

17

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 80/91

Verkündet am:
11. Februar 1993
Breskic
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Frau Helma K[REDACTED], Erich-Kl[REDACTED]-Straße [REDACTED], D[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

1. E[REDACTED] H[REDACTED] GmbH, Konrad-A[REDACTED]-Straße [REDACTED],
T[REDACTED],
2. F[REDACTED] KG, ebenda,
3. Klaus F[REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Piper und die Richter Dr. Teplitzky, Dr. Mees, Prof. Dr. Ullmann und Starck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Januar 1991 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Alleinerbin ihres Ehemannes Helmut Kr., der zusammen mit einem Ehepaar B. Gesellschafter und Geschäftsführer einer offenen Handelsgesellschaft (nachfolgend: oHG) war, die als Handelsvertreterin für die Beklagte zu 2 tätig war. Nach § 13 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags sollte für den Fall, daß Herr und/oder Frau B. nicht mehr arbeitsfähig sind, jedoch Herrn Kr. überleben, die Klägerin das Geschäft zur alleinigen Verwertung erhalten.

Der Ehemann der Klägerin, der in seinen letzten Lebensjahren Alkoholiker war und von seiner Ehefrau getrennt lebte, verstarb Anfang Februar 1988. Mit Schreiben vom 30. März 1988 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1, die seit ihrer Gründung im Jahr 1980 alle Provisionsabrechnungen gegenüber der oHG vornahm und dieser gegenüber auch im übrigen im Rahmen des Handelsvertreterverhältnisses tätig wurde, einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b HGB in Höhe von 61.097,11 DM geltend. Die Beklagte lehnte eine Zahlung ab.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Ausgleichsanspruch stehe ihr zu. Sie hat behauptet, für eine etwaige fristlose Kündigung des Handelsvertretervertrages hätten Gründe nicht vorgelegen. Ihr Ehemann sei bereits im Jahre 1987 geschäftsunfähig gewesen.



Die Beklagten haben unter näherer Angabe von nach ihrer Meinung hierzu berechtigenden Gründen behauptet, die Beklagte zu 1 habe am 6. November 1987 mündlich den Handelsvertretervertrag gegenüber dem Ehemann der Klägerin fristlos gekündigt, dieser habe die Kündigung auch angenommen. Mit Einschreiben vom 9. November 1987 an die oHG habe sie die Kündigung und die Zusage bestätigt. Um ihm eine neue Chance zu geben, habe sie ihm zugesagt, ab 1. Januar 1988 ein Probeverhältnis zu vereinbaren, hierfür habe der Ehemann der Klägerin auf Ausgleichsansprüche verzichtet. Am 8. Dezember 1987 sei der neue Vertrag geschlossen worden. Sie habe inzwischen ihren Geschäftsbetrieb eingestellt.

Die Klägerin hat den Zugang des Schreibens vom 9. November 1987 bei der oHG bestritten und behauptet, die Beklagte zu 1 habe ihren Geschäftsbetrieb zu einem guten Preis an einen Mitbewerber verkauft.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision, die nicht angenommen worden ist, soweit sie die gegen die Beklagten zu 2 und 3 gerichteten Ansprüche betrifft, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag gegen die Beklagte zu 1 weiter. Diese beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat - soweit für den Rechtsstreit noch von Interesse - ausgeführt: Die Klägerin sei zwar berechtigt, den Ausgleichsanspruch zu ihren eigenen Gunsten geltend zu machen, weil ihr nach § 13 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages das Recht zugestanden habe, das Vermögen der oHG, zu dem im Fall der Beendigung von Handelsvertreterverträgen auch Ausgleichsansprüche nach § 89 b HGB gehört hätten, für sich zu verwerten. Die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs durch Schreiben vom 30. März 1988 sei jedoch nach Ablauf der für den vorliegenden Handelsvertretervertrag noch maßgeblichen Dreimonatsfrist des § 89 b Abs. 4 HGB a.F. erfolgt, da das Handelsvertreterverhältnis bereits im November 1987 infolge Kündigung durch die Beklagte beendet worden sei. Jedenfalls durch ihr Schreiben vom 9. November 1987 an die oHG habe die Beklagte die erklärte Kündigung und deren Annahme durch den Ehemann der Klägerin unwidersprochen bestätigt, so daß nach den Regeln über die widerspruchslose Entgegennahme von Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr der Inhalt des Schreibens als Vertragsinhalt gelte. Auf die zwischen den Parteien umstrittene Frage der Geschäftsfähigkeit des Ehemanns der Klägerin komme es insoweit nicht an, da die oHG damals außer durch den Kläger noch durch eine Mitgesellschafterin vertreten worden sei, so daß es allein auf den Zugang des Schreibens ankomme. Diesen habe die Klägerin zwar in dem am 26. November 1990 eingegangenen Schriftsatz vom 19. November 1990 bestritten, jedoch sei dieses Bestreiten nicht zuzulassen, da es grob nachlässig erst kurz vor dem Verhandlungstermin vor dem Be-

rufungsgericht vorgetragen worden sei und infolge der bei Berücksichtigung des Vortrags eintretenden Notwendigkeit einer Beweiserhebung in einem weiteren Termin zur Verzögerung des Rechtsstreits führen würde.

In der Sache selbst stehe der Klägerin ein Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte nicht zu. Ein solcher entfalle nämlich, wenn der Unternehmer - ohne rechtsmißbräuchlich oder willkürlich gerade zu Lasten seines Handelsvertreters zu handeln - seinen Betrieb stillege oder seine Produktion aus sachlich vertretbaren Gründen einstelle. Unumstritten sei der Warenumsatz der Beklagten in den letzten Jahren zurückgegangen, die Parteien stritten lediglich über die hierfür maßgeblichen Gründe. Insoweit behaupte die Klägerin selbst, daß die Beklagte kein marktgängiges Sortiment mehr geführt, keine marktgängigen Preise mehr erhoben und auch keine marktgerechten Lieferbedingungen mehr gehabt habe, räume also einen sachlich vertretbaren Grund für eine Betriebs- und Produktionseinstellung ein. Die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe ihren Geschäftsbetrieb zu einem guten Preis an einen Mitbewerber verkauft, sei unsubstantiiert ins Blaue hinein erfolgt, so daß ihr nicht habe nachgegangen werden müssen.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand; auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen läßt sich die erfolgte Klageabweisung nicht rechtfertigen.

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin gemäß § 13 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages aktiv-legitimiert ist, weil die dort genannte Voraussetzung, daß einer der anderen Mitgesellschafter den Ehemann der Klägerin überlebt und selbst nicht mehr arbeitsfähig ist, vorgelegen habe. Das beanstandet die Revisionserwiderung mit der Rüge aus § 286 ZPO, die in Frage stehenden tatsächlichen Voraussetzungen seien im Tatbestand des Berufungsurteils nicht mitgeteilt und ergäben sich auch nicht aus der Akte. Ob dem beigetreten werden kann, bedarf im derzeitigen Verfahrensstadium keiner Entscheidung. Von der Annahme des Berufungsgerichts hat das Revisionsgericht schon deshalb auszugehen, weil auf die Revision der Klägerin zu deren Ungunsten nicht das Gegenteil festgestellt werden kann.

Gegen die rechtliche Folgerung des Berufungsgerichts, § 13 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages berechtige die Klägerin zur Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen zu ihren eigenen Gunsten, wendet sich die Revisionserwiderung mit der Rüge, es sei weder festgestellt noch vorgetragen, daß die Klägerin vor der erstmaligen Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs mit Schreiben vom 30. März 1988 die Annahme des Verwertungsrechts bezüglich des Geschäfts und damit der möglichen Ausgleichsansprüche erklärt habe. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Bei der Bestimmung des § 13 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages handelt es sich um einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten, hier der Klägerin, im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB, nach der diese das im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Recht unmittelbar erworben hat, ohne daß es insoweit einer Annahmeerklärung bedurfte (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 52. Aufl., Einf. vor § 328

Rdn. 6; § 328 Rdn. 10 a.E.). Darüber hinaus hat die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 30. März 1988 zum Ausdruck gebracht, daß sie von ihrem Zurückweisungsrecht nach § 333 BGB keinen Gebrauch machen wolle.

2. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs gegen die Beklagte mit dem Schreiben vom 30. März 1988 sei nach Ablauf der Ausschußfrist des § 89 b Abs. 4 HGB a.F. und damit verspätet erfolgt, weil das Handelsvertreterverhältnis zwischen der oHG und der Beklagten bereits im November 1987 beendet worden sei. Das wird von der gegebenen tatsächlichen Grundlage nicht getragen. Es steht lediglich fest, daß das Handelsvertreterverhältnis jedenfalls beendet ist, weil spätestens durch die Ausgleichsforderung mit dem Schreiben vom 30. März 1988 eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden ist. In diesem Fall wäre die Frist nicht versäumt. Nach den bisherigen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, daß es bereits im November 1987 zur wirksamen Beendigung des Handelsvertretervertrages gekommen ist.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit der nach der Behauptung der Beklagten am 6. November 1987 dem Ehemann der Klägerin gegenüber mündlich ausgesprochenen Kündigung verneint. Im genannten Zeitpunkt war der Ehemann der Klägerin nach deren Vortrag, von dem mangels anderer Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz auszugehen ist, nach § 104 Nr. 2 BGB infolge eines die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustands krankhafter Störung der Geistestätigkeit geschäftsunfähig. Demnach blieb

die ihm gegenüber erklärte Kündigung gemäß § 131 Abs. 1, § 164 Abs. 3 BGB ohne Rechtswirkung, da ein Geschäftsunfähiger auch nicht Passivvertreter sein kann.

b) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Handelsvertretervertrag durch das an die oHG gerichtete Einschreiben vom 9. November 1987 wirksam beendet worden ist.

Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht das Schreiben als der oHG zugegangen behandelt. Die Klägerin hatte dessen Zugang zwar in ihrem Schriftsatz vom 19. November 1990 bestritten, das Berufungsgericht hat diesen Vortrag jedoch nach § 528 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil er wegen des Erfordernisses einer Beweisaufnahme im Fall seiner Berücksichtigung den Rechtsstreit verzögert hätte und weil er infolge grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht worden sei. Diese Beurteilung greift die Revision ohne Erfolg an. Auf das in Rede stehende Schreiben hatten sich die Beklagten bereits in ihrer Klageerwiderung bezogen, es war ein zentraler Punkt des Rechtsstreits. Wenn die Klägerin zum Zugang des Schreibens gleichwohl nicht Stellung nahm und das auch auf die Berufungserwiderung hin unterließ, in der auf die Tatsache des Nichtbestreitens von den Beklagten ausdrücklich hingewiesen worden war, so kann die Würdigung des Berufungsgerichts, hierin liege eine grobe Nachlässigkeit, nicht beanstandet werden. Soweit die Revision eine eigene, hiervon abweichende Würdigung vornimmt, kann sie hiermit revisionsrechtlich nicht gehört werden. Auch die Tatsache, daß die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin umstritten war,

durfte diese nicht dazu veranlassen, die weiteren entscheidungserheblichen Fragen in ihrem Prozeßvortrag - wie geschehen - zu vernachlässigen.

Nicht beigetreten werden kann jedoch dem Berufungsgericht in der Annahme, mit dem in Rede stehenden Schreiben habe die Beklagte in der Form eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens eine einverständliche rechtsgeschäftliche sofortige Vertragsauflösung bewirkt. Wenn auch der Begriff "Vereinbarung" verwendet wird, so ergibt doch der Gesamttext der Anlage B 6 (GA I 94), daß es um den Ausspruch einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gegangen ist, für die ein "Anerkennen" durch den Vertragspartner rechtlich ohne Belang und nur ein Hinweis darauf ist, daß dieser sich gegen die Kündigungserklärung und die hierfür vorgebrachten Gründe nicht zur Wehr setzt. Muß demnach die übersandte "Vereinbarung" in diesem Sinn verstanden werden, so ist in ihr die Bestätigung der zuvor mündlich erfolgten Kündigungserklärung und damit der erneute Ausspruch der fristlosen Kündigung zu sehen.

Ob die so gegenüber der oHG schriftlich erklärte fristlose Kündigung auch rechtswirksam war, ob also ein wichtiger Grund tatsächlich vorlag, hat das Berufungsgericht - von seinem rechtlichen Standpunkt folgerichtig - bisher nicht geprüft.

3. Das Berufungsgericht hat auch das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs verneint, weil die Beklagte aus sachlich vertretbarem Grund ihre Produktion eingestellt und deshalb

keine erheblichen Vorteile mehr aus der Geschäftsverbindung mit Kunden der oHG gezogen habe (§ 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB). Dieser Beurteilung kann nicht beigetreten werden.

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, in welchem Zeitpunkt die Beklagte ihre Produktion und ihren Betrieb eingestellt hat. Die Beklagte hat hierzu nur allgemein vorgetragen und sich auf den von ihr vorgelegten Handelsregisterauszug bezogen, aus dem sich ergibt, daß sie seit dem 17. Juli 1989 aufgelöst ist. Muß demnach von diesem Zeitpunkt ausgegangen werden, so hat die Beklagte die Produktion und ihren Betrieb noch mehr als ein Jahr nach Beendigung des Handelsvertretervertrages fortgesetzt, so daß erhebliche Vorteile im Sinne von § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB nicht von vornherein verneint werden können.

Derartige Vorteile können im Fall der Betriebsveräußerung, wie sie hier vorliegt, auch darin begründet sein, daß für den Kundenstamm ein Entgelt erzielt wird (BGHZ 49, 39, 43; BGH NJW 1960, 1292; VersR 1985, 265). Auch hierzu fehlt es an Feststellungen durch das Berufungsgericht. Es ist in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, daß die Klägerin für die Veräußerung auch des Kundenstammes und den hierfür erzielten Erlös darlegungs- und beweispflichtig sei, der ihr danach obliegenden Vortragslast jedoch nicht entsprochen habe. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden.

Zwar trifft der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zu, daß der den Handelsvertreterausgleich einklagende Anspruchsteller - hier die Klägerin - die Voraussetzungen des Aus-

gleichsanspruchs, also alle Tatbestandselemente des § 89 b Abs. 1 HGB vortragen und gegebenenfalls beweisen muß. Jedoch streiten für die Klägerin Beweiserleichterungen, so daß erhöhte Anforderungen an den Vortrag der Beklagten zu stellen sind. So spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Beklagte, die über einen langen Zeitraum hinweg kontinuierlich Geschäfte mit von der oHG betreuten Kunden gemacht hat, auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages bis zum Juli 1989, dem Zeitpunkt, in dem sie ihre Produktion und ihren Betrieb eingestellt hat, weiterhin Vorteile aus dem Kundenstamm der oHG gezogen hat. Das ergibt sich vorliegend konkret schon aus der eigenen Darstellung der Beklagten. Diese hat - in anderem Zusammenhang - vorgetragen, daß die Kunden der oHG bereits vor Beendigung des Handelsvertretervertrages in großem Umfang Direktbestellungen getätigt hätten. Hiervon ist nach der Lebenserfahrung dann auch für die Zeit nach der Beendigung des Handelsvertretervertrages auszugehen. Gegenteiliges hat die Beklagte jedenfalls nicht vorgetragen. Demgemäß hätte es der Ermittlung der Vorteile der Beklagten durch die Bestellungen der von der oHG betreuten Kunden bedurft.

Auch im Fall der Betriebsveräußerung - wie sie hier gegeben ist - obliegt es dem Unternehmer, die hierfür maßgeblichen Gründe und die erhaltene Gegenleistung - jedenfalls soweit sie den Kundenstamm betrifft - darzulegen (vgl. Brügemann in Großkomm HGB, 4. Aufl., § 89 b Rdn. 118).

III. Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Piper

Teplitzky

Mees

Ullmann

Starck

⋮