

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 10/70

URTEIL

Verkündet am
7. Juni 1971
Zug,
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma W. R. [REDACTED] KG, Rh. [REDACTED], vertreten durch
Frau Wilhelmine R. [REDACTED], Rh. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma Hermann C. [REDACTED], In- und Auslandstransporte,
Inhaber Kaufmann Hans-Günther T. [REDACTED], D. [REDACTED],
K. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Dezember 1969 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt in diesem Rechtsstreit Zahlung von Frachtforderungen; darüber ist im Revisionsverfahren nicht zu entscheiden.

Im Wege der Widerklage begehrt die Beklagte Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von DM 50 000. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Am 17. November 1967 schloß die Beklagte als Spediteur mit der

- 3 -

Firma Franjo B. als Frachtführer einen Beschäftigungsvertrag, der von dem Prokuristen der Klägerin mitunterzeichnet wurde. Gegenstand dieses Vertrages war im wesentlichen die Durchführung von In- und Auslands-transporten innerhalb Europas für die Beklagte. Nach Ziffer 6 des Vertrages verfiel in dem Fall, "in dem der Frachtführer diesen Vertrag ohne Einhaltung der Kündigungszeit nicht mehr einhält", innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsbruch eine Vertragsstrafe von DM 50 000. Nach Ziffer 15 begann der Vertrag am 1. Dezember 1967, lief für 5 Jahre und konnte vom Frachtführer mit einer Frist von 3 Monaten zum Monatsende gekündigt werden.

Die Klägerin kündigte den Vertrag mit Schreiben vom 27. März 1968 zum 31. März 1968. In diesem Schreiben heißt es u.a.:

"Hiermit bestätige ich die in der mündlichen Besprechung vom 25. März 1968 ausgesprochene Kündigung zum 31. März 1968. ... Die einzelnen Punkte, die zur Kündigung des obigen Vertrages geführt haben, habe ich Ihnen mündlich vorgetragen, so daß ich hierzu nicht mehr schriftlich Stellung zu nehmen brauche. Die Kündigung erfolgt nicht, um für andere Spediteure Aufträge durchzuführen, sondern weil ich den Speditionsbetrieb gänzlich einstelle." (GA 16 d).

Nach Ziffer 14 durfte der Frachtführer nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Spediteurs von dritter Seite Frachtaufträge für den zur Verfügung gestellten Lastzug annehmen.



16

In der Zeit vor der Kündigung führte die Klägerin einen Transport für eine dritte Firma durch, ohne die Beklagte zu benachrichtigen.

Nach der Auffassung der Beklagten ist die Vertragsstrafe sowohl wegen Nichteinhaltung der Kündigungszeit als auch wegen des nichtgenehmigten Transports für eine dritte Firma fällig geworden. Die Klägerin hatte, denn sie sei dem Vertrag mit der Firma B. begetreten (mit der sie eine neue Firma gründen wollte, ein Vorhaben, das unterblieb).

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, die Vertragsstrafe sei nicht verfallen, weil der Vertrag für die Ausführung von Fremdtransporten eine Vertragsstrafe nicht vorsehe, und die fristlose Kündigung berechtigt gewesen sei. Zur Kündigung führt sie aus, die Beklagte habe sie durch ungenügende Aufträge "austrocknen" und so die Verwirkung der Vertragsstrafe herbeiführen wollen. Überdies habe die Beklagte die ihr zustehenden Vergütungen entgegen den vertraglichen Abmachungen zu niedrig angesetzt und sie zu Unrecht als "vereinbarte Frachtpauschalen" bezeichnet; die Lastzüge hätten lange Standzeiten gehabt, schließlich habe die Beklagte die Frachten zu spät gezahlt. Die vorgesehenen Transporte nach Spanien hätten wegen nach Vertragsschluß zwischen Spanien und der Bundesrepublik getroffener Abmachungen nicht in dem vorgesehenen Maße durchgeführt werden können. Nach allem sei ihr nicht zuzumuten gewesen, die Kündigungsfrist einzuhalten. Die Beklagte habe die Kündigung widerspruchslos hingenommen und sie nicht etwa zur weiteren Vertragserfüllung aufgefordert.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen.

Das Oberlandesgerichts hat ihr stattgegeben.
Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag aus dem zweiten Rechtszug weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, die in dem Beschäftigungsvertrag vom 17. November 1967 in Ziffer 6 vorgesehene Vertragsstrafe sei verfallen, weil die Klägerin sich zu Unrecht von dem Vertrag ohne Einhaltung der Kündigungsfrist von 3 Monaten gelöst und die weitere Erfüllung des Vertrages endgültig verweigert habe. Ein Grund, der die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte, liege nicht vor.

Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB sei durch § 348 HGB im Streitfall ausgeschlossen. Es könne auch eine Herabsetzung nach § 242 BGB nicht in Betracht gezogen werden, weil von einer erheblichen, beiderseitigen und für die Vereinbarung der Höhe ursächlichen Überbewertung des Vertragsgegenstandes nicht gesprochen werden könne.

II. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreites an das Berufungsgericht.

16

1. Zwar ist entgegen der Auffassung der Revision die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne ein Recht zur fristlosen Kündigung nicht aus einem Zahlungsverzug der Beklagten herleiten, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht führt insoweit aus, zur Zeit der Kündigung (25./27. März 1968) sei die Beklagte mit einem Betrag von DM 2 777 kurzfristig in Verzug gewesen; aus diesem Umstand könne der Klägerin ein vorzeitiges Kündigungsrecht nicht zugbilligt werden. Demgegenüber meint die Revision, die Beklagte sei mindestens mit einem Betrag von DM 15 141,87 in Verzug gewesen, denn dieser Betrag sei bis zum 27. März 1968 von der Beklagten der Klägerin gutgeschrieben worden und habe daher sofort gezahlt werden müssen. Das ist nicht richtig. Die Klägerin selbst geht in der Klageschrift und in der Klageerweiterung davon aus, daß Zahlung der Beträge 1 Monat nach Gutschriftserteilung zu erfolgen habe. Das stimmt zwar nicht mit dem Wortlaut von Ziffer 13 des Beschäftigungsvertrages überein, der vorsieht, daß die dem Spediteur zugestellte Rechnung von diesem spätestens 4 Wochen nach Erhalt zu bezahlen sei, ist aber daraus zu erklären, daß die Klägerin der Beklagten ersichtlich keine Rechnungen erteilt hat und deshalb an die Stelle der Rechnungserteilung die Gutschrift getreten ist. Nur aus diesem Verfahren ist auch, worauf später noch einzugehen sein wird, der Vorwurf der Klägerin zu erklären, die ihr gezahlten Frachten seien nicht vereinbart, sondern einseitig von der Beklagten festgesetzt worden und sie habe immer erst nach Abschluß der Fahrten die Frachthöhe erfahren.

2. Dagegen ist die Begründung, mit der das Berufungsgericht ein außerordentliches Kündigungsrecht der Klägerin wegen vertragswidrig zu niedrig berechneter Frachten durch die Beklagte verneint, rechtlich zu beanstanden.

Das Berufungsgericht führt aus (BU 14/15), es sei zu berücksichtigen, daß die Klägerin das Recht gehabt habe, nach dem Nachtrag zu Ziffer 13 bei auftretenden Unstimmigkeiten weitere Transporte im Einzelfall abzulehnen, ferner sei die Beklagte bei unzulänglicher Auftragserteilung oder unzureichender Vergütung nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, der Ausführung einzelner Fremdaufträge zuzustimmen. Die Klägerin habe auch nicht den Versuch gemacht, mittels Zahlungsklage und Zahlungsbefehl ihr Recht zu suchen. Überdies hätte die Klägerin durch fristgemäße Kündigung sich lösen können. Eine nicht zureichende Honorierung sei kein Grund zur fristlosen Kündigung, weil die Klägerin diese drei Monate habe hinnehmen müssen.

Das Berufungsgericht läßt bei diesen Erwägungen außer Betracht, daß nach dem Vortrag der Klägerin vereinbart war, die Klägerin solle den mit den Kunden ausgehandelten Frachtbetrag abzüglich 8 % Spediteurprovision erhalten, daß sie aber in allen Fällen einen niedriger festgesetzten Betrag erhalten habe. Bestand eine Vereinbarung des von der Klägerin behaupteten Inhalts, dann war die Beklagte daran gebunden; ein fortlaufendes Zuwiderhandeln wäre ein

16

Grund zu fristloser Kündigung gewesen. Das Berufungsgericht hat auch nicht berücksichtigt, daß die Klägerin die Frachthöhe erst aus den Gutschriften erfuhr. Für sie bestand daher in diesem Zeitpunkt nicht mehr die Möglichkeit, die Fahrt abzulehnen. In diesem Zusammenhang hätte weiter beachtet werden müssen, daß die Klägerin bei Abschluß des Vertrages jedenfalls nach ihrem Vortrag keine Erfahrungen im Auslandsfrachtverkehr hatte, ihr daher nicht ohne weiteres ein kurzfristiges Stillhalten auf die Gutschriften zur Last gelegt werden kann, zumal wenn ihr nach ihrem insoweit unbestrittenen Vortrag die vereinbarten Frachten nicht bekannt waren.

Bedenken bestehen schließlich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin hätte vor einer Kündigung mit Zahlungsbefehl und Zahlungsklage gegen die Beklagte vorgehen müssen. Denn hat die Beklagte das Vertrauensverhältnis durch fortlaufende vertragswidrige Unterbezahlung gestört, dann ist die Fortsetzung dieses Vertragsverhältnisses der Klägerin nicht mehr zuzumuten.

3. Fehlsam ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts (BU 16), der Vertrag genieße schon auf Grund der vorgesehenen Dauer von fünf Jahren bei andererseits verhältnismäßig kurzer Kündigungsfrist der Klägerin besonderen Bestandsschutz, da der Beklagten zudem ein ordentliches Kündigungsrecht vertraglich nicht eingeräumt gewesen sei; es reiche zur Annahme eines wichtigen Grundes nicht schon aus, daß zur Zeit

der Kündigungserklärung das vertragliche Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bereits zerstört gewesen sei, zumal die Klägerin zu dieser Entwicklung durch die versteckte Ausführung des Fremdgeschäfts (Holland-Extra) sicher ebenfalls beigetragen habe.

Daß der Beklagten kein sog. ordentliches Kündigungsrecht vertraglich zugebilligt war, ist angesichts der von der Klägerin mit Rücksicht auf den Vertrag durchgeführten Investitionen verständlich; es ist aber weiter zu berücksichtigen, daß nach Ziff. 16 des Vertrages die Beklagte u.a. fristlos kündigen durfte bei "Unzuverlässigkeit und Unpünktlichkeit bei der Durchführung der übergebenen Aufträge" und weiter bei "Übernahme von Aufträgen auf eigene Rechnung ohne die nach dem Vertrag erforderliche Zustimmung des Spediteurs." Eine fortlaufende vertragswidrige Unterbezahlung ist bei Anlegung dieses Maßstabes mindestens als gleichwertige und damit zur fristlosen Kündigung berechtigende Vertragsverletzung der Beklagten zu behandeln.

4. Die Revision rügt auch mit Recht, daß das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Ernst rechtsfehlerhaft behandelt habe. Das Berufungsgericht führt hierzu aus (BU 20), der Inhaber der Beklagten solle (nach der Aussage des Zeugen E~~rnst~~) lediglich "erläutert" haben, daß die Klägerin wegen Durchführung eines Fremdgeschäfts eine Vertragsstrafe zahlen müsse, es aber noch wirkungsvoller wäre, wenn die Klägerin durch

Zurückhaltung der Beklagten in der Auftragserteilung zur Annahme weiterer Fremdaufträge veranlaßt werde. Durch diese Aussage sei aber ein von der Klägerin behauptetes "Austrocknen" bzw. "Aushungern" ihres Betriebes nicht nachgewiesen. Das Berufungsgericht unterstellt damit die Richtigkeit der Aussage. Dann aber war zu erörtern, ob nicht diese Zurückhaltung in der Erteilung von Aufträgen für sich allein schon ausreichte, ein vertragswidriges Verhalten der Beklagten anzunehmen, das die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigte. Denn der Vertrag hatte eine Vollbeschäftigung der der Beklagten zur ausschließlichen Verfügung gestellten Sattelschlepper und Auflieger zum Ziel, jedenfalls soweit die Beklagte im Rahmen des Möglichen und des Zumutbaren Aufträge erteilen konnte.

Auch wenn die Klägerin mit der Annahme des einen Fremdauftrages vertragswidrig gehandelt haben sollte, durfte die Beklagte nicht mit der Auftragsvergabe zurückhalten, sondern hatte die nach dem Vertrag vorgesehenen Möglichkeiten auszuschöpfen, d.h. nach Ziffer 16 d fristlos zu kündigen. Die Beklagte durfte aber erst recht nicht das Mittel der Auftragsbeschränkung einsetzen, um die Klägerin dadurch zu weiteren vertragswidrigen Fahrten zu veranlassen. Ein solches Verhalten verstieße in gröblicher Weise gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und würde der Klägerin ein Recht zur fristlosen Kündigung geben. Das Berufungsgericht hat mit seinen Erwägungen rechtsfehlerhaft auf den Begriff des "Austrocknens" oder

"Aushungerns" im Wortsinne abgestellt, wirtschaftlich gesehen war das von der Beklagten vorgesehene Verfahren mindestens ebenso gut geeignet, die Klägerin durch Verluste und Vertragsstrafen erheblich zu schädigen. Die vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffen einen wichtigen Grund zur Auflösung einer Gesellschaft (Betrieb 1966, 1725) und Fragen der Auflösung eines Mietvertrages (NJW 1969, 37) und sind nicht ohne weiteres auf den Streitfall zu übertragen. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Unterredung des Zeugen Ernst vor oder nach der Kündigung stattgefunden hat. Denn die vertraglichen Pflichten bestanden bis zum 31. März 1968.

5. Die Revision greift schließlich die Erwägungen an, mit denen das Berufungsgericht einen Einfluß des Scheiterns des Spaniengeschäfts auf die Vertragsbeziehungen verneint. Das Berufungsgericht führt insoweit aus (BU 13), unstreitig hätten die Parteien beabsichtigt, in besonderem Umfang Transporte nach Spanien durchzuführen. Das sei an den in spanisch-deutschen Verhandlungen festgelegten Transport-Beschränkungen gescheitert. Selbst wenn man in dieser Entwicklung rechtlich einen Wegfall der Geschäftsgrundlage erblicken wollte, so würde die Klägerin damit noch nicht zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen sein. Denn ein Festhalten am Vertrag bis zur Wirksamkeit einer nach Ziffer 15 des Vertrages fristgemäßen Kündigung sei für die Klägerin nicht unzumutbar gewesen. Dabei falle ins Gewicht, daß die Beklagte nach Treu und Glauben der Durchführung des

einen oder anderen Fremdauftrags ihre Zustimmung nicht hätte versagen dürfen, wenn die Klägerin darum gebeten hätte. Das Berufungsgericht erwägt dann im Zusammenhang mit ungenügenden Rückfrachten (BU 17) weiter, bereits aus der eigenen Aufstellung der Klägerin ergebe sich, daß das Spaniengeschäft (unter dem Gesichtspunkt zu langer Standzeiten und ungenügender Rückfrachten) noch nicht zu einer umfassenden Gefährdung der Interessen der Klägerin geführt habe. Im übrigen hätten die Schwierigkeiten wesentlich auf dem deutsch-spanischen Kontingentierungsabkommen beruht. Die Klägerin müsse sich entgegenhalten lassen, daß sie aus der nachteiligen Entwicklung des Spaniengeschäfts nicht schon zu gegebener Zeit Konsequenzen gezogen habe. Sobald der Klägerin die Risiken des Spaniengeschäfts erkennbar zu groß erschienen seien, hätte sie zumutbarerweise die ordentliche Kündigung erklären können.

Fehlsam ist der Versuch des Berufungsgerichts, die Klägerin mit der Erwägung am Vertrag festzuhalten, die Beklagte hätte ihre Zustimmung zu dem ein oder anderen Fremdauftrag nicht versagen dürfen. Es wäre vielmehr Sache der Beklagten gewesen, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren die Klägerin voll zu beschäftigen. Schließlich läßt das Berufungsgericht außer Betracht, daß vom Vertragsschluß Mitte November 1967 bis zur Kündigung Ende März 1968 keine fünf Monate vergangen waren, demnach nicht davon gesprochen werden kann, die Klägerin habe nicht schon zu gegebener Zeit die Konsequenzen gezogen (in dem vom Berufungsgericht herangezogenen Urteil des Bundesgerichtshofs LM Nr. 8 zu § 242 (Bc) BGB war die Berufung auf einen

wichtigen Grund versagt worden, der bereits 1955 bekannt war, 1956 zu einem neuen Vertrag geführt hatte). Vielmehr wäre ein fristloses Abgehen der Klägerin vom Vertrag unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt, wenn der Ausfall bzw. die geringere als vorgesehene Entwicklung des Spaniengeschäfts nicht durch eine Vollbeschäftigung der Klägerin durch andere Aufträge ausgeglichen werden konnte, die in entsprechendem Umfang der Klägerin von der Beklagten anzubieten waren. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnte der Klägerin nicht zugemutet werden, sich mit Aushilfsaufträgen über die Zeit von drei Monaten (der ordentlichen Kündigungsfrist) zu behelfen, wenn diese Aufträge nicht in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis dem vorgesehenen Spaniengeschäft im wesentlichen entsprachen.

III. Nach alledem war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war. Es sei noch auf folgendes hingewiesen: Die unter Ziffer II, 2 - 5 behandelten Umstände sind jeder für sich geeignet, die fristlose Kündigung der Klägerin zu rechtfertigen. Falls aber die Behauptungen der Klägerin bezüglich keines Kündigungsgrundes voll, sondern bezüglich der einzelnen Umstände nur zum Teil bewiesen werden sollten, dann wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob aus der Gesamtschau der bewiesenen Tatsachen der Klägerin ein Recht auf fristlose Kündigung zuzubilligen ist.

Das Berufungsgericht wird weiter zu prüfen haben, ob das Verlangen der Vertragsstrafe nicht schon deshalb gegen Treu und Glauben verstößt, weil die Beklagte nach dem Vortrag der Klägerin die fristlose Kündigung widerspruchslos hingenommen und der Klägerin nach der Kündigung keine Aufträge mehr erteilt hat, vielmehr stillschweigend den Ablauf des 31. März 1968 abgewartet und der Klägerin erst mit Schreiben vom 3. April 1968 den Verfall der Vertragsstrafe mitgeteilt hat. Es bedarf sorgfältiger Prüfung, ob nicht der von der Klägerin mehrfach vorgetragenen Auffassung zu folgen ist, daß die Beklagte, falls sie die Kündigung für unberechtigt hielt, sich dazu hätte äußern und die Klägerin zur weiteren Vertragserfüllung auffordern müssen. In diesem Zusammenhang erscheint auch die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin bedeutsam, sie würde die Kündigungsfrist in Kauf genommen haben, weil für den vorgesehenen Umbau der Kraftfahrzeuge lange Lieferzeiten bestanden hätten und die Zugmaschinen nicht anderweitig hätten eingesetzt werden sollen.

Die vom Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus zu Recht nicht behandelte Frage, ob die Vertragsstrafe auch wegen des nicht genehmigten Fremdgeschäfts verlangt werden kann, ist nach Auffassung des Senats zu verneinen. In Ziffer 6 des Vertrages sind enumerativ

die Fälle der Vertragsstrafe aufgeführt: Verletzung des Kundenschutzes und der Fall, daß der Frachtführer "diesen Vertrag ohne Einhaltung der Kündigungszeit nicht mehr einhält". Wegen der Verletzung von anderen Vertragspflichten ist eine Vertragsstrafe nicht vorgesehen, vielmehr kann nach Ziffer 16 d bei nichtgenehmigten Aufträgen von Dritten der Vertrag fristlos gekündigt werden.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Merkel

v. Gamm