

Verkündet

am 20. Februar 1958

Pfauz, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2238 088

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

In dem Rechtsstreit

der Firma "A [REDACTED]", Inhaber Hans D [REDACTED],
W [REDACTED], F [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

Klara D [REDACTED], K [REDACTED], J [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 1958 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Haager, Liesecke und Dr. Reinicke für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des I. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 19. Dezember 1956 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestands

Die Klägerin war seit 1. Juli 1949 als Bezirks-handelsvertreterin für die kurz vor der Währungsumstellung gegründete Beklagte, die Büsten-, Leib- und Hüfthalter herstellt, tätig. Durch Vertrag vom 1. April 1951 wurde das Vertragsverhältnis dahin geregelt, daß die Klägerin u.a. einen größeren Bezirk erhielt und die bisher 5 % be-tragende Provision bei Verkäufen an Einzelhändler auf 6 % erhöht wurde. Für die Tage, an denen sie nachweislich Rei-setätigkeit ausübte, billigte ihr die Beklagte anstatt bisher 30,-- DM oder wöchentlich 150,-- DM 40,-- DM oder wöchentlich 200,-- DM Reisezuschuß zu. Der Vertrag wurde auf 5 Jahre fest geschlossen. Schon bald nach Festlegung dieses Vertrages versuchte die Beklagte eine Herabsetzung des Provisionssatzes und des Reisezuschusses. Die Klägerin lehnte diese Vorschläge ab. Am 3. Januar 1952 kündigte die Beklagte das Handelsvertreterverhältnis mit sofortiger Wirkung u.a. mit der Begründung, daß infolge des im Jahre 1951 eingetretenen Umsatzrückganges eine Vertretung durch die Klägerin zu den vereinbarten Bedingungen für das Un-ternehmen nicht mehr tragbar sei. Im Laufe des wegen der Kündigung von der Klägerin angestrebten Rechtsstreits hat die Beklagte die Kündigung noch darauf gestützt, daß die Klägerin im Auftrag der Ehefrau des Inhabers der Be-klagten hinter dessen Rücken Waren verkauft habe und den Erlös der Ehefrau, die damals mit dem Inhaber der Beklag-ten in Scheidung lebte, habe zukommen lassen.

Die Klägerin, die die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt hält, hat von der Beklagten einen Betrag von 21.452,58 DM gefordert als Teilschaden, der ihr da-durch entstanden sei, daß sie ihre Tätigkeit nicht habe fortsetzen können. Das Landgericht hat den Klagsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandes-

gericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der im Jahre 1951 eingetretene Umsatzrückgang nicht auf ein Verschulden der Klägerin zurückzuführen sei und daß der Vertrag vom 1. April 1951 auch nicht unter der Voraussetzung geschlossen worden sei, daß der Umsatz sich erhöhen werde. Es hat ferner untersucht, ob die Tatsache, daß die Beklagte im Jahre 1951 mit Verlust gearbeitet hat, einen wichtigen Grund zur Kündigung des auf 5 Jahre fest abgeschlossenen Handelsvertretervertrages darstellt. Es hat dies ebenso verneint, wie es auch keinen wichtigen Grund darin gesehen hat, daß die Klägerin im Jahre 1950 zugunsten der Ehefrau des Inhabers der Beklagten heimlich Waren der Beklagten im Verkaufswert von 150,-- DM verkaufte. Die Revision greift die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts an, soweit es in dem Eintritt des Verlustes und in den Schwarzverkäufen durch die Klägerin keinen wichtigen Grund gesehen hat.

1.) Was den letzten Vorwurf anlangt, so geht das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin davon aus, daß der Inhaber der Beklagten im Jahre 1950 in Scheidung lebte und seine Ehefrau sich in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen befand. Zugunsten der Klägerin hat das Berufungsgericht ferner unterstellt, daß die Ehefrau des Inhabers der Beklagten, die im Geschäft mitarbeitete, die Klägerin anlässlich eines Besuchs aufgefordert habe, für sie heimlich Waren zu verkaufen, da sie wirtschaftlich knappgehalten werde. Die Klägerin hat Waren im Werte von



150,-- DM, die ihr die Ehefrau aushändigte, veräußert und den Erlös vereinbarungsgemäß an die Ehefrau abgeführt. Das Berufungsgericht hat dieses Verhalten als eine Unredlichkeit gekennzeichnet. Es ist aber unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse zu dem Ergebnis gekommen, daß der Beklagten, die hiervon erst im Jahre 1954 Kenntnis erhalten habe, trotzdem die Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses zuzumuten sei. Die Revision meint, diese Würdigung sei mit der besonderen Natur des Handelsvertreterverhältnisses nicht vereinbar. Dieses Verhältnis sei dadurch gekennzeichnet, daß eine nur geringe Kontrollmöglichkeit bestehe, so daß durch jede entdeckte Unredlichkeit das Vertrauen und damit die Grundlage für die Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses entzogen werde. Diese Erwägungen lassen die Würdigung des Berufungsgerichts nicht als fehlerhaft erscheinen. Das Festhalten an dem Vertrag ist dann unzumutbar, wenn es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Billigkeit widersprechen würde, den Kündigenden am Vertrag weiterhin festzuhalten. Dabei ist auf die gesamten Umstände abzustellen. Es kann daher dieselbe Verfehlung, die in dem einen Fall einen wichtigen Grund abgibt, bei einer anderen Sachlage hierzu nicht ausreichen. Für den zu beurteilenden Sachverhalt spielt es eine wesentliche Rolle, daß die Klägerin - wie das Berufungsgericht mit Recht darlegt - nicht aus unlauteren Motiven gehandelt hat. Sie hat für ihre Verkaufsbemühungen selbst nur eine geringe Provision genommen und der Ehefrau des Inhabers der Beklagten, die ein nur geringes Haushaltsgeld während des Scheidungsprozesses erhielt, eine kleine Aufbesserung ihres Wirtschaftsgeldes verschafft. Es handelte sich um eine einmalige Verfehlung, die sich auch in dieser Art nicht wiederholen konnte, da die Ehe bald darauf geschieden wurde. Mit Recht konnte das Berufungsgericht aus diesen besonderen Umständen folgern, daß in die-

ser Verfehlung keine ablehnende Haltung gegenüber dem Inhaber der Beklagten zu sehen sei. Entgegen der Auffassung der Revision brauchte es daraus nicht zu entnehmen, daß die Klägerin, die sich einmal unehrlich gezeigt hatte, zu Unehrlichkeiten neige und einer anderen Versuchung zur Untreue gegenüber dem Beklagten wieder unterliegen würde. Das Berufungsgericht hat daher zutreffend in dieser einmaligen Verfehlung keinen wichtigen Grund zur Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses gesehen. Es war auch nicht erforderlich, daß es diesen Umstand mit dem weiter zur Kündigung herangezogenen Grund, dem Rückgang des Umsatzes, zusammen gewürdigt hat, da hierzu kein Zusammenhang bestand.

Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobene verfahrensrechtliche Rüge, das Berufungsgericht habe unter Nichtbeachtung der durch § 448 ZPO gegebenen Aufklärungsmöglichkeit der Parteivernehmung zugunsten der Klägerin die Initiative für den heimlichen Warenverkauf der Ehefrau des Inhabers der Beklagten zugeschrieben, ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hatte die Ehefrau hierzu als Zeugin vernommen. Es hatte ferner den Ehemann der Klägerin als Zeugen gehört, ohne daß es sich daraus eine Überzeugung bilden konnte, wer die Anregung zu dem heimlichen Warenverkauf gegeben hatte. Es stand in seinem Ermessen, ob es danach noch die Klägerin als Partei vernehmen wollte. Daß es sich dieser Möglichkeit nicht bewußt gewesen ist, ist aus dem Urteil nicht zu entnehmen. Es brauchte nicht ausdrücklich dazu Stellung zu nehmen, aus welchem Grund es von der Möglichkeit des § 448 ZPO keinen Gebrauch gemacht hat (BGH LM ZPO § 448 Nr. 2; Stein-Jonas ZPO § 448 VI, Fußnote 4, 5).

2.) Was die Kündigung wegen Umsatzrückgangs anlangt, so ist festgestellt, daß der Umsatz der Beklagten

von 288.000 DM im Jahre 1950 auf 185.000 DM im Jahre 1951 zurückging. Dieser Rückschlag hatte seine Ursache darin, daß die Beklagte seit Oktober 1950 in Wettbewerbsprozesse mit der Konkurrenzfirma T [REDACTED] verwickelt war, wodurch Kunden und weitere mögliche Kunden der Beklagten von dem Bezug ihrer Erzeugnisse abgehalten wurden, da sie mit einem Verbot des Vertriebs dieser Erzeugnisse rechnen mußten. Die Beklagte hatte in den Jahren 1949 und 1950 noch Gewinne von über 20.000 DM erzielt. Das Jahr 1951 schloß mit einem Verlust. Im Jahre 1952 betrug der bilanzmäßige Gewinn 4.700 DM und im Jahre 1953 rund 6.700 DM. Das Berufungsgericht meint, damit stehe fest, daß es sich bei dem starken Umsatzrückgang im Jahre 1951 nur um eine vorübergehende Krise gehandelt habe. Ein wirtschaftlicher Rückgang allein stelle nur dann einen Grund zur fristlosen Kündigung dar, wenn die Kündigung zwingend notwendig sei, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Dies sei nicht der Fall gewesen, da es sich, wie festgestellt, nur um einen vorübergehenden schlechten Geschäftsgang gehandelt habe. Bei sparsamer Geschäftsführung und notfalls unter Aufopferung des seit 1952 wieder erzielten Gewinns hätte die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht zum wirtschaftlichen Ruin geführt. Zudem hätte die Vertragstreue der Beklagten nicht nur weitere finanzielle Belastungen gebracht, sondern bei der festgestellten Tüchtigkeit der Klägerin wäre es auch wieder zum Abschluß von Geschäften und weiteren Einnahmen gekommen.

Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht sich bei seiner Darlegung, ein wirtschaftlicher Rückgang bilde keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung, auf Rechtsprechung und Schrifttum gestützt habe, die sich auf die Kündigung eines Handlungsgehilfen aus wichtigem Grund nach § 70 HGB beziehen (Geßler-Hefermehl HGB 3. Aufl. § 70 Anm. 4; RAG 13, 296, 302; 18, 257, 259).

Für eine solche Kündigung ist es entscheidend, daß in der Regel der Arbeitgeber die Gefahr seines Betriebes selbst zu tragen hat. Das Verhältnis des Handelsvertreters zum Unternehmer ist jedoch von dem des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber insofern grundsätzlich verschieden, als sich zwei selbständige Gewerbetreibende zueinander tun. Der Handelsvertreter ist am Gedeihen des Betriebes des Unternehmers beteiligt. Seine Einnahmen hängen von dem Erfolg seiner und des Unternehmers Tätigkeit ab. Er muß daher auf der anderen Seite in bekanntem Umfang auch an dem geschäftlichen Niedergang teilhaben und die sich aus seinen und seines Unternehmers Mißerfolgen ergebende Auswirkung tragen (vgl. RG LZ 1909, 551). So hat die Rechtsprechung eine Kündigung aus wichtigem Grund zugelassen, wenn die Tätigkeit des Handelsvertreters allein schon Verluste brachte, weil z. B. die ihm zugesagte Provisionsgarantie die Summe der von ihm eingebrachten Aufträge überstieg (RG WarnRspr 1933 Nr. 79, RG Recht 1920 Nr. 2535; OLG Hamburg LZ 1909, 3475). Daß dies etwa der Fall gewesen wäre, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Das Berufungsgericht hat jedoch geprüft, ob die Kündigung zwingend notwendig gewesen sei, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Zutreffend geht es davon aus, daß eine solche Sachlage, die bereits im Verhältnis zum Handlungsgehilfen und Arbeitgeber in besonderen Fällen einen wichtigen Kündigungsgrund abgibt (RAG JW 1934, 925; RG SeuffArch 80, 165 S. 303), einen Unternehmer zur fristlosen Kündigung eines Handlungsagenten berechtigen kann. Dem Geschäftsinhaber kann nach dem regelmäßigen Vertragsinhalt nicht zugemutet werden, mit Schaden oder doch ohne Gewinn lediglich im Interesse des Agenten Geschäfte zu machen (RG WarnRspr 1933 Nr. 79; vgl. auch RG WarnRspr 1912 Nr. 121). Jedoch meint das Berufungsgericht, diese Voraussetzung liege nicht vor, weil es sich nur um einen vorübergehend schlechten Geschäftsgang gehandelt habe. In dieser Ansicht ist an sich kein Rechtsfehler

zu erkennen, zumal dann, wenn man die weitere Feststellung des Berufungsgerichts berücksichtigt, die es bei der Abwägung, ob die Fortsetzung des Vertreterverhältnisses der Beklagten zumutbar war, angestellt hat. In diesem Zusammenhang war es nach der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts erheblich, daß die Klägerin am Aufbau des Unternehmens der Beklagten in großem Umfang beteiligt war, da sie viele Kunden von ihrem früheren Unternehmer mitgebracht hatte. Wesentlich erscheint auch die an anderer Stelle des Urteils getroffene Feststellung, daß die Klägerin im Jahre 1950 mit 36,78 % am Gesamtumsatz beteiligt war, daß ihr eigener Umsatz im Jahre 1951 nur um 8 % zurückgegangen ist, während der Gesamtumsatz sich um 35 % verringerte, so daß in diesem Jahre von dem Gesamtumsatz 52 % auf sie entfielen.

Die Revision weist demgegenüber jedoch mit Recht darauf hin, daß die Beurteilung, ob zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung ein wichtiger Grund vorgelegen habe, nicht an den Verhältnissen gemessen werden könne, wie sie sich in den folgenden Jahren entwickelt haben. Es kann nicht entscheidend sein, wie sich die Lage auf Grund nachträglich gewonnener Erkenntnisse darstellt (vgl. RAG 15, 103, 111). Die Entscheidung des Berufungsgerichts, das auf die objektive, durch rückblickende Beurteilung gewürdigte Lage abstellt, beruht daher auf einem Rechtsfehler. Das Berufungsgericht hätte vielmehr prüfen müssen, wie sich die wirtschaftliche Lage und ihre Weiterentwicklung bei vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtung für den Inhaber der Beklagten darstellte, als er am 3. Januar 1952 die fristlose Kündigung aussprach. Mußte er damals zur Erkenntnis kommen, daß eine Fortsetzung des bisherigen Vertretungsverhältnisses mit der Klägerin zu seinem geschäftlichen Ruin führen würde, so wäre dieser Erkenntnis bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Kündigung

Rechnung zu tragen. Der wirtschaftliche Niedergang kann nicht erst dann berücksichtigt werden, wenn Vermögen und Kredit verbraucht sind und die Schließung des Unternehmens erforderlich wird (vgl. RG SeuffArch 80, 165, 302). Die Tatsache, daß ein Handelsvertreter wesentlich zum Aufbau des Unternehmens beigetragen hat, müßte in diesem Fall zurücktreten, da er, wie bereits dargelegt, an dem wirtschaftlichen Erfolg oder Mißerfolg teilnimmt. Allerdings wäre dabei noch zu beachten, daß die Beklagte den neuen Handelsvertretervertrag, dessen Auswirkung sie später als ruinös betrachtete, zu einem Zeitpunkt abgeschlossen hat, in dem, wie sie selbst vorträgt (vgl. Schriftsatz vom 13. August 1956 S. 4 ff GA II 70 ff), die Firma T■■■■■■ bereits ein obsiegendes Urteil gegen sie erstritten hatte, durch das ihr der Gebrauch eines für diese Firma patentierten Schnürverschlusses untersagt wurde. War es der Beklagten bekannt oder für sie erkennbar, daß seitens der Konkurrenzfirma noch weitere Verfahren gegen sie oder ihre Kunden mit einem sich daraus zwangsläufig ergebenden Umsatzrückgang angestrengt würden, so hätte sie bei Abschluß des neuen Handelsvertretervertrages diesem Umstand durch Aufnahme eines entsprechenden Vorbehalts oder durch eine kürzere Befristung Rechnung tragen müssen. Mit dem vorbehaltlosen Abschluß eines derartig langfristigen Vertrages übernahm sie im gewissen Umfang das Risiko, das sich aus dem Vorgehen der Konkurrenzfirma für ihr Geschäft ergab. In diesem Fall dürfte sie bei einem Umsatzrückgang sich des von ihr übernommenen Risikos nicht ohne weiteres dadurch entledigen, daß sie durch sofortige Kündigung den langfristigen Vertrag mit der Klägerin auflöste. Es wäre ihr vielmehr zuzumuten gewesen, die weitere Entwicklung für einen gewissen Zeitraum abzuwarten. Das Berufungsgericht wird daher unter Eingehung auf die zwischen der Beklagten und der Firma T■■■■■■ entstandenen Streitigkeiten

dazu Stellung nehmen müssen, ob die Beklagte, wie die Klägerin zum Ausdruck gebracht hat (Schriftsatz vom 29. Juni 1956 S. 9 GA II 45), mit einer weiteren ungünstigen Auswirkung des Vorgehens der Konkurrenzfirma rechnete, oder ob sie, wie sie ausdrücklich vorgetragen hat (Schriftsatz vom 13. August 1956 S. 5 GA II 71), davon ausgehen konnte, daß Schwierigkeiten für den Verkauf ihrer Erzeugnisse nicht mehr zu erwarten waren.

Sollten sich unter diesem Gesichtspunkt gegen die fristlose Kündigung keine Bedenken ergeben, so wird das Berufungsgericht noch darauf eingehen müssen, ob die Beklagte sich nicht auf den Standpunkt hätte stellen müssen, daß infolge des Umsatzrückgangs der Vertrag nach Treu und Glauben den veränderten Verhältnissen - zumindest vorübergehend - durch Verminderung der Leistung der Beklagten anzupassen sei. Wenn die Parteien, die ein Fixum für Reise-spesen vereinbart haben, mindestens die Aufrechterhaltung des bei Vertragsschluß vorhandenen Umsatzes des Unternehmens zur Geschäftsgrundlage gemacht haben, so mußte ein wesentlicher Rückgang des Umsatzes und damit die Veränderung der Geschäftsgrundlage, soweit ein Festhalten an dem ursprünglichen Vertrag nicht mehr zumutbar war, zu einer Anpassung an die neue Sachlage führen (vgl. BGH LM § 242 (Bb) Nr. 18). Die Klägerin hat sich zwar geweigert, den Antrag der Beklagten auf Abänderung des Vertrages anzunehmen. Trotzdem wird das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang zu prüfen haben, ob es der Beklagten, wenn sie der Klägerin die Fortsetzung zu angemessenen Bedingungen angeboten hätte, und wenn die Beklagte die Weiterarbeit unter diesen Bedingungen verweigert hätte, nicht zuzumuten gewesen wäre, ihren Rechtsstandpunkt, daß sich das Vertragsverhältnis entsprechend geändert hätte oder zu ändern hätte, gegebenenfalls in einem anhängig zu machenden Rechts-

streit zu vertreten. Bei dieser Beurteilung wird es eine Rolle spielen, wie sich die aus einem solchen Vorgehen naturgemäß ergebende Unsicherheit auf die geschäftliche Lage des Betriebes ausgewirkt hätte, ob es insbesondere für die Beklagte tragbar gewesen wäre, es auf einen für sie immerhin ungewissen Ausgang eines Rechtsstreits ankommen zu lassen, der beim Obsiegen der Klägerin u.a. zu dem Ergebnis geführt hätte, daß die Klägerin als Bezirksvertreterin aus den inzwischen möglicherweise von einem anderen Vertreter abgeschlossenen Geschäften Provision hätte fordern können.

Wenn der Beklagten ein derartiges Vorgehen nicht zuzumuten war und sie auch das Risiko des Umsatzrückgangs infolge der Prozesse mit der Konkurrenzfirma nicht übernommen hat, so wäre allerdings eine fristlose Kündigung dann gerechtfertigt, wenn sich nach der Lage zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung die Entwicklung für die Beklagte bei verständiger Würdigung so dargestellt hätte, als würde eine Beibehaltung der Klägerin als Handelsvertreterin zu den vereinbarten Bedingungen zu dem geschäftlichen Ruin führen. Dazu wird noch darzulegen sein, wie in diesem Zeitpunkt die wirtschaftlichen Aussichten bei Berücksichtigung der anhängigen oder zu erwartenden Prozesse zu beurteilen waren. Es wird insbesondere wesentlich sein, wie die Beklagte sich die Wiederherstellung der Rentabilität ihres Betriebes durch Entlassung der Klägerin vorgestellt hat und wie sie in den nächsten Jahren wiederum einen Gewinn erzielt hat, da es sich um ein Unternehmen handelt, das offensichtlich auf Absatz durch Aufsuchen der Kunden angewiesen ist. Der Geschäftsinhaber braucht zwar, wie ausgeführt, nicht allein im Interesse des Handelsvertreters eine Tätigkeit fortsetzen zu lassen, die für ihn mit Verlust verbunden ist; es kommt aber darauf an, ob gerade die

Entlassung dieses Handelsvertreters die betrieblich notwendige Maßnahme zur Erzielung der Rentabilität war oder ob der Unternehmer nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen diesen Zweck erreichen konnte. In diesem Zusammenhang wäre wiederum zu berücksichtigen, daß, wie das Berufungsgericht bereits festgestellt hat, bei der Tüchtigkeit der Klägerin es erneut zu Abschlüssen von Geschäften und zu weiteren Einnahmen gekommen wäre. Ferner wäre hierbei auf die Behauptung der Klägerin einzugehen (Schriftsatz vom 14.2.1955 S. 2 GA I 273), der Umsatzrückgang im Jahre 1951 sei erst in den Monaten eingetreten, in denen sie auf Weisung der Beklagten ihre Reisetätigkeit habe einschränken müssen.

Das Urteil des Berufungsgerichts war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Haager Liesecke Dr.Reinicke