Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

BGB §§ 127, 182

Die Zustimmung zur Vertragsübernahme ist weder eine Änderung noch eine Ergänzung des übernommenen Vertrages. Sie bedarf daher nicht der für Vertragsänderungen und -ergänzungen vereinbarten Form.

BGH, Urteil vom 18. Oktober 1995 - VIII ZR 149/94 - KG Berlin
LG Berlin

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 149/94

Verkündet am:
18. Oktober 1995
[redacted]
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 1995 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin zu 1 wird unter deren Zurückweisung im übrigen das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 4. Februar 1994 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin zu 1 und deren in zweiter Instanz erweiterte Klage hinsichtlich der erstrangigen Hilfsanträge zu 1 bis 4 und hinsichtlich des Hilfsantrags zu 5 zurückgewiesen worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

Mit Vertrag vom 8./16. Februar 1990 übertrug der damalige Intendant S. des Friedrichstadtpalastes in Ostberlin dem früheren Kläger zu 2 (künftig: Kläger), der unter der Etablissementbezeichnung "A. Agentur L." in Berlin (Schöneberg) gewerblich tätig war, das Recht, die Interessen des Friedrichstadtpalastes "im Medienbereich Film und Fernsehen, Gastspiele und aller Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten" in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin/West, Österreich und der Schweiz zu vertreten. Die Vergütung des Klägers bestand nach Nr. 11 des Vertrages in einer gestaffelten prozentualen Beteiligung an den Einnahmen des Friedrichstadtpalastes. Nrn. 14 und 15 des Vertrages bestimmen:

> "14.
> Dieser Vertrag hat eine Laufzeit von zunächst vier Jahren und kann vor Ablauf nicht gekündigt werden. Er verlängert sich automatisch um jeweils weitere zwei Jahre, wenn nicht einer der Vertragspartner diesen vier Monate vor Ablauf zum 1. Januar 1995 aufkündigt. Die Kündigung hat schriftlich zu erfolgen.
> Außerhalb dieser vereinbarten Kündigungsfristen ist eine Kündigung aus diesem Vertrag nur im gegenseitigen Einvernehmen möglich.
>
> 15.
> Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Mündliche Nebenabsprachen wurden keine getroffen.
>
> ..."

In einem Schreiben des Intendanten S. vom 31. Juli 1990 an den Kläger heißt es u.a.:

> "Ich komme hiermit auch Ihrem Wunsche nach, wonach Sie berechtigt sind, die vertraglich zugestandenen Rechte vorbehaltlos an Dritte zu übertragen, vorausgesetzt, daß die Übertragung der Sicherung und dem Fortbestand des Vertrages dient."

Unter dem 3. August 1990 schrieb der Intendant S. an den Kläger:

> "...
> Bei unserem letzten Gespräch haben Sie mir ausführlich Ihre Gründe bezüglich einer Option im Zusammenhang der vertraglichen Vereinbarung vom 8./16. Februar 1990 dargelegt.
>
> Ich habe Ihr Anliegen eingehend geprüft und kann Ihnen nunmehr bestätigen, daß Sie berechtigt sind, den Vertrag jederzeit um weitere 4 Jahre zu verlängern, ohne daß es hierzu einer erneuten Zustimmung von seiten des Friedrichstadtpalastes bedarf.
> Mit Zugang der Erklärung durch Sie oder Dritte verlängert sich das Vertragsverhältnis voll inhaltlich und ohne Einschränkung um den genannten Zeitraum. ... Selbstverständlich bezieht sich der Inhalt meines Schreibens vom 31.7.1990 auch auf den Zeitraum der Vertragsverlängerung, d.h. Sie können auch dieses Optionsrecht ohne Vorbehalt durch uns an Dritte übertragen, wobei ich davon ausgehe, daß Sie persönlich in die bisherige Tätigkeit miteingebunden bleiben."

Nach dem Beitritt der neuen Bundesländer zur Bundesrepublik Deutschland übernahm die Berliner Senatsverwaltung für kulturelle Angelegenheiten die Leitung des Friedrichstadtpalastes. Einer ihrer Mitarbeiter korrespondierte im Sommer 1991 mit dem Kläger über dessen Vorstellungen zu einer möglichen Privatisierung des Friedrichstadtpalastes. In diesem Zusammenhang wandte sich der Kläger mit einem Schreiben vom 19. August 1991 unter der Berufsbezeichnung "Unternehmensberater" vertraulich an einen potentiellen Investor und unterbreitete diesem - angeblich im Auftrag des Intendanten des Friedrichstadtpalastes - ein Privatisierungskonzept. Der Adressat des Schreibens äußerte gegenüber der Senatsverwaltung sein Befremden darüber, daß der Kläger Informationen über potentielle Investoren besaß.

Am 26. Juli 1991 traf der Kläger mit der Klägerin zu 1 (künftig: Klägerin), einer kurz zuvor gegründeten Gesellschaft Schweizer Rechts mit dem Geschäftszweck Erwerb, Verwaltung und Verwertung von Patenten, Lizenzen, Urheberrechten, Ausstrahlungs- und anderen Schutzrechten an Fernseh- und Rundfunkproduktionen, folgende Vereinbarung:

"1. Herr L. (= Kläger) tritt hiermit seine Rechte und Ansprüche aus seinem Vertrag mit dem Friedrichstadtpalast in 1040 Berlin, Friedrichstraße 107, vom 8.2.1990/16.2.1990 nebst Zusatzvereinbarungen an die A. (= Klägerin) ab. Abgetreten werden auch sämtliche noch nicht abgerechneten Vergütungsansprüche aus der Vergangenheit.

2. Die A. nimmt die Abtretung an und sorgt gemeinsam mit Herrn L. dafür, daß die Kontinuität im Vertragsverhältnis zum Friedrichstadtpalast gewahrt bleibt.

Die A. wird alles tun, damit Herr L. als deren Mitarbeiter die zur Vertragserfüllung des Vertrages von dem Friedrichstadtpalast erforderliche Unterstützung erfährt."

Am gleichen Tage unterrichtete der Kläger den Intendanten des Friedrichstadtpalastes von der Abtretung und erklärte hierzu, die Kontinuität im Vertragsverhältnis zum Friedrichstadtpalast bleibe gewahrt; er, der Kläger, werde die von ihm persönlich zu erbringenden Leistungen künftig als Mitarbeiter der Klägerin unverändert auch weiterhin erbringen. Der Intendant des Friedrichstadtpalastes leitete das Schreiben an die Senatsverwaltung für kulturelle Angelegenheiten des beklagten Landes weiter. Deren Justitiar kündigte nach kurzem Schriftwechsel das Vertragsverhältnis dem Kläger gegenüber mit Schreiben vom 10. September 1991 aus wichtigem Grund fristlos. Die Kündigung ist darauf gestützt, daß der Kläger durch den - mangels Zustimmung des Beklagten allerdings erfolglosen - Versuch der Abtretung sämtlicher vertraglichen Rechte an eine dem Beklagten unbekannte Schweizer Gesellschaft und durch sein Auftreten gegenüber einem potentiellen Investor das für eine weitere Zusammenarbeit unabdingbare Vertrauensverhältnis zerstört habe. Der Kläger widersprach der Kündigung und bezweifelte u.a. die Vertretungsmacht des Unterzeichners der Kündigungserklärung. Daraufhin wiederholte der Beklagte die Kündigung am 18. September 1991 unter Vorlage einer entsprechenden Vollmacht. Ferner sprach er mit Schreiben vom 13. November 1991 beiden Klägern gegenüber die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses wegen kurz zuvor aufge-

deckter angeblicher Unregelmäßigkeiten bei der Abgeltung von Dienstleistungen der Mitarbeiter des Friedrichstadtpalastes aus.

Die Kläger halten die Kündigungen für unwirksam. Sie haben von der dem Kläger mit dem Schreiben vom 3. August 1990 eingeräumten Option Gebrauch gemacht und in erster Instanz Schadensersatz wegen dem Kläger entgangener Vergütungen in Höhe von 525.657,09 DM für die Zeit von Mitte September 1991 bis einschließlich Dezember 1992 und in Höhe von 406.960,35 DM jährlich für die Jahre 1993 bis 1998, zahlbar jeweils am 15. Januar des Folgejahres, gefordert. Grundlage der Schadensberechnung sind die wegen ersparter Aufwendungen um 30 % gekürzten Durchschnittseinnahmen des Klägers aus der Zeit von Januar bis 10. September 1991.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die zwischen den Klägern vereinbarte Abtretung für unwirksam gehalten und die Auffassung vertreten, das Vertragsverhältnis mit dem Kläger sei durch die fristlose Kündigung im September 1991 beendet worden. Ferner hat er die Höhe des geltend gemachten Schadens bestritten und hilfsweise mit Gegenforderungen von insgesamt 34.061,06 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen haben beide Kläger Berufung eingelegt und die Klage in zweiter Instanz um Auskunfts- und unbezifferte Zahlungsansprüche sowie um Hilfsanträge erweitert.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten

1. zur Zahlung von 821.714,88 DM nebst Zinsen sowie weiterer 45.287,51 DM monatlich für die Zeit vom 15. Mai 1993 bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug jeweils zuzüglich Zinsen,

2. zur Auskunft über alle seit September 1991 abgeschlossenen Verträge und eingegangenen Anfragen von Vertragsinteressenten,

3. zur Zahlung eines nach Erteilung der Auskunft zu beziffernden Betrages unter Anrechnung der zu 1 eingeklagten Summe,

4. zur Zahlung von 2.594.372,30 DM abzüglich der zu 1 eingeklagten Summe in monatlichen Raten von 45.287,51 DM nebst Zinsen

zu verurteilen, und zwar in erster Linie zur Leistung an die Kläger als Gesamtgläubiger, hilfsweise an sie, die Klägerin, und weiter hilfsweise an den Kläger.

Hilfsweise zu Nr. 4 hat die Klägerin die Feststellung begehrt, daß das Vertragsverhältnis der Parteien nicht durch Kündigung seitens des Beklagten beendet und daß der Beklagte den Klägern als Gesamtgläubigern, hilfsweise ihr und weiter hilfsweise dem Kläger zum Ersatz allen Schadens verpflichtet sei, der durch die Ablehnung der Annahme von Leistungen nach dem Handelsvertretervertrag vom 8./16. Februar 1990 und durch die Vorenthaltung notwendiger Informationen und Hilfeleistungen entstanden sei und noch entstehe.

Mit dem Berufungsantrag zu 5 hat die Klägerin schließlich die Verurteilung des Beklagten zur Genehmigung der Übertragung der vertraglichen Rechte und Pflichten an die Klägerin hilfsweise für den Fall beantragt, daß es nach Auffassung des Berufungsgerichts an der etwa erforderlichen Zustimmung fehle.

Gleichlautende Anträge hat der Kläger gestellt, in erster Linie auf Leistung an die Klägerin, hilfsweise an ihn selbst und weiter hilfsweise an beide Kläger.

Der Beklagte ist der Berufung unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens und der dort erklärten Hilfsaufrechnung entgegengetreten. Das Kammergericht hat die Berufungen zurück- und die in zweiter Instanz erhobenen Klagen - in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils - abgewiesen. Diese Entscheidung haben beide Kläger mit der Revision angegriffen. Der erkennende Senat hat die Annahme der Revision des Klägers abgelehnt. Die Klägerin verfolgt mit der Revision ihr zweitinstanzliches Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Rechtsnatur des im Februar 1990 zwischen dem Intendanten des Friedrichstadtpalastes und dem Kläger geschlossenen Vertrages offengelassen, die beiderseitigen Rechte und Pflichten indessen nach Handelsvertreterrecht beurteilt und hierauf das Recht der Bundesrepublik Deutschland angewendet. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Vertragsverhältnis weist die wesentlichen Merkmale eines Handelsvertreterverhältnisses auf, dessen Gegenstand nach allgemeiner Ansicht Geschäfte jedweder Art sein können (z.B. Hopt, Handelsvertreterrecht, § 84 Rdnr. 26; Heymann/Sonnenschein, HGB, § 84 Rdnr. 22). Nach internationalem Privatrecht findet auf ein solches Rechtsverhältnis in Ermangelung einer anderweitigen Rechtswahl das am Sitz des Handelsvertreters geltende Recht Anwendung, weil dieser die für das Vertragsverhältnis "charakteristische Leistung" (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Abs. 1 EGBGB) erbringt (BGH, Urteil vom 12. Mai 1993 - VIII ZR 110/92 = WM 1993, 1755 unter B III 1 c bb m.w.Nachw.). Entsprechendes gilt nach dem interlokalen deutsch-deutschen Kollisionsrecht für Verträge, die vor dem Beitritt der neuen Bundesländer zwischen Partnern in beiden Teilen Deutschlands geschlossen worden sind (BGH, Urteil vom 17. November 1994 - III ZR 70/93 = WM 1995, 124, vorgesehen für BGHZ 128, 41 unter II 1 m.w.Nachw.). Nach den - im Revisionsverfahren nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts, das die Frage allerdings letztlich offengelassen hat, ist das Rechtsverhältnis der Parteien schließlich auch deswegen nach bundesdeutschem Recht

zu beurteilen, weil die Parteien im Prozeß nachträglich konkludent eine entsprechende Rechtswahl dadurch getroffen haben, daß sie seit Beginn des Rechtsstreits ihr Vorbringen stets auf Bestimmungen des bundesdeutschen Rechts gestützt haben (vgl. dazu BGHZ 119, 392, 396 m.w.Nachw.).

II. Der Klägerin können nach Lage des Falles Ansprüche gegen den Beklagten nur aus abgetretenem Recht zustehen. Das setzt neben der Wirksamkeit der Abtretung (dazu sogleich unter III) voraus, daß zwischen dem Kläger und dem damaligen Intendanten des Friedrichstadtpalastes ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist. Die hierzu nötige Vertretungsmacht des Intendanten und die Erteilung einer etwa erforderlichen Genehmigung hat das Berufungsgericht zugunsten des Klägers unterstellt. Die Revision macht sich diesen ihr günstigen Ausgangspunkt zu eigen, die Revisionserwiderung greift ihn nicht an. Für das Revisionsverfahren ist daher von einem wirksamen Vertragsschluß im Februar 1990 auszugehen.

III. Die Klägerin leitet die eingeklagten Ansprüche in erster Linie aus der Abtretungsvereinbarung her, die sie am 26. Juli 1991 mit dem Kläger getroffen hat. Diese Vereinbarung ist rechtlich als Vertragsübernahme zu qualifizieren, denn mit ihrem Abschluß sollte die Klägerin in vollem Umfang in die Vertragsposition des ausscheidenden Klägers eintreten und dieser fortan nur noch als ihr Mitarbeiter bei der Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Friedrichstadtpalast tätig sein.

1. Das Berufungsgericht hält diese Vertragsübernahme mangels formgültiger Zustimmung des Intendanten S. für unwirksam. Es hat dazu ausgeführt:

Eine Vertragsübernahme könne entweder durch dreiseitige Vereinbarung zwischen den alten Vertragsparteien und dem Übernehmer oder durch einen Vertrag zwischen dem ausscheidenden und dem eintretenden mit Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners vorgenommen werden. Im Streitfall komme nur die zuletzt genannte Variante unter vorab erteilter Einwilligung der verbleibenden Vertragspartei in Betracht. Für eine wirksame Einwilligung des Intendanten S. fehle es aber an der nach Nr. 15 des Vertrages erforderlichen, hier konstitutiv wirkenden Schriftform. Das Schreiben des Intendanten vom 31. Juli 1990 enthalte nur ein Angebot zur Ergänzung bzw. Änderung des Vertrages vom 8./16. Februar 1990, das der Kläger indessen nicht in einer weiteren Urkunde angenommen habe. Sein entsprechender Vortrag in der Berufungsverhandlung sei wegen Verstoßes gegen die prozessuale Wahrheitspflicht gemäß § 138 Abs. 1 ZPO unbeachtlich. Eine Beweiserhebung über das neue Vorbringen des Klägers hätte zudem die Erledigung des Rechtsstreits verzögert (§ 528 Abs. 2 ZPO); rechtzeitigen Vortrag habe der Kläger grob nachlässig unterlassen. Für die Annahme einer stillschweigenden Aufhebung der Schriftformvereinbarung sei im Hinblick auf das neue Vorbringen des Klägers kein Raum.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß eine Vertragsübernahme entweder durch dreiseitigen Vertrag oder durch Vereinbarung zwischen der ausscheidenden und der eintretenden Vertragspartei unter Zustimmung des anderen Teils vorgenommen werden kann (BGHZ 95, 88, 93 ff; 96, 302, 308).

b) Hier kommt, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, nur die zuletzt genannte Variante in Betracht. Eine entsprechende Vereinbarung haben der Kläger als die ausscheidende und die Klägerin als die eintretende Vertragspartei unter dem 26. Juli 1991 getroffen. Die Zustimmung der verbleibenden Vertragspartei hat der Intendant des Friedrichstadtpalastes mit seinem Schreiben vom 31. Juli 1990 - zulässigerweise im voraus (MünchKomm-Roth, 3. Aufl., § 398 Rdnr. 4; Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl., § 398 Rdnr. 38) - erteilt. Deren Wirksamkeit hängt, anders als das Berufungsgericht meint, nicht von der Wahrung der vereinbarten Schriftform ab. Nach Nr. 15 des Vertrages vom 8./16. Februar 1990 bedürfen Änderungen und Ergänzungen jenes Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Darum geht es hier indessen nicht. In der Zustimmung zu einer Vertragsübernahme liegt weder eine Änderung noch eine Ergänzung des übernommenen Vertrages. Die Zustimmung ist vielmehr eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit ihrem Zugang beim Erklärungsempfänger ohne dessen Mitwirkung wirksam wird. Einer Zustimmungsvereinbarung zwischen dem verbleibenden und dem ausscheidenden (oder dem eintretenden) Vertragspartner bedarf es, anders als das Berufungsgericht offenbar annimmt, nicht.

3. Die Abweisung der Klage kann daher keinen Bestand haben, soweit sie damit begründet worden ist, der Klägerin fehle mangels wirksamer Vertragsübernahme die Aktivlegitimation. Allerdings hat der Intendant S. einer Übertragung der dem Kläger vertraglich zustehenden Rechte auf Dritte nur unter der Voraussetzung vorab zugestimmt, daß die Übertragung der Sicherung und dem Fortbestand des Vertrages dient. Ob die Vertragsübernahme durch die Klägerin diese Voraussetzung erfüllt, ist zwischen den Parteien streitig. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht getroffen. Beim gegenwärtigen Verfahrensstand kann die Wirksamkeit der Vertragsübernahme daher nicht abschließend beurteilt werden. Die Sache war daher unter Aufhebung des Berufungsurteils an die Vorinstanz zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen nachgeholt werden können.

IV. 1. Führt die weitere Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Vertragsübernahme von der vorab erteilten Zustimmung des Intendanten S. gedeckt war, so gehen die fristlosen Kündigungen, die der Beklagte dem Kläger gegenüber ausgesprochen hat, ins Leere, weil der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr Vertragspartner des Beklagten war. Der Klägerin gegenüber hat der Beklagte allein mit dem Schreiben vom 13. November 1991 eine fristlose Kündigung des Vertrages ausgesprochen. Mit ihr hat sich das Berufungsgericht nicht befaßt, weil es die im September 1991 gegenüber dem Kläger ausgesprochene fristlose Kündigung für wirksam gehalten hat. Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls zu prüfen haben, ob das in dem

Kündigungsschreiben vom 13. November 1991 geschilderte Verhalten des Klägers einen wichtigen Grund zur Kündigung (§§ 89 a HGB, 626 BGB) im Verhältnis zur Klägerin darstellt.

2. Auf die vorangegangene fristlose Kündigung gegenüber dem Kläger kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits nur dann noch an, wenn das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung wiederum zur Unwirksamkeit der Vertragsübernahme gelangen sollte. In diesem Fall kann die Klägerin Ansprüche gegen den Beklagten nur aus der Abtretung vom 7. Dezember 1993 herleiten. Mit ihr hat der Kläger der Klägerin vorsorglich die Ansprüche noch einmal übertragen, die Gegenstand dieses Rechtsstreits sind. Der Umfang der abgetretenen Ansprüche hängt davon ab, ob das Vertragsverhältnis durch die fristlose Kündigung im September 1991 vorzeitig beendet worden ist.

a) Da der Vertrag vom 8./16. Februar 1990 für eine feste Laufzeit von zunächst vier Jahren geschlossen und die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung für die Dauer der vereinbarten Laufzeit ausdrücklich ausgeschlossen worden ist (Nr. 14), kommt allein eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund (§§ 89 a HGB, 626 BGB) in Betracht. Ob daneben § 627 BGB auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Friedrichstadtpalast Anwendung findet, bedarf keiner Entscheidung, denn auch das in dieser Vorschrift geregelte jederzeitige freie Kündigungsrecht ist als durch Nr. 14 des Vertrages ausgeschlossen anzusehen. Das folgt aus dem erheblichen wirtschaftlichen Interesse, das der Kläger an der Durchführung des Vertrages hatte

(vgl. BGH Urteil vom 13. Dezember 1990 - III ZR 333/89 = WM 1991, 604 unter III 3 = BGHR BGB § 627 Abs. 1 Namensverwertung 1). So hat es übrigens auch das Landgericht gesehen.

b) Bei der erneuten Prüfung, ob der Beklagte zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt war, wird das Berufungsgericht folgende Gesichtspunkte zu beachten haben:

aa) Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne des § 89 a Abs. 1 HGB liegt dann vor, wenn dem Kündigenden bei gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages bis zum vereinbarten Vertragsablauf oder zu dem durch ordentliche Kündigung herbeizuführenden Vertragsende mit Rücksicht auf die im Einzelfall vorliegenden besonderen Umstände sowie auf Wesen und Zweck eines Handelsvertretervertrages und die durch ihn begründeten Rechte und Pflichten beider Parteien nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (vgl. statt vieler Küstner/von Manteuffel, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Rdnr. 1706 m.zahlr.Nachw. aus Rechtsprechung und Schrifttum). Den Darlegungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, daß diese Voraussetzungen erfüllt wären.

bb) Nach Auffassung der Vorinstanz hat der Kläger "seine Vertragspflichten" in grober, die fristlose Kündigung rechtfertigender Weise dadurch verletzt, daß er versucht hat, seine Vertragsposition auf die Klägerin zu übertragen, ohne dafür eine formgültige vertragliche Zustimmung seines Vertragspartners in Händen zu haben. Diese Wertung vermengt die Frage der Wirksamkeit der Vertragsübernahme mit ihrer

Zulässigkeit und kann schon deswegen keinen Bestand haben, weil es - wie dargelegt (oben III 2) - zur Wirksamkeit der Vertragsübernahme einer Zustimmung in vertraglicher Form und der Wahrung der für Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen vereinbarten Schriftform nicht bedurfte. Davon abgesehen, ist nicht zu erkennen, welche Vertragspflichten der Kläger konkret verletzt haben soll. Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nichts dafür zu entnehmen, daß der Kläger mit der Übertragung seiner Vertragsstellung auf die Klägerin unlautere Ziele verfolgt oder in der Absicht gehandelt haben könnte, die durch den Vertrag begründete Rechtsposition seines bisherigen Vertragspartners zu schwächen. Der Kläger hat vielmehr ausdrücklich seine Bereitschaft erklärt, die von ihm persönlich geschuldeten Leistungen auch weiterhin - als Mitarbeiter der Klägerin - zu erbringen.

Gegen die Wertung als grobe Pflichtverletzung spricht schließlich, daß der Kläger sich zuvor des - wenn auch bedingten - Einverständnisses des damaligen Intendanten des Friedrichstadtpalastes mit der Übertragung seiner Vertragsposition auf einen Dritten vergewissert hatte. Den Ausführungen im Berufungsurteil zur Wahrung der Schriftform ist zu entnehmen, daß das Berufungsgericht die Wirksamkeit der Zustimmung des damaligen Intendanten S. zur Vertragsübernahme bejaht und damit zugleich eine (grobe) Vertragsverletzung des Klägers verneint hätte, wenn auf der Grundlage des Schreibens des Intendanten S. vom 31. Juli 1990 - etwa durch Rücksendung eines vom Kläger unterschriebenen Exemplars - eine formgültige Vertragsänderung zustande gekommen wäre. Das Berufungsgericht macht die

Einstufung des Verhaltens des Klägers als vertragsgerecht oder vertragswidrig mithin allein davon abhängig, ob der Kläger selbst seinen Beitrag zum Zustandekommen einer formgerechten Zustimmungsvereinbarung geleistet hat. Diese Auffassung wird dem Charakter der Zustimmung als einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärung nicht gerecht.

cc) Das Berufungsgericht wertet ferner zu Lasten des Klägers, daß er weder dem damaligen Intendanten des Friedrichstadtpalastes noch anderen Mitarbeitern dieser Einrichtung oder der zuständigen Senatsverwaltung rechtzeitig die Möglichkeit eingeräumt habe, bei der beabsichtigten Übertragung seiner Vertragsstellung auf die Klägerin mitzuentscheiden, er vielmehr vollendete Tatsachen habe schaffen wollen. Darin sieht das Berufungsgericht einen Verstoß des Klägers gegen die vertragliche Treuepflicht, denn sein Zusammenwirken mit der Klägerin habe bei dem Beklagten begründetes Mißtrauen an der Integrität des Klägers erweckt.

Auch diese Beanstandung ist nicht gerechtfertigt. Der Kläger war nicht gehalten, die beabsichtigte Übertragung seiner vertraglichen Position auf die Klägerin mit dem Beklagten oder mit Mitarbeitern des Friedrichstadtpalastes abzustimmen. Bei einer Vertragsübernahme ist das Recht des verbleibenden Vertragspartners, über die Person des Übernehmers mitzuentscheiden, dadurch gewährleistet, daß eine wirksame Vertragsübernahme von seiner Billigung - im Falle eines dreiseitigen Vertrages von seiner Mitwirkung beim Vertragsschluß, andernfalls von seiner Zustimmung - abhängt. Dieser Mitwirkungsmöglichkeit hat sich der Intendant des Friedrichstadtpalastes im Streitfall dadurch begeben,

daß er der Übertragung "an Dritte" im voraus ohne Einschränkung hinsichtlich der Person des Übernehmers zugestimmt hat, sofern nur Sicherung und Fortbestand des Vertrages gewährleistet seien. Bei dieser Sachlage ergab sich auch unter Berücksichtigung der einem Handelsvertreter obliegenden gesteigerten Treuepflicht keine Verpflichtung des Klägers, den Beklagten oder den Intendanten des Friedrichstadtpalastes an der Entscheidung über die Person des Übernehmers zu beteiligen. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen das Zusammenwirken der Kläger bei dem Beklagten "begründetes Mißtrauen an der Integrität des Klägers" erweckt haben soll.

dd) Das Berufungsgericht will in der Übertragung der Vertragsposition des Klägers auf die Klägerin deswegen eine grobe Mißachtung der rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen des Beklagten sehen, weil erheblich mehr und anders geartete Schwierigkeiten auftreten könnten, wenn eine ausländische Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz Vertragspartner sei, als bei gleicher Sachlage zu überwinden seien, wenn dies eine ortsansässige natürliche Person sei. Derartige Erwägungen mögen einem Vertragspartner Veranlassung geben, einer beabsichtigten Vertragsübernahme auf der Gegenseite die Zustimmung zu verweigern. Wird die Zustimmung indessen - wie im Streitfall - im voraus ohne Einschränkung erteilt, so geht es nicht an, die Ausnutzung des dem Vertragspartner auf diese Weise zugestandenen Spielraums zum Anlaß zu nehmen, das Vertragsverhältnis wegen Mißachtung rechtlicher und wirtschaftlicher Interessen zu kündigen, auf deren Wahrung die benachteiligte Vertragspartei selbst keinen Wert gelegt hat. Hiervon abgesehen, lassen die Erwä-

gungen des Berufungsgerichts nicht erkennen, welche andernfalls nicht zu erwartenden Schwierigkeiten dem Beklagten daraus entstehen sollen, daß sein Vertragspartner nunmehr eine Gesellschaft anstelle einer natürlichen Person ist. Soweit das Berufungsgericht darüber hinaus auf den Sitz der Klägerin im Ausland abhebt, übersieht es, daß auch der Kläger den Sitz seines Unternehmens in die Schweiz - ein Land seines Vertretungsbezirks - hätte verlegen können, ohne daß der Beklagte dies zum Anlaß einer fristlosen Kündigung hätte nehmen können.

Bei dieser Sachlage ist dem Kläger auch nicht anzulasten, daß er den gleichlautenden Einwänden nicht Rechnung getragen hat, die der Justitiar der Senatsverwaltung des Beklagten mit Schreiben vom 19. August 1991 nachträglich gegen die Vertragsübertragung auf die Klägerin geäußert hat.

ee) Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger die Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Beklagten schließlich dadurch endgültig zerstört, daß er sich im Sommer 1991 darum bemüht habe, im Zuge der von dem Beklagten beabsichtigten Privatisierung des Friedrichstadtpalastes allein oder gemeinsam mit anderen auf den privatisierten Friedrichstadtpalast Einfluß zu gewinnen. Bei einem Erfolg der Vertragsübertragung auf die Klägerin hätten, so das Berufungsgericht, allein die Belange des Klägers Berücksichtigung gefunden, während die Interessen des Beklagten über das im Vertragsrecht übliche Maß hinaus beeinträchtigt worden wären.

Diese Wertung ist ebenfalls nicht haltbar. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen auch hier nicht erkennen, welche konkreten Pflichten der Kläger bei seinem Streben nach einer Beteiligung an der künftigen Betreibergesellschaft verletzt und wodurch er die Interessen des Beklagten über das im Vertragsrecht übliche Maß hinaus beeinträchtigt haben soll. Es mag für einen Handelsvertreter ungewöhnlich sein, eine Beteiligung an dem Unternehmen anzustreben, für das er tätig ist. Eine Verletzung handelsvertreterrechtlicher Pflichten kann darin indessen grundsätzlich nicht erblickt werden. Erst recht kann hiervon dann keine Rede sein, wenn der Inhaber des Unternehmens beabsichtigt, dieses zu veräußern. In einer solchen Situation ist der an einem Erwerb interessierte Handelsvertreter nicht aufgrund seiner Stellung als Handelsvertreter gehindert, seine eigenen geschäftlichen Belange in den Vordergrund zu rücken. Seine handelsvertreterrechtliche Interessenwahrungspflicht beschränkt sich auf sein Aufgabengebiet als Absatzmittler; außerhalb dieses Bereichs darf er seinen geschäftlichen Interessen Vorrang vor denen seines Prinzipals einräumen.

ff) Auf die weitere fristlose Kündigung vom 13. November 1991 geht das Berufungsgericht nicht weiter ein. Feststellungen zu den darin erhobenen Vorwürfen gegen den Kläger fehlen. Sie vermögen daher beim gegenwärtigen Verfahrensstand die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht zu rechtfertigen.

3. War demnach die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den Beklagten in Ermangelung eines wichti-

gen Grundes unwirksam, so kann die Klägerin - im Falle wirksamer Vertragsübernahme aus eigenem, andernfalls aus abgetretenem Recht - die vereinbarte prozentuale Beteiligung an den Einnahmen des Friedrichstadtpalastes aus allen Geschäften fordern, die für das Vertragsgebiet (Nr. 1 des Vertrages vom 8./16. Februar 1990) in der Zeit von September 1991 bis zum vereinbarten Vertragsende (31. Dezember 1994) abgeschlossen worden sind. Bedenken bestehen allerdings gegen die Art und Weise der "Schadensberechnung"; eine "Trendberechnung" auf der Grundlage der bis zum 10. September 1991 erzielten Einnahmen ist hierzu weder geeignet noch erforderlich, denn die Klägerin kann den Umfang der ihr geschuldeten Provisionen unter Einsatz der in § 87 c HGB geregelten Hilfsansprüche exakt ermitteln.

Ob der Beklagte Provisionen nur für die Zeit bis zum ursprünglich vereinbarten Vertragsende oder darüber hinaus aufgrund der von den Klägern ausgeübten Option für weitere vier Jahre schuldet, hängt davon ab, ob der Intendant S. die für die Einräumung einer Verlängerungsoption nötige Vertretungsmacht besaß und ob das Optionsrecht formwirksam vereinbart worden ist. Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Seine Erwägungen zur Wahrung der Schriftform beschränken sich auf das Schreiben des Intendanten S. vom 31. Juli 1990, während von einem Optionsrecht allein in dem späteren Schreiben vom 3. August 1990 die Rede ist. Was das Berufungsgericht zur Wahrung der Schriftform im Hinblick auf das Schreiben vom 31. Juli 1990 ausgeführt hat, kann, muß aber nicht in gleicher Weise in bezug auf das Schreiben vom 3. August 1990 gelten. Darüber hinaus wird sich der Tatrichter mit der Frage zu befassen

haben, ob und wie sich ein etwa formwirksam vereinbartes Optionsrecht auf die ursprünglich vereinbarte Kündigungsmöglichkeit zum 31. Dezember 1994 ausgewirkt hat. Das könnte deshalb von Bedeutung sein, weil die unwirksamen fristlosen Kündigungen des Beklagten möglicherweise in eine ordentliche Kündigung zu diesem Termin umzudeuten sind (z.B. BGH, Urteil vom 20. Februar 1969 - VII ZR 101/87 = LM HGB § 89 a Nr. 9 unter II 4; Hopt aaO § 89 a Rdnr. 5 m.w.Nachw.)

4. Soweit es für die Aktivlegitimation der Klägerin auf die Abtretungserklärung vom 7. Dezember 1993 ankommen sollte, wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß nicht nur die mit den Berufungsanträgen zu 1 und 4 geltend gemachten Zahlungsansprüche an die Klägerin abgetreten sind, sondern daß dies gleichermaßen für die mit den Berufungsanträgen zu 2 und 3 im Wege der Stufenklage geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft und auf Zahlung eines nach deren Erteilung zu beziffernden Betrages gilt. Die Abtretungserklärung des Klägers bezieht sich nach ihrem Wortlaut ohne Einschränkung auf "die den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Ansprüche". Im Zeitpunkt ihrer Abgabe war die Stufenklage bereits erhoben. Die von den Prozeßbevollmächtigten der Kläger zu Protokoll des Berufungsgerichts abgegebene Erklärung, sie seien sich darüber einig, daß die Abtretung nur die Zahlungsansprüche betreffe, auf die die Revisionserwiderung hinweist, ist für die Bestimmung des Umfangs der Abtretung vom 7. Dezember 1993 ohne Bedeutung. Zwar geht der übereinstimmende Wille der Vertragschließenden dem Wortlaut der getroffenen Vereinbarung und jeder anderweitigen Auslegung vor (BGHZ 20, 109; 71, 75, 77 f und

ständig, zuletzt Urteil vom 9. März 1995 - III ZR 55/94 = WM 1995, 874 unter II 2 m.w.Nachw.). Ein vom Wortlaut abweichender übereinstimmender Wille der Parteien der Abtretungsvereinbarung vom 7. Dezember 1993 ist mit der protokollierten Erklärung der Prozeßbevollmächtigten der Kläger indessen nicht dargetan. Diese haben vielmehr lediglich ihre Deutung der Vereinbarung zu Protokoll gegeben. Die nachträgliche übereinstimmende (Fehl-)Interpretation einer Vereinbarung kann für deren Auslegung aber allenfalls dann Bedeutung gewinnen, wenn sie von den Vertragschließenden selbst vorgenommen wird.

V. Soweit die Klägerin mit den Berufungsanträgen zu 1 bis 4 in erster Linie Leistung an die Kläger als Gesamtgläubiger begehrt, ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Insoweit war die Klage mangels Schlüssigkeit abzuweisen, da Gläubigerin der eingeklagten Ansprüche allein die Klägerin ist. Das ergibt sich, wie dargelegt, für den Fall der Wirksamkeit der Vertragsübernahme aus dieser, andernfalls aus der Abtretung vom 7. Dezember 1993.

VI. Der Berufungsantrag zu 5 ist nur hilfsweise für den Fall gestellt, daß es an einer wirksamen Zustimmung zur

Vertragsübernahme durch die Klägerin fehlen sollte. Da diese Frage weiterer tatrichterlicher Klärung bedarf (oben III 3), ist eine abschließende Entscheidung über den Berufungsantrag zu 5 im gegenwärtigen Verfahrensstadium nicht möglich.

Wolf Dr. Zülch Dr. Hübsch

Ball Wiechers