

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 151/82

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
4. Oktober 1984
W a l z
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Jürgen B[REDACTED], M[REDACTED]allee [REDACTED],
Br[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Firma C[REDACTED] & C[REDACTED] Bank für Absatzförderung KG,
vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter
Werner-Claus C[REDACTED] und Bernd C[REDACTED], Maria-T[REDACTED]-
Straße 7, Mü[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Juni 1982 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betreibt eine Teilzahlungsbank in Form einer Kommanditgesellschaft. Im Herbst 1975 kam es zu Gesprächen zwischen ihr und dem Beklagten, der als Kreditvermittler tätig war, sowie anderen Kreditvermittlern, um eine Zusammenarbeit zu vereinbaren. Der Beklagte wurde - ebenso wie zwei andere Kreditvermittler - Kommanditist der Klägerin mit einer Einlage von 100.000,-- DM. Die Parteien schlossen ferner einen "Vertrag über die Zusammenarbeit", in dessen § 1 a bestimmt war, daß der Beklagte mit den beiden anderen Kreditvermittlern der Klägerin die in den Unternehmen anfallenden Personaldarlehensanträge anbieten sollte, wobei die Verpflichtung bestehe, daß nach einer Anlaufzeit ab 1. 1. 1977 pro Kalenderjahr der Beklagte und die beiden anderen Kreditvermittler bzw. deren Unternehmen Umsätze von insgesamt 35 Mio. DM über die Bank laufen lassen sollten.

- 3 -

Der Vertrag sollte von der Klägerin mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt werden können, sofern der Beklagte und die beiden anderen Kreditvermittler ihren Verpflichtungen zur Vermittlung von Personaldarlehen in Höhe von 35 Mio. DM bis zum 31. 12. 1977 nicht nachkämen. Wenn der Umsatz erreicht werde, sollte die Vereinbarung von der Klägerin mit einer Frist von 12 Monaten aufgekündigt werden können.

Die Geschäfte wurden in der Folgezeit entsprechend den Parteivereinbarungen in der Weise abgewickelt, daß die Klägerin ihr angebotene Darlehensverträge durch andere Kreditinstitute refinanzieren ließ. Der Beklagte legte die vermittelten Darlehensanträge unmittelbar bei diesen Kreditinstituten vor, die die Kreditsumme dann über die Klägerin an die Kunden auszahlte.

Der Beklagte war im Verlaufe des Jahres 1976 Gesellschafter einer Absatz-Finanzierungs-Anstalt in Bremen geworden. Weder er allein noch die beiden Kreditvermittler erreichten in dem Jahr 1977 einen Umsatz von 35 Mio. DM. In einer Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 5. November 1977 kündigte er sowohl die Kommanditbeteiligung als auch den "Vertrag über die Zusammenarbeit" mit der Klägerin und begründete dies damit, er betreibe keine Kreditvermittlung mehr. Er stellte seine Tätigkeit für die Klägerin ein.

Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen der Nichtfortführung des Zusammenarbeitsvertrages, den der Beklagte frühestens zum Ende des Jahres 1978 habe kündigen können. Sie berechnet ihren Schaden - entgangenen Gewinn - mit



809.257,-- DM, wobei sie von einer Umsatzgarantie von 35 Mio. DM für die drei Kreditvermittler, also von 11.666.667,-- DM für den Beklagten ausgegangen ist. Auf den sich danach ergebenden Betrag von 809.257,-- DM hat sie einen Betrag von 158.019,67 DM - Rückzahlung Kommanditanteil und Gewinnanteile - angerechnet.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 651.237,33 DM nebst 8 % Zinsen daraus seit dem 10.12.1979 zu zahlen;
2. festzustellen, daß dem Beklagten gegen sie ein Anspruch von 1.344.884,30 DM nicht zustehe.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen;

im Wege der Widerklage hat er beantragt,

die Klägerin zur Zahlung von 158.019,67 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1.6.1978 auf 13.260,32 DM und nebst 8 % Zinsen seit dem 18.2.1980 auf 144.759,35 DM zu verurteilen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte stellt die Vereinbarung einer Umsatzgarantie in Abrede; die Parteien hätten nur vereinbart, einen Umsatz von 35 Mio. DM zu erzielen, ohne daß eine Verpflichtung bestanden habe, diesen Umsatz auch tatsächlich zu er-

reichen. Er hat weiter vorgetragen, es sei ihm ein weit höherer Schaden entstanden, den seine Steuerberaterin mit 1.344.884,30 DM errechnet habe. Die Klägerin sei nämlich ihren Verpflichtungen, für ausreichende Refinanzierungsmöglichkeiten zu sorgen, nicht nachgekommen. Er habe deshalb keine Darlehensverträge mehr zur Vermittlung weitergeben können und schließlich das Vertragsverhältnis aus diesem Grunde auch gekündigt.

Das Landgericht hat die auf Zahlung eines Schadensersatzes gerichtete Klage als unbegründet, die Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen. Der Widerklage auf Auszahlung des Kommanditanteils und der Gewinnanteile hat es stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Klägerin den Beklagten verurteilt, an diese als Schadensersatz 48.126,13 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 10. 12. 1979 zu zahlen. Es hat ferner festgestellt, daß dem Beklagten gegen die Klägerin ein Anspruch in Höhe von 1.344.884,30 DM nicht zustehe. Die Widerklage hat es abgewiesen.

Der Beklagte verfolgt mit der Revision den Antrag auf Abweisung der Leistungs- und der Feststellungsklage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat dem Zahlungsverlangen der Klägerin teilweise stattgegeben, weil der Beklagte die Verpflichtung zur Zusammenarbeit ab November 1977 bis zum Zeit-

punkt einer frühestmöglichen Kündigung im Dezember 1978 nicht mehr erfüllt und sich dadurch nach § 326 BGB Schadensersatzpflichtig gemacht habe. Es hat hierzu ausgeführt, die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen in Verbindung mit den durch die Beweisaufnahme vor dem Landgericht festgestellten Tatsachen ergebe zwar nicht, daß der Beklagte mit den beiden anderen Kommanditisten eine Verpflichtung eingegangen sei, einen Mindestumsatz zu erzielen und hierfür eine Garantie übernommen habe. Der Beklagte sei aber verpflichtet gewesen, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit der Klägerin zusammenzuarbeiten, indem er den Abschluß von Darlehen vermittelte. Eine Kündigung für den Zusammenarbeitsvertrag sei - entsprechend der Regelung im Gesellschaftsvertrag - erst zum 21.12.1978 möglich gewesen. Durch die Kündigung vom 5. November 1977 und die daran anschließende Untätigkeit habe der Beklagte die weitere Erfüllung der übernommenen Pflichten endgültig verweigert, so daß die Klägerin Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt des Verzugs verlangen könne. Zur Berechnung der Höhe des Schadens ist das Berufungsgericht von den Erlösen ausgegangen, die die Klägerin aus den über sie abgewickelten Umsätzen des Beklagten in der Zeit vom 1. Januar bis 7. November 1977 erzielte, und hat für die Zeit vom 1. November 1977 bis 31. Dezember 1978 einen entgangenen Gewinn auf dieser Grundlage in Höhe von 206.145,80 DM errechnet, von dem es den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag für die Kommanditeinlage und die Gewinnanteile abgezogen hat.

Für die Feststellungsklage hat das Berufungsgericht ein Rechtsschutzinteresse bejaht und ausgeführt, der Beklagte habe sich einer Forderung in dieser Höhe berühmt,

indem er bereits vor Klageerhebung habe erklären lassen, er behalte sich für den Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor. Außerdem habe er das Gutachten seiner Steuerberaterin zur Unterstützung des Klagabweisungsantrags vorgelegt, sich dessen Inhalt zu eigen gemacht und erklärt, daß er sich vorbehalte, die Widerklage um den in dem Gutachten errechneten Betrag von 1.344.884,30 DM zu erhöhen. Die Feststellungsklage sei auch begründet. Der Beklagte habe die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches gegen die Klägerin nicht dargetan, da er selbst die Auflösung der Vertragsbeziehungen zu vertreten habe.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision bleibt ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß den "Vertrag über die Zusammenarbeit" als eine dem Handelsvertreterrecht unterfallende Vereinbarung gewürdigt, die den Beklagten verpflichtet habe, bis zur Beendigung des Vertrages den Abschluß von Darlehensverträgen zu vermitteln. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß die Urkunden und Aussagen der im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen tatrichterlich gewürdigt; es konnte diesen entgegen der Auffassung der Revision ohne erneute Vernehmung der Zeugen in Übereinstimmung mit dem Landgericht entnehmen, eine Verpflichtung des Beklagten mit den übrigen Kommanditisten einen Umsatz von jährlich 35 Mio. DM zu erbringen, sei nicht vereinbart worden. Es konnte ferner - was das Landgericht offen gelassen hatte - aus dem

Beweisergebnis entnehmen, daß aber gleichwohl eine Verpflichtung des Beklagten bestanden habe, für die Klägerin als Kreditvermittler tätig zu sein.

2. Die Verletzung dieser Tätigkeitsverpflichtung des Beklagten durch die Einstellung der Tätigkeit für die Klägerin ab 7. November 1977 hat das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt des § 326 BGB gewürdigt. Auch hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Nach Auffassung der Revision ist die allgemeine Vorschrift des § 326 BGB nicht anwendbar, weil die Parteien in dem Vertrag der Klägerin ein Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt hätten, daß das Umsatzziel von 35 Mio. DM nicht erreicht werde; daraus folge, daß eine Schadensersatzverpflichtung auch für den hier allein in Rede stehenden Fall der vorzeitigen Beendigung der Vermittlungstätigkeit des Beklagten nicht vereinbart worden sei. Damit versucht die Revision - in der Revisionsinstanz ohne Erfolg - ihre eigene abweichende Vertragsauslegung und Beweiswürdigung anstelle der des Berufungsgerichts zu setzen. Die tatrichterliche Würdigung, daß der Vertrag die Frage eines Schadensersatzes für den vorliegenden Fall der Tätigkeitseinstellung durch den Beklagten überhaupt nicht angesprochen habe und daß diese Frage auch in den Vertragsverhandlungen nicht erörtert worden sei, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen; die Revision hat nicht aufzeigen können, daß das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung gegen Denkgesetze verstoßen oder die Beweise fehlerhaft gewürdigt hätte. Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auf die Rechtsbeziehungen der Parteien die allgemeinen Vorschriften angewandt hat, wonach im Falle einer schuldhaften Vertragsverletzung Schadensersatz zu

leisten ist. Die Parteien hätten, wenn sie die allgemeinen Vorschriften abbedingen wollten, das ausdrücklich oder konkludent tun müssen. Hierfür aber hat das Berufungsgericht keine Anhaltspunkte gefunden.

3. Die Begründung des der Klägerin zustehenden Schadensersatzanspruchs durch das Berufungsgericht aus § 326 BGB, daß der Beklagte mit der ihm obliegenden Verpflichtung, für die Klägerin tätig zu sein, nach seiner Kündigung und dem Einstellen seiner Tätigkeit in Verzug geraten sei, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen; der Beklagte hat die ihm nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung, Darlehensverträge zu vermitteln, nicht erfüllt. Nach § 326 Abs. 1 BGB setzt der Schadensersatzanspruch zwar voraus, daß die Klägerin den Beklagten zuvor zur Erfüllung seiner Pflicht mahnte und ihm eine Frist zur Leistung mit der Erklärung setzte, sie werde nach Ablauf der Frist die Leistung ablehnen. Nach Auffassung des Berufungsgerichtes hat es einer Fristsetzung aber im Streitfall nicht bedurft, da der Beklagte die Erfüllung der Verpflichtung endgültig und ernsthaft verweigert hatte. Zwar hat das Berufungsgericht hierzu ausdrücklich keine besonderen Feststellungen getroffen; derer bedurfte es hier aber auch nicht. Denn nach dem unstreitigen Tatbestand steht fest, daß die letzten Kreditvermittlungsanträge des Beklagten vom 2. November 1977 datieren. Es steht weiter fest, daß der Beklagte in seinem Kündigungsschreiben vom 7. November 1977 unter Bezugnahme auf die Gesellschafterversammlung vom 5. November 1977 erklärt hat, die Kündigung erfolge, da er keine Kreditvermittlung mehr betreibe. Das Berufungsgericht hat weiter darge-

legt, daß der Beklagte nach dem Bekanntwerden seiner Beteiligung an der Bremer Teilzahlungsbank bereits im Februar 1977 abgemahnt worden sei und daß er damals zugesagt habe, sich die Sach- und Rechtslage zu überlegen. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß es einer Fristsetzung nicht mehr bedurfte (vgl. BGH Urt. v. 19. September 1983 - VIII ZR 84/82, ZIP 1983, 1349). Auch die Revision vermag keine Gesichtspunkte aufzuzeigen, die belegen, daß der Beklagte trotz seiner Erklärung in der Gesellschafterversammlung und in seinem Schreiben vom 7. November 1977 bereit gewesen wäre, weiter für die Klägerin zu arbeiten, wenn sie ihm eine Frist gesetzt hätte.

4. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die Zusammenarbeit mit der Klägerin erst zum 31. Dezember 1978 aufkündigen können, mithin könne die Klägerin wegen der ausgebliebenen Tätigkeit bis zu diesem Zeitpunkt Schadensersatz verlangen, läßt entgegen der Auffassung der Revision einen Rechtsfehler nicht erkennen. Da in dem "Vertrag über die Zusammenarbeit" eine Kündigungsmöglichkeit für den Beklagten nicht vorgesehen war, hat das Berufungsgericht aus der engen zeitlichen und wirtschaftlichen Verbindung des Aufnahmevertrags in die Gesellschaft als Kommanditist gefolgert, daß die Kündigungsvorschriften des Gesellschaftsvertrages, die in diesem Vertrag in bezug genommen sind, maßgeblich sein sollten. Auch wenn die Tätigkeit des Beklagten für die Klägerin nach der Art eines Handelsvertreterverhältnisses ausgestaltet war, ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht angenommen hat, die Kündigungsfristen richteten sich im vorliegenden Fall nicht

nach § 89 HGB, sondern nach den im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Fristen, die für die weiteren Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich waren. Darauf, ob die Klägerin mit einem anderen Gesellschafter abweichende Vereinbarungen über die Inanspruchnahme auf Schadensersatz getroffen hatte, kommt es entgegen der Auffassung der Revision in diesem Zusammenhang nicht an; entscheidend ist, welche Kündigungsfristen die Parteien dieses Rechtsstreits vereinbart haben.

5. Für die Berechnung der Höhe des Schadens ist das Berufungsgericht von den von der Klägerin mitgeteilten Erträgen ausgegangen, die sie in der Zeit vom 1. Januar bis 2. November 1977 aus den Darlehensvermittlungen des Beklagten erzielt hatte. Zur Schätzung des Schadens aus der Beendigung der Tätigkeit des Beklagten hat es angenommen, daß dieser bei einer Fortdauer seiner Tätigkeit bis zum Dezember 1978 den gleichen Umsatz erzielt hätte, so daß die Klägerin einen Schaden in Höhe der früheren Erlöse erlitten habe.

Die Revision rügt insoweit, das Berufungsgericht habe bei der Schätzung des Schadens das Vorbringen des Beklagten übersehen, er habe den Vertrag im November 1977 deshalb gekündigt, weil die Klägerin nicht mehr in der Lage gewesen sei, die von ihm vermittelten Verträge zu refinanzieren. Auch diese Rüge ist jedoch nicht begründet. Das Berufungsgericht hat den vom Beklagten behaupteten Fortfall der Refinanzierungsmöglichkeiten nicht außer Betracht gelassen. Es hat vielmehr berücksichtigt, daß ab August 1977 im wesentlichen nur noch eine Bank als Refinanzierungsinstitut zur Verfügung stand; es hat aber weiter festgestellt,

daß der Beklagte seine Kündigung nicht damit begründet hatte, die Klägerin habe konkrete Refinanzierungsverpflichtungen nicht erfüllen können. Auch aus dem vom Beklagten selbst vorgelegten Schreiben des Refinanzierungsinstituts vom 10. August 1981 (Anlage 5 zum Schriftsatz vom 7.4.1982) ergibt sich nicht etwa, daß bei diesem Institut die Refinanzierungsgrenze von 6 Mio. DM damals erreicht gewesen wäre, es bestand vielmehr für die Bank kein Anlaß "Gespräche über eine Limitierung zu führen", da die Grenze noch nicht erreicht war. Auch nachdem das Berufungsgericht den Beklagten darauf hingewiesen hatte, daß es aus den fehlenden Refinanzierungsmöglichkeiten keine für ihn günstige Rechtsfolge ziehen wolle, hat der Beklagte sein Vorbringen in diesen Punkten nicht näher präzisiert.

III. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Feststellungsklage als begründet erachtet hat, halten den Angriffen der Revision ebenfalls stand. Daß das Gutachten der Steuerberaterin von einer falschen Prämisse ausgegangen sei, wie die Revision unter Hinweis auf das Urteil des Landgerichts vorträgt, und auf Hochrechnungen und Vermutungen beruhe, ist nicht geeignet, eine ernsthafte Berührung der Forderung, wie sie das Berufungsgericht gesehen hat, zu verneinen. Der Beklagte hat nämlich die Forderung, wie das Berufungsgericht im einzelnen begründet hat, nicht nur vorgerichtlich angekündigt, sondern er hat sie in den Rechtsstreit eingeführt, indem er sich auf das Gutachten und den dort mitgeteilten Sachverhalt und die Berechnungen berief. Insbesondere auch dem Verhalten des Beklagten nach Erhebung der Feststellungsklage war zu entnehmen, daß er den Anspruch wirklich durchzusetzen

gedenke, denn er hat zur Begründung des Antrags auf Abweisung der Feststellungsklage nur vortragen lassen, es sei der Klägerin zuzumuten, "bis zu einer eventuellen Erhebung einer Leistungsklage abzuwarten", und sich im übrigen wiederum auf den Inhalt des Gutachtens bezogen. Nach diesem Vorbringen konnte und durfte die Klägerin annehmen, der Beklagte wolle einen Schadensersatzanspruch gegen sie gegebenenfalls durchsetzen, denn der Beklagte hat nicht vorgetragen, er habe seinen bisherigen Standpunkt als Irrtum erkannt und ihn endgültig aufgegeben (BGH Urt. v. 7. März 1968 - II ZR 171/67, WM 1968, 762).

Das Berufungsgericht ist schließlich auch ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß der Beklagte nicht dargetan habe, daß die Klägerin in einer ihre vertragliche Verpflichtung verletzenden Weise Refinanzierungsmöglichkeiten nicht geschaffen habe. Der Beklagte hat auch, nachdem das Landgericht seinen Vortrag als Mutmaßung und auf unzutreffenden Grundlagen beruhende Hochrechnung bezeichnet hatte, und nachdem das Berufungsgericht in einem Aufklärungsbeschluß darauf hingewiesen hatte, die vom Beklagten behaupteten fehlenden Refinanzierungsmöglichkeiten seien für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung, nicht die Voraussetzungen näher dargelegt, unter denen ihm ein Schadensersatzanspruch in der behaupteten Höhe zustehen könne.

IV. Danach war die Revision des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Piper

Erdmann

Scholz-Hoppe

Mees