einem öffentlichen Auftrag, bei dem sie nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten einem unmittelbaren Auftragnehmer wirtschaftlich gleichgestellt gewesen sei und nur nach außen nicht als solcher habe in Erscheinung treten sollen und der überdies durch die Bemühungen des Klägers zustande gekommen sei, ihrer Vergütungspflicht nicht unter Berufung auf die formale Rechtslage entziehen, sondern müsse sich gemäß §§ 157, 242 BGB auch im Verhältnis zum Kläger der wirtschaftlichen Lage entsprechend behandeln lassen. Einen solchen Sachverhalt sieht es als gegeben an.

Dazu stellt es fest, der Vertrag vom 24. Januar 1962 habe die Beklagte wirtschaftlich im wesentlichen in die Lage versetzt, als hätte sie den Auftrag selbst vom Bundesamt erhalten. Der ZU sei es bei der damaligen wirtschaftlichen Lage hauptsächlich darum gegangen, ihre Arbeiter beschäftigen zu können. Sie habe daher mit dem

Betrag von 500.000 DM der Beklagten den wesentlichen Teil des Gewinns aus dem Bundeswehrauftrag überlassen und sich selber mit einer kostendeckenden Auslastung ihrer Fertigungsmöglichkeiten und allenfalls mit einem geringen Gewinn begnügt. Dafür habe sie von der Beklagten bekommen, was ihr gefehlt habe, nämlich die rechtlichen und technischen Voraussetzungen für den Bau und die Lieferung der bestellten Krafträder. Das ändere aber nichts daran, daß der - ursprünglich sogar als "Entschädigung" bezeichnete - Betrag von 500.000 DM für die Beklagte einen Gewinn dargestellt habe, da sie sonst ihre Herstellungsrechte, Pläne und Fertigungsmittel nicht hätte nutzen können.

Unter diesen Umständen, so meint das Berufungsgericht, könne sich die Beklagte gegenüber dem Kläger nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, daß sie nicht förmlich Auftragnehmer gewesen sei und deshalb auch wirtschaftlich nur im wesentlichen, aber vielleicht nicht in jeder Hinsicht wie ein solcher dagestanden habe, zumal dies allein in ihren Verhältnissen begründet gewesen sei; daß ihr trotz der ablehnenden Haltung des Bundesamts doch noch über den ZU-Vertrag die wirtschaftlichen Vorteile des Auftrags zugeflossen seien, habe sie dem Kläger zu verdanken. Sie schulde ihm daher den vollen Vergütungsbetrag von 76.794 DM.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

Nach der rechtlichen Beurteilung, die der Senat der Aufhebung des ersten Berufungsurteils hier zugrunde gelegt hat, kann ein Sachverhalt, wie ihn das Berufungsgericht

festgestellt hat, zwar genügen, um dem Kläger einen Provisionsanspruch auch für den auf die ZU entfallenden Teil des Geschäfts zuzubilligen. Der Höhe nach hängt dieser Anspruch aber davon ab, inwieweit die Beklagte tatsächlich im wirtschaftlichen Ergebnis wie ein Auftragnehmer des Bundesamts gestellt gewesen ist. Danach ist für die Berechnung der Provision nicht schlechthin die Gesamtauftragssumme von 7.679.400 DM maßgebend, sondern es kommt auf einen Vergleich zwischen der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage der Beklagten aufgrund ihrer Vereinbarungen mit der ZU und derjenigen Lage an, in der sie sich befunden hätte, wenn sie den Auftrag über 7.679.400 DM selbst erhalten hätte. Dabei sind für jeden der zu vergleichenden Fälle Erträge und Aufwendungen der Beklagten einander gegenüberzustellen. Nur in dem Maße, in dem der beiderseits verbleibende Überschuß sich deckt, kommt die Gesamtauftragssumme als Grundlage für die Provisionsberechnung in Betracht. Zwar richtet sich der Provisionsanspruch des Klägers nicht nach dem Reingewinn der Beklagten, sondern nach dem Umsatzerlös. Aber sofern der Geschäftserfolg aus der Zusammenarbeit mit der ZU für die Beklagte hinter dem Ergebnis zurückgeblieben ist, das sie als Eigenlieferantin erzielt hätte, kann auch der Kläger seine Provision nicht von der vollen Auftragssumme, sondern nur von einem im gleichen Verhältnis geminderten Ausgangsbetrag verlangen.

Hierbei ist unerheblich, warum das Bundesamt den Auftrag nicht unmittelbar an die Beklagte vergeben hat und inwieweit es dem Kläger zu verdanken ist, daß die Beklagte wenigstens intern beteiligt blieb. Denn die Vereinbarung vom 25. Mai 1959 knüpft den Provisionsanspruch

des Klägers allein an das Zustandekommen eines Auftrags und nicht an die Gründe hierfür. Auch nach Treu und Glauben braucht sich die Beklagte, wie der Senat im ersten Revisionsurteil ausgeführt hat, nur der wirtschaftlichen Lage entsprechend behandeln zu lassen, aber nicht mehr zu leisten, als es das tatsächliche Geschäftsergebnis rechtfertigt.

Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Sachverhalt und insbesondere das Vorbringen der Beklagten nicht voll ausgeschöpft.

Zu Unrecht beruft sich die Revision allerdings auf den Vortrag der Beklagten, in den von der ZU gezahlten 500.000 DM sei unter anderem auch ein Entgelt für die Überlassung von Werkzeugen und sonstigen Betriebsmitteln enthalten gewesen, die über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der ZU abgenutzt worden seien und für ihre eigene Fertigung nicht zur Verfügung gestanden hätten. Zwar war der hierauf entfallende Teil der Vergütung für die Beklagte ebensowenig Reinverdienst wie für die ZU selbst, die mit diesem Teilbetrag eine echte - gewinnmindernde - Gegenleistung erbringen mußte, so daß von einer "Gewinnabführung" insoweit nicht gesprochen werden kann. Aber in dieser Höhe hätte die Beklagte auch bei eigener Durchführung des Gesamtauftrags keinen Reingewinn erzielt, weil dann ihre Fertigungsmittel ebenfalls gebraucht worden wären und sie entsprechende Abschreibungen in ihre Betriebsabrechnung hätte einsetzen müssen.

Die Beklagte hat aber weiterhin vorgetragen und durch ein Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, infolge der Vergabe des Bundeswehrauftrags an ein anderes Unternehmen

sei ihr Betrieb nicht mehr ausgelastet gewesen; die hierdurch angestiegenen unproduktiven Kosten hätten nur durch die Zahlung der ZU halbwegs aufgefangen werden können (Schriftsatz vom 10. 8. 1964 S. 3 ff, in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 25. 5. 1970 in bezug genommen). Dieses Vorbringen ist erheblich. Denn es bedeutet, daß der Beklagten über die zuvor erwähnten, von der ZU vergüteten Aufwendungen hinaus Unkosten entstanden sind, die sie trotz teilweiser Übernahme der Fertigung durch die ZU nicht einsparen konnte und die ihren Reinverdienst gemindert haben. Es handelt sich um denjenigen Teil der weiterlaufenden Gemeinkosten, den die Beklagte, wenn sie den Auftrag selbst hereingenommen hätte, kalkulatorisch ihren Einzelkosten hätte zuschlagen können und der im Rahmen der ihr dann zufließenden vollen Auftragssumme möglicherweise mit gedeckt gewesen wäre. Durch die Einschaltung der ZU könnte sie insofern schlechter gestellt gewesen sein, als nunmehr nicht sie, sondern die ZU den gesamten Unterschiedsbetrag zwischen der Auftragssumme von 7.679.400 DM und den an die Beklagte gezahlten 500.000 DM vereinnahmt und davon gleichartige Selbstkosten gedeckt hat, wie sie die Beklagte ebenfalls aufwenden mußte, ohne einen entsprechenden Ausgleich zu erhalten. Um diesen sowohl bei ihr als auch bei der ZU angefallenen Gemeinkostenanteil könnte die Verdienstspanne der Beklagten geringer gewesen sein als bei unmittelbarer Beauftragung durch das Bundesamt.

Der bisherige Vortrag der Beklagten zu diesem Punkt ist zwar knapp gehalten. Angesichts der unstreitigen Absatzschwierigkeiten, in der sich die Zweiradhersteller damals befanden, liegt es aber nahe, eine im Verhältnis

zum Auftragsbestand zu hohe Kostenbelastung der Beklagten anzunehmen, die ihren Gewinn aus dem Geschäft mit der ZU schmälerte. Dies könnte das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis, die Beklagte habe wirtschaftlich "im wesentlichen" einem Auftragnehmer des Bundesamts gleichgestanden, in Frage stellen und hätte daher Anlaß zu weiterer Prüfung sein müssen.

Das Berufungsurteil kann hiernach in diesem Streitpunkt nicht mit den bisherigen Feststellungen aufrechterhalten bleiben. Die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses nunmehr, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen, einen näheren Vergleich zwischen der tatsächlich eingetretenen und derjenigen Ertragslage anstellt, in der sich die Beklagte bei eigener Durchführung des Gesamtauftrags befunden hätte. Eine solche nachträgliche Kalkulation mag, worauf die Revisionserwiderung hinweist, bei der Vielfalt und Schwankungsbreite der in Betracht kommenden Kostenfaktoren nicht einfach sein. Das Berufungsgericht hat aber die Möglichkeit, bei unverhältnismäßigen Aufklärungsschwierigkeiten von § 287 Abs. 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Stimpel

Liesecke

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Tidow