

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ~~nein~~ nein

HGB § 89 b

- a) Ist dem Handelsvertreter vom Unternehmer ohne hinreichenden Grund fristlos gekündigt worden, so ist darin im allgemeinen ein begründeter Anlaß im Sinne des § 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB für eine Kündigung des Handelsvertreters zu sehen.
- b) § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB verbietet nicht nur Abmachungen, durch die der Ausgleichsanspruch ganz ausgeschlossen wird, sondern auch solche, durch die er nur im Ergebnis mehr oder weniger eingeschränkt wird; er läßt solche Abreden erst nach völliger Beendigung der vertraglichen Beziehungen zu, nicht schon dann, wenn Unternehmer und Handelsvertreter nur einen Vertrag durch einen anderen ersetzen.

BGB §§ 254 A, B, 276 H, Hb, 615

Hat der Unternehmer schuldhaft ohne hinreichenden Grund dem Handelsvertreter fristlos gekündigt, so kann dieser wegen des ihm entgangenen Gewinns Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung verlangen, muß sich aber unter Umständen den Einwand mitwirkenden Verschuldens aus § 254 BGB entgegenhalten lassen. Dagegen ist auf den vertraglichen Erfüllungsanspruch gemäß § 615 BGB § 254 BGB nicht anwendbar.

BGH, Urt. v. 14. November 1966 - VII ZR 112/64 - OLG München
LG Passau

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 112/64

URTEIL

Verkündet am

14. November 1966

Horn,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Erben des verstorbenen Bauunternehmers Anton F [REDACTED],
nämlich

- 1) der Frau Wolfsindis B [REDACTED] geb. F [REDACTED], F [REDACTED]
[REDACTED], Adam-R [REDACTED]-Str. [REDACTED],
- 2) der Frau Helga Pf [REDACTED] geb. F [REDACTED], Pfa [REDACTED],
S [REDACTED]platz [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Handelsvertreter Georg N [REDACTED], Ne [REDACTED]/Opf.,
So [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED]

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 9. Januar 1964 wird zurückgewiesen, soweit dieses sie verurteilt hat, dem Kläger weitere 5.000 DM nebst Zinsen hieraus zu zahlen.

Im übrigen, auch im Kostenpunkt, wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten der Revision haben zu 5/7 die Beklagten zu tragen; die Entscheidung über 2/7 dieser Kosten wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten sind die Erbinnen des während des Revisionsverfahrens verstorbenen Bauunternehmers Anton F. [REDACTED]. Dieser (im folgenden der Beklagte genannt) stellte u.a. ein Material zur Fertigung von fugenlosen wärmehaltenen Ställböden her, das er unter den Namen "Strapa" und "Steinit" vertrieb. Der Kläger arbeitete für ihn als Handelsvertreter, und zwar in den Jahren 1954 bis 1956 in



Niederbayern und der Oberpfalz, sodann gemäß Vertrag vom 1. November 1956 in einem Teil Norddeutschlands. Der Beklagte garantierte ihm während seiner dortigen Tätigkeit ein monatliches Mindesteinkommen von 2.000 DM. Mit Vertrag vom 19. Oktober 1959 übernahm der Kläger wieder die Vertretung in den bayerischen Gebieten. In § 11 dieses Vertrages war bestimmt, der Kläger könne im Falle seines Ausscheidens nur aus Abschlüssen mit neuen Kunden, nicht aus schon bestehenden Geschäftsverbindungen Ansprüche nach § 89 b HGB herleiten; nach § 13 sollte er aus dem Vertrag vom 1. November 1956, den die Parteien "mangels Rentabilität" aufhoben, keine Ansprüche irgend welcher Art mehr geltend machen können.

Am 13. Mai 1960 wurde der Kläger bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt; er war bis zum 13. November 1960 arbeitsunfähig. Der Beklagte zahlte ihm während dieser Zeit an verdienten Provisionen 14.686 DM aus. Bei einer Unterredung am 1. November 1960 bat der Kläger den Beklagten um Unterstützung bei der Beschaffung eines neuen Kraftfahrzeuges. Der Beklagte lehnte das ab und kündigte das Handelsvertreterverhältnis fristlos. Sein Anwalt gab dafür mit Schreiben vom 18. November 1960 mehrere Gründe an. Der Kläger sprach mit Schreiben vom 29. November 1960 seinerseits die fristlose Kündigung aus.

Seit dem 1. Dezember 1960 arbeitet der Kläger in seinem bisherigen Bezirk als Handelsvertreter der Firma D■■■■, eines Konkurrenzunternehmens des Beklagten; er bezieht bei dieser ein Festeinkommen von monatlich 2.500 DM.

Mit der Klage hat der Kläger u.a. Zahlung eines angemessenen Ausgleichs verlangt. Das Landgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Im zweiten Rechtszug hat der Kläger seinen Zahlungsanspruch auch darauf gestützt, daß

der Beklagte ihm schadenersatzpflichtig sei. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers verurteilt, diesem 7.000 DM nebst Zinsen zu zahlen, und zwar 5.000 DM Ausgleich und 2.000 DM Schadensersatz.

Die Beklagten erstreben mit der Revision völlige Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts (BU 13 ff) gab das Verhalten des Klägers dem Beklagten weder im einzelnen noch in seiner Gesamtheit hinreichende Gründe zur fristlosen Kündigung.

Das Revisionsgericht kann nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats eine Entscheidung des Tatrichters über das Bestehen oder Nichtbestehen eines wichtigen Kündigungsgrundes nur in beschränktem Umfang nachprüfen, nämlich nur daraufhin, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt, ob es wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat oder ob ihm sonst gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind.

Ein Rechtsfehler dieser Art ist hier nicht zu erkennen.

Auf die einzelnen vom Beklagten geltend gemachten und vom Berufungsgericht erörterten Kündigungsgründe

braucht nur insoweit eingegangen zu werden, als die Revision um eine Nachprüfung gebeten hat.

1.) Das Berufungsgericht (BU 14) hält den Wunsch des Klägers nach einer finanziellen Unterstützung bei der Anschaffung eines neuen Wagens nach seinem langen Krankenhausaufenthalt für verständlich, zumal der Kläger den Unfall und den Totalverlust des früheren Wagens nicht verschuldet habe. Es hat dabei ersichtlich nicht verkannt, daß es an sich Sache des Klägers war, sich einen zur Fortsetzung seiner Handelsvertreterstätigkeit erforderlichen neuen Wagen zu beschaffen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Bekundung des Zeugen E [REDACTED] nicht berücksichtigt, daß der Beklagte bereit gewesen sei, dem Kläger einen im Betrieb vorhandenen Volkswagen zur Verfügung zu stellen, daß der Kläger aber einen Opel-Rekord gewollt habe, wie er ihn früher gehabt habe.

Die Rüge ist nicht begründet.

Der Kläger hat bei der Vernehmung des vorgenannten Zeugen erklärt, er könne wegen seiner Verletzung nur einen Wagen mit einer automatischen Kupplung fahren. Es kann dahinstehen, ob das zutrifft. Jedenfalls berechtigte der Wunsch des Klägers, wieder einen Opel-Rekord zu fahren, den Beklagten nicht zur fristlosen Kündigung. Es war Sache des Klägers, sich zu entscheiden, was für einen Wagen er sich anschaffen wollte.

Entscheidend kommt es darauf an, ob der Kläger bei der Unterredung am 1. November 1960 eine Wiederaufnahme seiner Tätigkeit abgelehnt hat, weil der Beklagte seinem Wunsch auf finanzielle Unterstützung nicht entsprechen wollte. Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Revision rügt allerdings, es hätte noch den vom Beklagten im Schriftsatz vom 9. Dezember 1963 S. 2 genannten Zeugen Karl M. [REDACTED] hören müssen. Dieser sollte bekunden, der Kläger habe das Angebot eines gebrauchten Volkswagens abgelehnt und sei "bei seiner Weigerung, die Tätigkeit wieder aufzunehmen" geblieben, darauf habe dann der Beklagte die Kündigung ausgesprochen. Diesen Vortrag brauchte das Berufungsgericht nicht als ausreichend zur Darlegung eines wichtigen Kündigungsgrundes und damit als beweisenerheblich anzusehen. Es ergibt sich daraus nicht, daß der Kläger am 1. November 1960 ernstlich und endgültig die Wiederaufnahme der Tätigkeit für den Beklagten abgelehnt hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß er an diesem Tage noch gar nicht wieder arbeitsfähig, sondern noch bis 13. November 1960 krank geschrieben war.

Der Beklagte hatte daher keinen zwingenden Anlaß, alsbald die fristlose Kündigung auszusprechen. Bei der hier gegebenen Sachlage hätte er sich zunächst damit begnügen können und müssen, den Kläger auf die Verpflichtung hinzuweisen, sich baldigst zwecks Wiederaufnahme seiner Tätigkeit einen Wagen zu beschaffen, und ihm für den Fall der Nichterfüllung dieser Verpflichtung die Kündigung anzudrohen (vgl. dazu die Urteile des erkennenden Senats vom 5. Juli 1962, VII ZR 70/61 und vom 9. Januar 1964, VII ZR 107/62). Das Berufungsgericht konnte auch zugunsten des Klägers seine schwierige finanzielle Lage nach seinem langen Krankenhausaufenthalt und die langjährige Zusammenarbeit der Parteien berücksichtigen. Unter diesen Umständen war es dem Beklagten zuzumuten, mit einer Kündigung mindestens zu warten, bis es sich nach Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit des Klägers herausstellen würde, ob er sich einen neuen Wagen beschafft habe und zur Fortsetzung seiner Handelsvertreterstätigkeit im Stande sei (vgl. dazu auch § 9 des Vertrages vom 19. Oktober 1959).

2.) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts (BU 18) hat der Kläger im Frühjahr 1960 im Büro des Beklagten im Beisein einiger Angestellter sich geäußert, wie der Bauzeichner K[REDACTED] erklärt habe, habe der Beklagte diesen um rund 42.000 DM betrogen. Der Beklagte hat K[REDACTED] weiter beschäftigt. Das Berufungsgericht hat daraus den Schluß gezogen, er könne selbst nicht von einer schwerwiegenden Bedeutung des Vorwurfes ausgegangen sein.

Zu Unrecht meint die Revision, es sei für die Beurteilung der Schwere der dem Beklagten vom Kläger zugefügten Verunglimpfung ohne Belang, welche Schritte der Beklagte gegen K[REDACTED] unternommen habe. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht aus der Weiterbeschäftigung von K[REDACTED] gefolgert hat, die Weitergabe von dessen Behauptungen durch den Kläger habe es dem Beklagten auch nicht unzumutbar gemacht, die vertraglichen Beziehungen zu diesem fortzusetzen. Der Beklagte hat jedenfalls keinen einigermaßen einleuchtenden Grund dafür angegeben, daß er dem Kläger gegenüber so scharf reagiert hat, während er den Urheber der ihn herabsetzenden Äußerung in seinen Diensten behalten hat.

Unter diesen Umständen bedarf es keiner Erörterung, ob der Beklagte das Recht, aus diesem Grunde zu kündigen, zu spät ausgeübt und deshalb verwirkt hat.

3.) Die Revision beanstandet ferner, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die beleidigenden Äußerungen des Klägers und sein Verhalten am 1. November 1960 bei zusammenfassender Würdigung die fristlose Kündigung rechtfertigten. Das Berufungsgericht hat diese Prüfung vorgenommen, wie die Entscheidungsgründe ergeben (BU S. 14 oben); deren Ergebnis läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen.

II.

Während das Berufungsgericht hiernach die fristlose Kündigung des Beklagten mit Recht als unbegründet bezeichnet hat, hat es die Auffassung vertreten, das Verhalten des Beklagten habe dem Kläger begründeten Anlaß zu seiner Kündigung gegeben; nach seiner erfolgreichen jahrelangen Tätigkeit habe ihn die fristlose Kündigung des Beklagten besonders treffen müssen.

Auch dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Ist dem Handelsvertreter vom Unternehmer ohne hinreichenden Grund fristlos gekündigt worden, so ist darin regelmäßig ein begründeter Anlaß für eine Kündigung des Handelsvertreters zu sehen. Denn der Unternehmer verweigert ihm zu Unrecht die Weiterarbeit und gefährdet sein Einkommen. Zudem hat der Handelsvertreter ein schutzwürdiges Interesse, die Rechtslage zu klären und eine Beendigung des Vertreterverhältnisses jedenfalls durch seine Kündigung herbeizuführen. Es ist kein Gesichtspunkt erkennbar, der im vorliegenden Fall eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte.

Die Revision kann sich in diesem Zusammenhang nicht nochmals auf die vom Beklagten geltend gemachten, vom Berufungsgericht mit Recht als unzureichend angesehenen Kündigungsgründe berufen. Ihre Auffassung, dem Kläger habe ungeachtet der Kündigung des Beklagten eine Fortsetzung seiner Tätigkeit zugemutet werden können, geht fehl.

Der Ausgleichsanspruch des Klägers ist hiernach auch nicht gemäß § 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB ausgeschlossen.

III.

1.) Das Berufungsgericht bejaht auch die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 HGB für den Ausgleichsanspruch des Klägers. Es hat dazu ausgeführt: Der Beklagte habe selbst nicht bestritten, daß er wenigstens vorerst aus der Geschäftsverbindung mit vom Kläger geworbenen Kunden im bayerischen Raum, seinem Hauptabsatzgebiet, beträchtliche Einnahmen haben werde. Er habe nicht einmal einen Rückgang seines Umsatzes behauptet. Der Kläger habe andererseits infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision aus Geschäften mit diesen Kunden verloren, auch wenn er bereits für ein Konkurrenzfabrikat tätig sei.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGB sind zwar knapp gehalten. Es fehlt insbesondere an näheren Darlegungen dazu, in welchem Umfang der Kläger dem Beklagten neue Kunden zugeführt hat. Der erkennende Senat hat in BGHZ 43, 154 ausgesprochen, es sei in der Regel nicht angängig, den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters allein nach Billigkeit zu bemessen, ohne daß vorher Feststellungen über die Größe der Vorteile des Unternehmers und der Provisionsverluste des Handelsvertreters getroffen seien.

Inwieweit nähere Erörterungen und Feststellungen des Tatrichters hierzu erforderlich sind, richtet sich aber im einzelnen nach dem Sachvortrag der Parteien. Hier haben beide Parteien ins einzelne gehende, insbesondere ziffernmäßige Angaben dazu vermissen lassen. Der Kläger hat immerhin allgemein behauptet, er habe das vom Beklagten hergestellte "Steinit" erst in seinem bayerischen Bezirk eingeführt, der Beklagte beliefere auch heute noch die von ihm dort geworbenen Kunden.

Die Revision rügt ohne Erfolg, der Beklagte habe diesen Vortrag des Klägers ausdrücklich bestritten. Darauf kann sie sich im Hinblick auf die gegenteilige tatbestandliche Feststellung des Berufungsgerichts nicht berufen (§ 314 ZPO). Ein Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes ist nicht gestellt worden.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGB erfüllt seien, ist hiernach aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2.) Das Berufungsgericht betrachtet den Verzicht des Klägers auf alle Ansprüche aus seiner Tätigkeit in Norddeutschland in § 13 des Vertrages vom 19. Oktober 1959 trotz der Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB als wirksam, weil der Kläger diesen Verzicht erst nachträglich ausgesprochen habe. Hierdurch sind die Beklagten nicht beschwert.

Andererseits hält das Berufungsgericht die Vereinbarung in § 11 des Vertrages vom 19. Oktober 1959, wonach dem Kläger Ansprüche aus § 89 b HGB nur aus solchen Geschäften zustehen sollten, die nach Abschluß dieses Vertrages mit neuen Kunden abgeschlossen würden, gemäß § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB für unwirksam.

Die Revision meint, die Vereinbarung sei zulässig gewesen, weil durch sie der Ausgleichsanspruch nicht ausgeschlossen, sondern lediglich eine andere Berechnungsgrundlage für ihn verabredet worden sei, und weil ferner die Vereinbarung nicht im voraus, sondern erst nach Beendigung des Vertrages vom 1. November 1956 getroffen worden sei.

Dem ist nicht zu folgen. Der § 89 b Abs. 4 Satz 1 verbietet seinem Sinn und Zweck nach nicht nur Abmachungen, durch die der Ausgleichsanspruch ganz ausgeschlossen wird, sondern auch solche, durch die er im Ergebnis mehr oder weniger eingeschränkt wird (vgl. dazu Schlegelberger-Schröder, Recht der Handelsvertreter, § 89 b Anm. 34). Die Vorschrift läßt solche Abreden erst nach völliger Beendigung der vertraglichen Beziehungen der Parteien zu, nicht schon dann, wenn Unternehmer und Handelsvertreter unter Fortbestand des Vertreterverhältnisses lediglich einen Vertrag durch einen anderen ersetzen. In diesem Fall besteht die Gefahr weiter, daß der Handelsvertreter durch seine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Unternehmer dazu veranlaßt wird, sich auf die ihn benachteiligenden Abreden einzulassen.

Dem Berufungsgericht ist hiernach darin beizutreten, daß es unzulässig war, im Vertrag vom 19. Oktober 1956 zu vereinbaren, die vom Kläger in den Jahren 1954 bis 1956 in Bayern geworbenen Kunden sollten bei Errechnung seines Ausgleichsanspruchs nicht berücksichtigt werden.

3.) Zur Bemessung des Ausgleichsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit (§ 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB) hat das Berufungsgericht ausgeführt (BU 20 ff): Der Kläger sei jetzt im selben Bezirk für ein Konkurrenzfabrikat tätig, dessen Einführung er aber erst einmal durchsetzen müsse. Andererseits habe er die Möglichkeit, für dessen Vertrieb die Geschäftsverbindung mit den ihm bekannten Kunden zu verwerten. Der Beklagte müsse sich zur Abwehr der durch den Kläger gefährlich gewordenen Konkurrenz zu einer eingehenderen und kostspieligeren Bearbeitung seines Hauptvertriebsgebietes entschließen. Ausgleichsmindernd wirke auch, daß der Kläger in Norddeutschland ein vom Erfolg unabhängiges garantiertes

Mindesteinkommen gehabt habe und daß er in seiner neuen Tätigkeit ein Festeinkommen von monatlich 2.500 DM beziehe. Bei Abwägung aller Umstände sei aus Billigkeitsgründen ein Ausgleich von höchstens 5.000 DM angemessen.

Die Bemessung der Höhe des Ausgleichsanspruchs im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen und die Würdigung aller hierbei im Rahmen der Billigkeit in Betracht kommenden Umstände ist im wesentlichen Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob dessen Ausführungen einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen Erfahrungssätze enthalten oder ob er wesentliches Vorbringen der Parteien ersichtlich unberücksichtigt gelassen hat (BGHZ 41, 129, 134, 135).

Ein Rechtsfehler dieser Art zum Nachteil der Beklagten ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen.

Zunächst hat das Berufungsgericht zutreffend als gemäß § 89 b Abs. 2 HGB in Betracht kommenden Höchstbetrag des Ausgleichs das durchschnittliche jährliche Provisionseinkommen des Klägers in den letzten 5 Jahren, nämlich 22.569,50 DM angesehen. Bei der Bemessung des Ausgleichs hat es dann, wie bereits erwähnt, die dem Kläger in den Jahren 1957 bis 1959 vom Beklagten gewährte Einkommensgarantie und den vom Kläger ausgesprochenen Verzicht auf Ansprüche aus seiner Tätigkeit in Norddeutschland ausgleichsmindernd berücksichtigt, ferner auch seine nunmehrige Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen. Es war aber rechtlich nicht gehindert, dem Kläger im Rahmen der Billigkeitserwägungen einen Ausgleich in Höhe von 5.000 DM zuzubilligen, der nur einen kleinen Bruchteil des in Betracht kommenden Höchstbetrages von über 22.000 DM ausmacht.

Der Handelsvertreter ist nach Beendigung des Vertreterverhältnisses, sofern kein Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Vertragsende vereinbart war, grundsätzlich nicht gehindert, für einen anderen Unternehmer in derselben Branche tätig zu werden und dabei auch seinem früheren Dienstherrn Konkurrenz zu machen. Das wird zwar bei Bemessung des Ausgleichs zu berücksichtigen sein, weil dadurch die dem Unternehmer aus der früheren Tätigkeit des Handelsvertreters verbleibenden Vorteile meist mehr oder weniger gemindert werden. Der erkennende Senat hat aber schon ausgesprochen (vgl. das Urteil vom 12. Dezember 1963, VII ZR 47/62), daß die Übernahme der Vertretung eines Konkurrenzunternehmens durch den ausgeschiedenen Handelsvertreter keineswegs in jedem Falle zur völligen Versagung eines Ausgleichs führt. Dessen Bemessung hat sich auch in solchen Fällen nach den jeweiligen Umständen, insbesondere dem Maß der Beeinträchtigung des Unternehmers durch die nunmehrige Konkurrenztätigkeit seines früheren Handelsvertreters, zu richten. Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es genügt dessen Feststellung, daß die Beklagten wenigstens vorerst aus der Geschäftsverbindung mit vom Kläger geworbenen Kunden beträchtliche Einnahmen haben werden. Die Revision hat auch nicht darzulegen vermocht, daß der Tatrichter wesentliche Umstände außer Acht gelassen habe.

IV.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger ferner 2.000 DM Schadensersatz zugesprochen mit der Begründung, der Beklagte habe durch seine unbegründete außerordentliche Kündigung schuldhaft gegen den Vertrag verstoßen; da der Kläger seit dem 1. Dezember 1960 ein Einkommen habe, das

über seiner bei dem Beklagten im Durchschnitt verdienten Monatsprovision~~n~~ liege, habe er aber nur Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Arbeitslosigkeit im November 1960 entstandenen Schadens, und zwar in Höhe von 2.000 DM (BU 24, 25). Bei dieser Entscheidung stützt das Berufungsgericht sich auf den § 89 a Abs. 2 HGB.

1.) Die Revision hat, wie bereits erörtert, keinen Erfolg mit der Berufung darauf, daß die fristlose Kündigung des Beklagten wirksam gewesen sei. Das Berufungsgericht konnte auch unter den festgestellten Umständen diese Kündigung als ein vom Beklagten zu vertretendes Verhalten ansehen.

2.) Die Revision macht ferner geltend, der Anspruch wäre wegen mitwirkenden Verschuldens des Klägers gemäß § 254 BGB zu mindern gewesen.

Diese Rüge hat Erfolg.

a) Es bedarf in diesem Zusammenhang zunächst der Klarstellung, daß der Anspruch des Klägers sich nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, aus § 89 a Abs. 2 HGB herleiten läßt. Nach dieser Vorschrift kann derjenige Schadensersatz verlangen, der durch schuldhaftes Verhalten des anderen Vertragsteils zur - rechtswirksamen - fristlosen Kündigung veranlaßt worden ist. Hier hat das Berufungsgericht dem Kläger den Betrag von 2.000 DM zugesprochen, weil der Beklagte ihm am 1. November 1960 zu Unrecht fristlos gekündigt hatte. Das Vertragsverhältnis der Parteien ist daher bis zur Kündigung des Klägers Ende November 1960 bestehen geblieben. Einen Schaden des Klägers aus seiner Kündigung vom 29. November 1960 hat das Berufungsgericht in Wirklichkeit verneint, weil er ab 1. Dezember 1960 wieder ein festes Einkommen von 2.500 DM monatlich

hatte. Es handelt sich demnach bei dem dem Kläger vom Berufungsgericht zuerkannten Betrag von 2.000 DM nicht um Schadensersatz aus § 89 a Abs. 2 HGB.

b) Der Kläger hat vielmehr als Bezirksvertreter (vgl. §§ 1 und 7 des Vertrages vom 19. Oktober 1959) gemäß § 87 Abs. 2 HGB für die Dauer des Fortbestehens des Vertragsverhältnisses, also bis Ende November 1960, ohne weiteres Anspruch auf Provision auch für Geschäfte, die ohne seine Mitwirkung mit Kunden in seinem Bezirk geschlossen worden sind. Insoweit ist der Umstand, daß er infolge der fristlosen Kündigung des Beklagten nicht weiterarbeiten konnte, ohne Bedeutung. Dasselbe gilt für Provisionen aus Geschäften, die der Kläger früher zustande gebracht hatte und die im November 1960 ausgeführt worden sind (§ 87 a HGB).

Hätte der Beklagte aber nicht gekündigt, hätte der Kläger wahrscheinlich während des Monats November durch Werbung in seinem Bezirk weitere Aufträge hereinholen und so weitere Provisionen verdienen können. Soweit er daran durch die Kündigung des Beklagten gehindert worden ist, ist dieser ihm wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig. Der Kläger hat insoweit einen Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB).

Das angefochtene Urteil enthält keine Feststellung darüber, was dem Kläger im Monat November 1960 auf Grund des Vertrages gemäß den §§ 87, 87 a HGB ohnehin zufließen mußte und wieviel er mutmaßlich durch weitere Werbetätigkeit in diesem Zeitraum hätte verdienen können, wenn der Beklagte nicht gekündigt hätte. Das ist für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung.

c) Soweit der Anspruch des Klägers aus Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung herzuleiten ist, aber auch nur insoweit, rügt nämlich die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob die fristlose Kündigung des Beklagten ursächlich auf ein mitwirkendes Verschulden des Klägers im Sinne des § 254 BGB zurückzuführen ist. Das Verhalten des Klägers reichte zwar nicht aus, um dem Beklagten einen wichtigen Grund zu seiner fristlosen Kündigung zu geben. Das schließt es aber nicht aus, sein Verhalten unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, ob sein Anspruch auf Schadensersatz etwa deshalb zu mindern ist, weil er den Beklagten zu der Kündigung gereizt oder sonstwie ihm schuldhaft dazu Anlaß gegeben hat (vgl. Staudinger-Nipperdey § 628 BGB Rz 51).

d) Da das Berufungsgericht eine Prüfung in dieser Beziehung unterlassen hat, muß das Urteil, soweit es dem Kläger den Betrag von 2.000 DM zuerkannt hat, aufgehoben werden. Es ist nicht angängig, die Verurteilung der Beklagten wegen dieses Postens etwa zum Teil aufrecht zu erhalten, da nicht festgestellt ist, inwieweit der Anspruch des Klägers ohne weiteres aus § 87 Abs. 2 und § 87 a HGB herzuleiten ist und inwieweit er auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung beruht und deshalb dem Einwand aus § 254 BGB ausgesetzt ist. Dazu kommt, daß der Kläger noch bis zum 13. November 1960 krank geschrieben war; auch das kann eine Minderung seines Schadensersatzanspruchs zur Folge haben.

e) Es wird aber auch zu prüfen sein, ob und inwieweit eine Vergütung für November 1960 dem Kläger etwa nach § 615 BGB zusteht. Eine abschließende Entscheidung darüber ist dem Revisionsgericht nicht möglich, weil das

Berufungsgericht nicht festgestellt hat, ob der Kläger alsbald bei der fristlosen Kündigung des Beklagten am 1. November 1960 oder jedenfalls noch vor seiner eigenen Kündigung am 29. November 1960 den Beklagten in Annahmeverzug gesetzt hat, wie es zur Anwendung des § 615 BGB erforderlich wäre. Dazu hätte gehört, daß er mindestens eindeutig der Kündigung des Beklagten widersprochen hätte (vgl. dazu BAG 3, 66, 74 ff; 10, 202; AP Nr. 22 zu § 615 BGB; RGRK § 615 Anm. 1; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Aufl. § 34 III, S. 217 ff; Staudinger/Nipperdey § 615 Rz 7 ff, 17, 30).

Sollte sich ergeben, daß die Voraussetzungen eines Annahmeverzuges des Beklagten vorliegen und demgemäß § 615 BGB anwendbar ist, so werden die Beklagten demgegenüber mit dem Einwand eines mitwirkenden Verschuldens des Klägers aus § 254 BGB nicht gehört werden können; denn der Anspruch aus § 615 BGB ist nicht auf Schadensersatz, sondern auf Vertragserfüllung gerichtet (vgl. dazu RG in RGZ 141, 287; RAG in Seuff. Arch. Bd. 84, Nr. 45, in HRR 1935 Nr. 360 sowie in ARS 30, 120; Staudinger-Werner § 254 Anm. 22; Hueck/Nipperdey aaO S. 711). Der erkennende Senat hat im Urteil vom 11. März 1963 VII ZR 176/61 gleichfalls ausgesprochen, daß § 254 BGB auf den Erfüllungsanspruch aus § 615 BGB nicht anwendbar ist; eine Einschränkung dieses Anspruchs ist nur unter den Voraussetzungen des § 615 Satz 2 BGB vorgesehen.

3.) Die Revision rügt ferner noch, das Berufungsgericht hätte dem Kläger das höhere Einkommen, das er seit dem 1. Dezember 1960 bezogen hat, auf seinen Verdienstausschlag im November 1960 anrechnen müssen.

Dem ist nicht zu folgen. Der Kläger braucht sich auf den eindeutig durch seine Arbeitslosigkeit im Monat

November 1960 entstandenen Schaden Einkünfte aus späterer Zeit nicht anrechnen zu lassen. Im übrigen ist nicht dargetan, daß das höhere Einkommen seit dem 1. Dezember 1960 für ihn einen Gewinn darstellte; möglicherweise sind seine eigenen Leistungen in der neuen Stellung höher zu bewerten als seine Tätigkeit für den Beklagten oder hat er nunmehr größere Aufwendungen zu bestreiten.

V.

Hiernach ist die Revision des Klägers zurückzuweisen, soweit er zu 5.000 DM Ausgleichszahlung verurteilt worden ist. Im übrigen, also wegen des ihm zuerkannten Betrages von 2.000 DM und im Kostenpunkt, ist das Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Gemäß §§ 92, 97 ZPO haben die Beklagten, soweit sie endgültig unterlegen sind, nämlich zu 5/7, die Kosten der Revision zu tragen; über die restlichen 2/7 dieser Kosten wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke