

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 221/97

Verkündet am:
25. November 1998
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 89 a

Die außerordentliche Kündigung eines Handelsvertreterverhältnisses aus wichtigem Grund beendet, sofern sie nicht von dem Kündigenden mit einer Auslauffrist verbunden wird, das Vertragsverhältnis kraft Gesetzes mit sofortiger Wirkung.

BGH, Urteil vom 25. November 1998 - VIII ZR 221/97 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1998 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 17. Juni 1997 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und ihre Rechtsvorgängerin waren seit dem Jahre 1976 für die Beklagte als Handelsvertreter tätig. § 3 des Handelsvertretervertrages vom 20. August 1976 sieht vor, daß das Vertragsverhältnis am 1. Juli 1976 beginnt und sich nach einer zwölfmonatigen Einarbeitungszeit um jeweils zwei Jahre verlängert, sofern es nicht unter Beachtung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten gekündigt wird.

Mit Schreiben vom 29. Juni 1992 sprach die Beklagte die ordentliche Kündigung des Handelsvertretervertrages zum 31. Dezember 1992 aus. Die Klägerin widersprach dem und vertrat die Auffassung, eine ordentliche Kündigung sei erst zum 30. Juni 1993 möglich. Daraufhin kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 19. Oktober 1992 aus wichtigem Grund fristlos mit der Begründung, die Klägerin habe vertragswidrig Konkurrenzunternehmen der Beklagten vertreten. Die Klägerin bestritt diesen Vorwurf und kündigte nunmehr ihrerseits mit Schreiben vom 23. Oktober 1992 aus wichtigem Grund zum Jahresende 1992.

Mit Anwaltsschreiben vom 22. Dezember 1992 machte die Klägerin Provisionsansprüche geltend, welche die Beklagte zurückwies. Zugleich meldete sie für den Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch an. Mit der Klage begehrt die Klägerin zum einen Schadensersatz in Höhe von zuletzt 186.403,19 DM wegen entgangener Provisionen, die sie im Falle einer Fortsetzung ihrer Tätigkeit für die Beklagte im ersten Halbjahr 1993 unstreitig



verdient hätte, zum anderen Handelsvertreterausgleich in Höhe von 393.983,10 DM.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der geforderten Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Schadensersatzklage abgewiesen. Im übrigen ist die Berufung der Beklagten erfolglos geblieben. Gegen das Berufungsurteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Klägerin erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Das Vertragsverhältnis der Parteien sei durch die Kündigung der Beklagten vom 19. Oktober 1992 zum 31. Dezember 1992 beendet worden. Diese Kündigung sei zwar nach den Gesamtumständen des Falles nicht als Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne des § 89 a Abs. 1 HGB a.F. mit der Folge der sofortigen Beendigung des Vertragsverhältnisses begründet gewesen, habe jedoch als außerordentliche Kündigung das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1992 beendet.

Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlichen Beweisaufnahme stehe fest, daß die Klägerin in zwei Fällen zu branchengleichen oder branchennahen Konkurrentinnen der Beklag-

ten Vertragsbeziehungen angebahnt und aufgenommen sowie Geschäfte für diese beiden Firmen vermittelt habe. Die gleichzeitige Vertretung eines Konkurrenzunternehmens durch den Handelsvertreter stelle in aller Regel einen schweren Verstoß gegen die ihm obliegenden Treuepflichten dar und rechtfertige deshalb grundsätzlich die "sofortige Kündigung".

Auch in diesem Falle sei jedoch zu prüfen, ob der Kündigungsgrund so wichtig sei, daß dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vertraglich vorgesehenen oder durch ordentliche Kündigung herbeizuführenden Beendigungszeitpunkt nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden könne. Zu berücksichtigen seien hierbei sowohl das eigene Verhalten des Kündigenden als auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine "sofortige Kündigung" wegen vertragswidriger Tätigkeit des Handelsvertreters für einen Wettbewerber des Unternehmers komme dann nicht in Betracht, wenn die Interessen des Unternehmers nicht so schwerwiegend beeinträchtigt seien, daß ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zugemutet werden könne. So verhalte es sich hier.

Zum einen sei zwar zu berücksichtigen, daß die Tätigkeit der Klägerin für zwei Konkurrenzunternehmen, über die sie die Beklagte nicht unterrichtet habe, schon für sich geeignet gewesen sei, das Vertrauen der Beklagten in die Vertragstreue der Klägerin nachhaltig zu erschüttern, und daß diese Geschäftsbeziehungen auch bei kaufmännischer Betrachtung geeignet gewesen seien, die Interessen der Beklagten als Unternehmerin meßbar zu verletzen. Die der Be-

klagten erst im September/Okttober 1992 bekannt gewordenen Vertragsverstöße der Klägerin hätten daher insgesamt gesehen erhebliches Gewicht. Die Kündigung der Beklagten sei auch rechtzeitig erfolgt, eine vorherige Abmahnung der Beklagten nicht zumutbar gewesen.

Gleichwohl sei die Kündigung der Beklagten vom 19. Oktober 1992 nicht geeignet, das Vertragsverhältnis der Parteien mit sofortiger Wirkung zu beenden, ohne daß dies die außerordentliche Kündigung der Beklagten unwirksam mache. Nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles sei es auch denkbar, daß zwar ein wichtiger Grund zur Kündigung als gegeben anzusehen sei, es aber als dem Kündigenden zumutbar erscheine, diese Kündigung nicht mit sofortiger Wirkung auszusprechen, sondern zu einem späteren Termin, damit dem Gekündigten eine Übergangsfrist eingeräumt werde. In einem solchen Falle könne zwar aus § 89 a HGB gekündigt werden, aber nicht mit sofortiger Wirkung. Dies komme insbesondere dann in Betracht, wenn ein auf Zeit eingegangener Handelsvertretervertrag ohnehin in kurzer Zeit auslaufe oder zu einem Zeitpunkt, den abzuwarten dem Kündigenden zumutbar sei, ordentlich gekündigt werden könne. Auch bei der Kündigung aus wichtigem Grund seien die beiderseitigen Belange gegeneinander abzuwägen und dürften die Belange des Gekündigten nicht völlig außer acht gelassen werden. Werde in einem solchen Falle gleichwohl mit sofortiger Wirkung gekündigt, so entfalte diese Kündigung nicht sofort, sondern erst zu dem Zeitpunkt Wirksamkeit, der als nach Lage der Sache dem Kündigenden zumutbar erscheine.

So liege es hier. Der Beklagten sei es zumutbar gewesen, die zweieinhalb Monate bis zum 31. Dezember 1992 abzuwarten. Zwar wäre das Vertragsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1992 erst zum 30. Juni 1993 beendet worden. Ungeachtet ihrer gegenteiligen Rechtsauffassungen und Begründungen gingen aber beide Parteien übereinstimmend davon aus, daß die vertragsgemäße Tätigkeit der Klägerin für die Beklagte jedenfalls am 31. Dezember 1992 habe enden sollen. Auf diesen Zeitpunkt sei auch für die Beurteilung der Zumutbarkeit eines Abwartens der Beklagten abzustellen. Für diesen Zeitraum sei der Beklagten trotz des erheblichen Gewichts der Vertragsverstöße der Klägerin im Hinblick auf die langjährige vertrauensvolle und erfolgreiche Zusammenarbeit der Parteien die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zumutbar gewesen.

Für ein Zuwarten über den 31. Dezember 1992 hinaus fehle es hingegen an der Zumutbarkeit. Insoweit sei es nach der Vorstellung beider Parteien ohnehin nur noch um die Feststellung einer etwaigen Schadensersatzpflicht der Beklagten als Folge ihrer Kündigung vom 19. Oktober 1992 gegangen. Auch sei das schutzberechtigte Interesse der Klägerin im ersten Halbjahr 1993 geringer gewesen, weil ihr bewußt gewesen sei, daß sie sich endgültig von der Beklagten gelöst und einer anderen im Wettbewerb stehenden Firma zugewandt habe.

Da die außerordentliche Kündigung der Beklagten das Vertragsverhältnis mithin zum 31. Dezember 1992 beendet habe, komme ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen entgangener Provisionen für das erste Halbjahr 1993 schon

dem Grunde nach nicht in Betracht. Der geltend gemachte Ausgleichsanspruch stehe der Klägerin dagegen in voller Höhe zu, weil nach den Umständen des Einzelfalles ein Ausschluß nach § 89 b Abs. 3 HGB a.F. nicht gegeben sei und die Zahlung des Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände auch der Billigkeit entspreche.

Grundsätzlich schließe allerdings auch eine außerordentliche Kündigung mit Übergangsfrist den Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 3 HGB a.F. aus. Auch in diesem Falle gebiete aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung aller Umstände und insbesondere eine Prüfung der Billigkeit der Entscheidung im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB a.F., bei der neben Dauer, Erfolg und gegenseitigem Verständnis auch das besondere Gewicht der Kündigungsgründe, die Umstände der Beendigung des Vertragsverhältnisses und das hierbei gezeigte Verhalten der Parteien zu berücksichtigen seien. Die Abwägung dieser Umstände und die Berücksichtigung des kaufmännischen Anstandes ließen es geboten erscheinen, der Klägerin insgesamt dem Grunde nach einen Handelsvertreterausgleich zuzuerkennen, im Hinblick auf die Schwere der ihr vorzuwerfenden Vertragsverletzungen aber Abstriche bei der Berechnung des Rohausgleichs zu machen. Letztere wirkten sich freilich im Ergebnis nicht zum Nachteil der Klägerin aus, weil der Rohausgleich auch nach Abzug eines Billigkeitsabschlages von 30 %, den der Senat für angemessen halte, den Ausgleichshöchstbetrag nach § 89 b Abs. 2 HGB a.F. in der zwischen den Parteien unstreitigen Höhe von (342.594 DM zuzüglich 15 % MWSt =) 393.983,10 DM übersteige.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Mit Recht wenden sich die Revisionen beider Parteien gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die von der Beklagten am 19. Oktober 1992 ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund habe das Handelsvertreterverhältnis der Parteien zwar als außerordentliche Kündigung, aber erst zum 31. Dezember 1992 beendet.

a) Eine derartige Kündigung ist dem Handelsvertreterrecht fremd. Das Gesetz sieht neben der ordentlichen Kündigung (§ 89 HGB) und etwa ergänzend anwendbaren, hier indessen nicht einschlägigen dienstvertraglichen Kündigungstatbeständen (dazu näher Hopt, HGB, 29. Aufl., § 89 Rdnr. 6 f m.w.Nachw.) allein die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund vor, deren gesetzliche Rechtsfolge die Beendigung des Vertragsverhältnisses "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" ist (§ 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB). Dies hindert den Kündigenden freilich nicht, dem Kündigungsgegner mit dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund eine Auslaufrist einzuräumen und dadurch die Kündigungsfolge der Vertragsbeendigung auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt hinauszuschieben (Hopt, aaO, § 89 a Rdnr. 4, 33; MünchKomm-HGB/ von Hoyningen-Huene, § 89 a Rdnr. 76; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 89 a Rdnr. 32). Das ist hier indessen nicht geschehen. Ist aber eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund von dem Kündigenden nicht mit der Bestimmung einer Auslaufrist verbunden worden, so führt sie kraft Gesetzes stets zur sofortigen Beendigung des Vertragsverhält-

nisses, sofern sie wirksam erklärt und ein wichtiger Grund im Sinne des § 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB gegeben ist.

b) Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung ist es auch den Gerichten verwehrt, eine außerordentliche Kündigung gleichsam nachträglich mit einer Auslauffrist zu versehen und dadurch die Beendigung des Vertragsverhältnisses auf einen Zeitpunkt hinauszuschieben, der "als nach Lage der Sache dem Kündigenden zumutbar erscheint". Die gegenteilige Auffassung Schröders (Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl., § 89 a Rdnr. 7 a), der das Berufungsgericht sich angeschlossen hat, führt zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit über den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung in Fällen der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. Für eine solche "Abmilderung" der Folgen einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund besteht auch kein praktisches Bedürfnis. Bei den Fallgestaltungen, für die Schröder (aaO) eine solche Lösung befürwortet, fehlt es schon an den Voraussetzungen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB. Denn ein solcher setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade voraus, daß es dem Kündigenden nicht zumutbar ist, das Vertragsverhältnis bis zu seinem Ablauf oder auch nur bis zu dem Zeitpunkt fortzusetzen, zu welchem es durch ordentliche Kündigung beendet werden kann (z.B. Urteile vom 14. April 1983 - I ZR 37/81 = WM 1983, 820 unter II 2 und vom 7. Juli 1988 - I ZR 78/87 = ZIP 1988, 1389 unter II 1, jew. m.w.Nachw.). Die Zumutbarkeitserwägungen, die das Berufungsgericht, der Auffassung Schröders folgend, auf der Rechtsfolgenseite einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund anstellt,

sind also bereits in die Prüfung der Kündigungsvoraussetzungen - des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung - einzubeziehen. Zeitlicher Bezugspunkt für diese Zumutbarkeitsprüfung ist aus Gründen der Rechtssicherheit allein der Zeitpunkt, zu dem der Vertrag ausläuft oder durch ordentliche Kündigung beendet werden kann. Ist dem Kündigenden trotz eines vertragswidrigen Verhaltens seines Vertragspartners unter Berücksichtigung aller Umstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zu diesem Zeitpunkt noch zumutbar, so fehlt es an einem wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung mit der Folge, daß eine gleichwohl ausgesprochene außerordentliche Kündigung möglicherweise in eine ordentliche Kündigung umzudeuten ist. Ist die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung bis zu dem maßgeblichen Zeitpunkt dagegen zu verneinen, so beendet die außerordentliche Kündigung das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Die vom Berufungsgericht erörterte Frage, ob dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für eine kürzere Zeitspanne (hier: bis zum 31. Dezember 1992) als bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung (hier: bis zum 30. Juni 1993) zumutbar wäre, stellt sich nach dem Gesetz nicht.

c) Das Berufungsgericht vermag seine abweichende Auffassung auch nicht auf die von ihm angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu stützen. Den Urteilen vom 27. Mai 1974 (VII ZR 16/73 = WM 1974, 867) und vom 30. Januar 1986 (I ZR 185/83 = NJW 1986, 1931) lagen Fallgestaltungen zugrunde, bei denen es jeweils an einem wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung fehlte. In der

Entscheidung vom 3. Juli 1986 (I ZR 171/84 = NJW 1987, 57) geht es um die Frage, innerhalb welcher Frist die außerordentliche Kündigung eines Handelsvertretervertrages aus wichtigem Grund ausgesprochen werden muß. Auch die Entscheidung vom 11. Oktober 1990 (I ZR 32/89 = WM 1991, 196) befaßt sich nicht damit, zu welchem Zeitpunkt eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB das Handelsvertreterverhältnis beendet.

2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung läßt sich der Schadensersatzanspruch wegen entgangener Provisionseinnahmen im ersten Halbjahr 1993 nicht verneinen, den die Klägerin mit ihrer Revision weiterverfolgt. Die Berechtigung dieses Anspruchs entscheidet sich danach, zu welchem Zeitpunkt und wodurch das Handelsvertreterverhältnis der Parteien sein Ende gefunden hat. Diese Frage läßt sich auf der Grundlage der bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

a) Falls die von der Beklagten am 19. Oktober 1992 ausgesprochene Kündigung als außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne des § 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB wirksam war, kommen Schadensersatzansprüche der Klägerin für den Zeitraum nach dem Wirksamwerden dieser Kündigung von vornherein nicht in Betracht. Sollte die Kündigung der Beklagten dagegen in Ermangelung eines wichtigen Grundes in dem oben dargelegten Sinne nicht als außerordentliche Kündigung wirksam gewesen sein, so könnte das Vertragsverhältnis durch die anschließend von der Klägerin - mit einer Auslauffrist bis zum 31. Dezember 1992 - ausgesprochene außerordentliche Kündigung vom 23. Oktober 1992 beendet wor-

den sein. Denn die unberechtigte fristlose Kündigung des einen Vertragsteils kann für den anderen Teil ein wichtiger Grund sein, das Vertragsverhältnis nunmehr seinerseits durch außerordentliche Kündigung zu beenden (z.B. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1990 aaO unter I 1). Falls die Kündigung der Klägerin hiernach als außerordentliche Kündigung wirksam war, schuldet die Beklagte ihr nach § 89 a Abs. 2 HGB Ersatz des Kündigungsschadens, der die entgangenen Provisionen umfaßt, welche die Klägerin bis zum 30. Juni 1993 verdient hätte. Die Entscheidung über die Schadensersatzklage hängt mithin davon ab, ob die vom Berufungsgericht festgestellte Konkurrenztaetigkeit der Klägerin einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Handelsvertreterverhältnisses durch die Beklagte darstellte.

b) Dies läßt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen.

aa) Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß die Klägerin durch ihre Vermittlungstaetigkeit für die Firmen B. und E & L in erheblichem Maße gegen ihre Treuepflicht verstoßen hat und daß dieses Verhalten geeignet war, das Vertrauen der Beklagten in die Vertragstreue der Klägerin nachhaltig zu erschüttern und die Interessen der Beklagten als Unternehmerin meßbar zu verletzen. Diese Wertung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß die gleichzeitige Vertretung eines Konkurrenzunternehmens durch den Handelsvertreter in aller Regel einen schweren Verstoß gegen die ihm obliegenden Treuepflichten darstellt und deshalb grundsätzlich die außerordentliche Kündigung des Handelsvertretervertrages rechtfertigt (BGHZ 42, 59, 61; Urteile vom 3. Juli 1986 - I ZR 171/84 = WM 1986,

1413 und vom 17. Oktober 1991 - I ZR 248/89 = WM 1992, 311, jeweils unter II 1). Inwieweit die von der Klägerin hiergegen gerichteten Revisionsangriffe, die durchweg auf tatsächlichem Gebiet liegen, berechtigt sind, bedarf im gegenwärtigen Verfahrensstadium keiner abschließenden Entscheidung.

bb) Es fehlt nämlich jedenfalls an der erforderlichen tatrichterlichen Würdigung, ob es der Beklagten trotz der Vertragsverstöße der Klägerin ausnahmsweise zumutbar war, das Vertragsverhältnis bis zum 30. Juni 1993, dem Ablauf der Frist zur ordentlichen Kündigung desselben, fortzusetzen. Das Berufungsgericht hat diese Frage zwar unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob der Beklagten über den 31. Dezember 1992 hinaus ein "Zuwarten mit der Wirksamkeit ihrer Kündigung" zumutbar war, und die Frage verneint. Damit ist indessen die Zumutbarkeitsfrage nicht beantwortet, die sich im Rahmen der notwendigen umfassenden Abwägung bei der Prüfung eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB stellt. Das Berufungsgericht legt seiner Beurteilung der Zumutbarkeit eines längeren Zuwartens der Beklagten zudem Umstände zugrunde, die erst nach dem Ausspruch ihrer außerordentlichen Kündigung vom 19. Oktober 1992, zum Teil erst während des ersten Halbjahres 1993, eingetreten sind. Darauf kommt es für die Frage der Zumutbarkeit bei der Feststellung eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung nicht an. Diese Prüfung muß sich vielmehr auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung beziehen und kann demzufolge nur solche Umstände einbeziehen, die dem Kündigenden zu diesem Zeitpunkt bekannt oder wenigstens für ihn

vorhersehbar waren. Eine Zumutbarkeitsprüfung für den maßgeblichen Zeitpunkt und auf der ihm entsprechenden Tatsachengrundlage hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen.

Für die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses kann auch nicht auf einen früheren Zeitpunkt als den Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung, den 30. Juni 1993, abgestellt werden. Das Berufungsgericht nimmt zwar an, die Parteien seien übereinstimmend davon ausgegangen, daß "die vertragsgemäße Tätigkeit der Klägerin für die Beklagte" jedenfalls am 31. Dezember 1992 habe enden sollen. Eine einvernehmliche Vertragsaufhebung zum 31. Dezember 1992 hat es jedoch nicht festgestellt.

3. Vom Vorliegen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung der Beklagten hängt auch die Entscheidung über den Ausgleichsanspruch der Klägerin ab.

a) Für den Ausschlußtatbestand des § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB - für den Streitfall noch in der alten Fassung des § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB, die sich indessen inhaltlich von der Neufassung nicht unterscheidet - kommt es allerdings nicht darauf an, ob die Kündigung der Beklagten sofort oder erst nach Ablauf einer Übergangsfrist zur Beendigung des Vertragsverhältnisses geführt hat. Auch der Ausschlußtatbestand des § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB setzt aber unter anderem das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung voraus. Der Begriff deckt sich inhaltlich mit dem des wichtigen Grundes im Sinne des § 89 a Abs. 1 HGB (BGH, Urteil vom 21. März 1985 - I ZR 177/82 = WM 1985, 982 unter II 1 m.w.Nachw.).

b) Feststellungen zum Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung wegen schuldhaften Verhaltens der Klägerin erübrigen sich nicht deswegen, weil der Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, aus Gründen der Billigkeit und der Verhältnismäßigkeit ein Ausgleich auch dann zustünde, wenn der Ausschußtatbestand des § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB erfüllt sein sollte. Das Berufungsgericht vermengt in unzulässiger Weise Gesichtspunkte der Billigkeitsprüfung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB mit solchen des Ausschußtatbestandes nach § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB. Zwischen beiden besteht zwar insofern ein Zusammenhang, als Vertragsverstöße, die nicht die Intensität eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung erreichen, zu einem Billigkeitsabzug nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB führen können (z.B. BGH, Urteil vom 27. Februar 1981 - I ZR 39/79 = WM 1981, 817 unter II 2 m.w.Nachw.). Liegt der Kündigung des Unternehmers dagegen ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters zugrunde, so ist der Ausgleichsanspruch ausgeschlossen, ohne daß diese gesetzliche Rechtsfolge durch Billigkeits- oder Verhältnismäßigkeitserwägungen "korrigiert" werden kann. Die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführten Umstände sind auch hier bereits in die Prüfung der Voraussetzungen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung einzubeziehen (BGH, Urteil vom 21. Mai 1975 - I ZR 141/74 = WM 1975, 856 unter I m.w.Nachw.). Dies wird das Berufungsgericht nachzuholen haben.

III. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da es hierzu einer erneuten tatrichterlichen Wür-

digung des festgestellten Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung im Sinne der §§ 89 a Abs. 1 Satz 1, 89 b Abs. 3 Satz 2 a.F. HGB bedarf. Die Sache war daher unter Aufhebung des Berufungsurteils an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch der Klägerin erneut bejaht, ist vorsorglich darauf hinzuweisen, daß seine Ausführungen zum Billigkeitsabzug im Hinblick auf die unerlaubte Konkurrenztätigkeit der Klägerin entgegen der Auffassung der Beklagten aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sind.

Das Berufungsgericht berücksichtigt den Billigkeitsabzug in Höhe von 30 %, den die Revision der Beklagten der Höhe nach gelten läßt, schon bei der Berechnung des Rohausgleichsbetrages nach § 89 b Abs. 1 HGB und hat nicht einen entsprechenden Abzug vom Ausgleichshöchstbetrag nach § 89 b Abs. 2 HGB vorgenommen. Diese Berechnungsweise folgt zwingend aus der Systematik des § 89 b HGB.

Bei der Berechnung des Ausgleichsbetrages nach § 89 b HGB ist in der Reihenfolge der Absätze, Sätze und Nummern dieser Vorschrift vorzugehen. Danach ist zunächst gemäß Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 der sogenannte Rohausgleichsbetrag zu ermitteln, in dessen Berechnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 auch bereits Billigkeitsabzüge einfließen. Erst wenn der Rohausgleichsbetrag feststeht, ist weiter zu prüfen, ob er den Höchstbetrag nach § 89 b Abs. 2 HGB übersteigt mit der Folge, daß der Ausgleichsanspruch sich auf diesen Höchstbetrag beschränkt (st.Rspr., z.B. BGH, Urteil vom

15. Oktober 1992 - I ZR 173/91 = WM 1993, 392 unter II 1 m.w.Nachw.).

§ 89 b Abs. 2 HGB dient ausschließlich zur Begrenzung des nach Abs. 1 zu ermittelnden und ziffernmäßig zu bestimmenden Ausgleichsbetrages, falls dieser den Höchstbetrag übersteigen sollte (BGH aaO m.w.Nachw.). Für Billigkeitserwägungen ist hier kein Raum mehr (BGH aaO unter I 2). Die Billigkeitsprüfung ist vielmehr an das Ergebnis der Vorteils- und Verlustrechnung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 HGB anzuschließen; sie hat nicht den Sinn, den nach Abs. 2 ermittelten Höchstbetrag mehr oder weniger herabzusetzen (BGH, Urteil vom 19. November 1970 - VII ZR 47/69 = BB 1971, 105 unter 3 a.E.).

Diese Prüfungsreihenfolge ist durch die Fassung des Gesetzes auch dann zwingend vorgegeben, wenn der Rohausgleichsbetrag - wie hier - den Höchstbetrag einer Jahresdurchschnittsprovision beträchtlich übersteigt, so daß auch der um einen Billigkeitsabzug verringerte Rohausgleich noch über der Kappungsgrenze liegt mit der Folge, daß für einen sehr erfolgreichen Vertreter wie die Klägerin Vertragsverletzungen, soweit diese für eine außerordentliche Kündigung

aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens (§ 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB) nicht hinreichen, ausgleichsrechtlich folgenlos bleiben.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers