

BUNDESGERICHTSHOF ^{2081 071}

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 116/66

URTEIL

Verkündet am

10. Oktober 1968

Horn

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Hans H [REDACTED], L [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED], Leonhard H [REDACTED] jr. GmbH,
D [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED], vertreten durch den Ge-
schäftsführer Rudolf B [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 26. Mai 1966 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die mit Stahl und Blechen handelt, beauftragte mit Vertrag vom 10. Juni 1958 den Kläger, für sie "als freier Provisionsvertreter Geschäftsabschlüsse herbeizuführen". In § 5 des Vertrages verpflichtete der Kläger sich, außer der Vertretung für die Firma P., die er bereits inne hatte, ohne die vorherige Einwilligung der Beklagten "keine weitere Vertretung zu übernehmen oder Geschäfte auf eigene Rechnung zu machen". Nach § 15 war der Vertrag nach einer Dauer von über 3 Jahren mit einer Frist von 3 Monaten jeweils zum Ende eines Kalendervierteljahres kündbar; die Beklagte behielt sich jedoch die Befugnis zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses "bei Verstößen gegen die Abmachungen des Vertrages" vor.

- 3 -

Etwa 2 Monate nach Abschluß dieses Vertrages beendete der Kläger die Vertretung der Firma P[REDACTED], für die er im wesentlichen Aluminium-Profile vertrieben hatte. In der Folgezeit veräußerte er diese im eigenen Namen und für eigene Rechnung unter der Bezeichnung "P[REDACTED]". Im Herbst 1961 mietete er Räume, in denen er sie im Rohzustand lagerte und durch seine Leute polieren ließ, ehe er sie weiterverkaufte.

Mit Schreiben vom 10. Januar 1962 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos, weil er nach einer von ihr eingeholten Auskunft seit Juli 1959 sich mit dem Großhandel in NE-Halbzeugen unter der Bezeichnung F[REDACTED] befasse und seit Oktober 1961 die Herstellung bzw. Bearbeitung von Profilen und Beschlägen aus Aluminium aufgenommen habe.

Der Kläger hat mit der Klage beantragt,

1. festzustellen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten unwirksam sei,
2. die Beklagte zu verurteilen,
 - a) ihm einen Ausgleich von 12.000 DM nebst Zinsen zu zahlen,
 - b) ihm über die in der Zeit vom 10. Januar 1962 bis zum 30. Juni 1962 in seinem Bezirk abgeschlossenen, für ihn provisionspflichtigen Geschäfte Abrechnung und einen Buchauszug zu erteilen sowie die sich danach ergebenden Provisionen nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, sie sei zu der fristlosen Kündigung berechtigt gewesen. Der Kläger habe



nach dem Vertrag außer für die Firma P. nur für sie arbeiten, auch keine Geschäfte auf eigene Rechnung machen dürfen. Er habe ferner vertragswidrig noch zahlreiche andere Vertretungen innegehabt. Von alledem habe sie erst durch die eingeholte Auskunft wenige Tage vor der Kündigung erfahren.

Der Kläger hat vorgetragen, die fristlose Kündigung der Beklagten sei unbegründet. Der Vertrieb von Aluminium-Profilen sei ihm in § 5 des Vertrages gestattet worden. Durch den Vertrieb dieser Erzeugnisse auf eigene Rechnung nach Beendigung der Vertretung der Firma P. habe sich praktisch nichts geändert; der Umfang seiner Tätigkeit hierfür sei derselbe geblieben. Der Beklagten sei auch bekannt geworden, daß er mit den Aluminium-Profilen nunmehr auf eigene Rechnung gehandelt habe, und sie habe das nicht beanstandet. Er habe nach wie vor in erster Linie die Belange der Beklagten vertreten und unter erheblichen eigenen Aufwendungen deren Umsatz in seinem Bezirk gewaltig gesteigert. Einige kleinere Vertretungen, die er früher geführt habe, seien bei Übernahme der Vertretung der Beklagten ausgelaufen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Der Feststellungsantrag des Klägers ist dahin zu verstehen, daß die Kündigung der Beklagten das Vertragsverhältnis nicht aufgelöst habe. Es bestehen deshalb keine Bedenken gegen die Annahme, daß der Antrag auf Feststellung des Fortbestehens eines Rechtsverhältnisses i.S. des § 256 ZPO gerichtet ist.

2.) Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Beklagte habe dem Kläger gemäß § 15 des Vertrages mit Recht fristlos gekündigt, da er sich erheblicher Vertragsverletzungen schuldig gemacht habe. Unstreitig habe er nach Beendigung der Vertretung der Firma P den Handel mit Aluminium-Profilen im eigenen Namen und für eigene Rechnung aufgenommen. Der § 5 des Vertrages könne nicht dahin ausgelegt werden, daß dem Kläger das gestattet gewesen sei.

Die Revision macht geltend, die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts verstoße gegen die §§ 133, 157 BGB. Nach dem Sinn und Zweck des Vertrages habe es der Beklagten nur darauf ankommen können, welche Erzeugnisse der Kläger vertrieb, nicht auf die Vertriebsform. Gegebenenfalls hätte das Berufungsgericht eine ergänzende Vertragsauslegung vornehmen müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Die Auslegung des Tatrichters ist zulässig und rechtsfehlerfrei; sie bindet daher das Revisionsgericht.

In § 5 des Vertrages ist dem Kläger eindeutig nur die Vertretung der Firma P. gestattet und der Abschluß von Geschäften auf eigene Rechnung ohne Ausnahme untersagt worden. Zur Zeit der Vertragsverhandlungen der Parteien war noch keine Rede davon, daß der Kläger den Vertrieb der Aluminium-Profile gegebenenfalls im eigenen Namen aufnehmen wolle. Die Beklagte durfte daher die Vertragsbestimmung dahin auffassen, daß sie dem Kläger nur die Vertretung der P. gestattete. Das Berufungsgericht hatte jedenfalls unter diesen Umständen keinen zwingenden Anlaß zu einer anderen Auslegung.

b) Es brauchte auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu dem vom Kläger erwünschten Ergebnis zu kommen. Mit Recht hat schon das Landgericht darauf hingewiesen (Seite 8 seines Urteils), die Umwandlung einer Vertretung in einen selbständigen Unternehmensbetrieb habe ein erhöhtes Risiko zur Folge. Die Beklagte konnte daher befürchten, daß der Kläger sich in diesem Falle mehr als von ihr gewünscht um seinen eigenen Betrieb kümmern werde. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß etwa Treu und Glauben die vom Kläger erstrebte Auslegung forderten. Dabei ist auch von Bedeutung, daß der Kläger seit dem Herbst 1961 ein eigenes Lager für die Aluminium-Profile aufgemacht und deren Polierung übernommen hat.

3.) Das Berufungsgericht hat ferner ausgeführt, der Kläger habe sich einer weiteren Vertragsverletzung schuldig gemacht, indem er noch mehrere andere Firmen vertreten habe. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts entspricht die Einlassung des Klägers hierzu

nicht den Tatsachen. Er hat im Laufe des Rechtsstreits immer wieder vorgetragen, die anderen Vertretungen seien von untergeordneter Bedeutung gewesen, er habe sie nach dem Vertragsabschluß mit der Beklagten auslaufen lassen. Dagegen hat das Berufungsgericht der Beweisaufnahme entnommen, daß der Kläger während der Vertragszeit mit der Beklagten ständig mehrere Firmen vertreten hat und daß diese Tätigkeit nicht von untergeordneter Bedeutung war.

Auch insoweit greift die Revision das angefochtene Urteil ohne Erfolg an.

a) Ein Nachschieben von Kündigungsgründen, die sich schon vor der Kündigung zugetragen haben, ist nach allgemein anerkannter Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat, zulässig (BGHZ 27, 220; LM Nr. 10 zu § 626 BGB). Die Beklagte war daher nicht gehindert, im Rechtsstreit vorzutragen, daß der Kläger noch mehrere andere Vertretungen geführt habe, obwohl sie diesen Vorwurf in ihrem Kündigungsschreiben noch nicht erhoben hatte. Der Kläger hat selbst nicht geltend gemacht, daß unter den hier vorliegenden Umständen die Beklagte mit der Berufung auf den weiteren Kündigungsgrund etwa gegen Treu und Glauben verstoße.

b) Auch die weiteren Rügen der Revision hierzu sind nicht begründet. Das Berufungsgericht konnte in freier tatrichterlicher Würdigung der Beweisaufnahme zu der von der Revision beanstandeten Feststellung gelangen. Es brauchte nicht im einzelnen zu ermitteln und darzulegen, welche anderen Vertretungen der Kläger ge-

führt hat und zu welchem Teil ihrer Arbeitskraft er und seine Angestellten damit befaßt waren. Der Kläger hat selbst hierzu keine ins einzelne gehenden Angaben gemacht, sondern sich auf die als unrichtig erwiesene Behauptung beschränkt, er habe nur einige kleinere Vertretungen von untergeordneter Bedeutung gehabt, die er nach Übernahme der Vertretung der Beklagten habe auslaufen lassen. Unter diesen Umständen konnte sich das Berufungsgericht damit begnügen, festzustellen, daß der Kläger während der Vertragszeit mit der Beklagten ständig mehrere Firmen vertreten hat und daß diese Tätigkeit nicht von untergeordneter Bedeutung war. Die Bekundungen der Zeugen boten ihm hierzu eine ausreichende Grundlage. Ein Verstoß gegen den § 286 ZPO ist insoweit nicht zu erkennen.

4.) Das Berufungsgericht ist weiter der Auffassung, die Beklagte habe ihr Kündigungsrecht nicht verwirkt, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis nicht führen können, daß die Beklagte von seinem vertragswidrigen Verhalten schon lange vor der Kündigung erfahren und es hingenommen habe.

a) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Es war Sache des Klägers, die Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen er eine Verwirkung des Kündigungsrechts folgert (vgl. Schröder, Recht der Handelsvertreter § 89 a Anm. 8).

b) Im übrigen versucht die Revision unzulässigerweise, ihre Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Dieser konnte aus den von

ihm angeführten Erwägungen die Bekundungen der Zeugen B [REDACTED], S [REDACTED], V [REDACTED] und O [REDACTED] als nicht geeignet ansehen, die Aussagen der anderen Zeugen zu widerlegen.

c) Das Berufungsgericht konnte auch ohne Verstoß gegen den § 391 ZPO alle Zeugen unbeeidigt lassen. Über die Beeidigung von Zeugen entscheidet grundsätzlich der Tatrichter nach seinem in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbareren Ermessen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß er hier die Grenzen seines Ermessens verkannt hätte.

d) Ein Verfahrensverstoß ist ferner nicht darin zu finden, daß in den Entscheidungsgründen des Urteils nicht erörtert ist, ob der Geschäftsführer der Beklagten noch auf seine Aussage beeidigt werden sollte. Auch über die Vereidigung einer Partei entscheidet der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen (§ 452 ZPO), dessen Ausübung im allgemeinen keiner näheren Begründung bedarf. Eine solche war auch nicht etwa deshalb erforderlich, weil das Landgericht zunächst die eidliche Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten angeordnet und dann mit Rücksicht auf angekündigte weitere Beweisanträge von der Vereidigung abgesehen hatte. Die Revision hat nicht geltend gemacht, daß der Kläger im Berufungsverfahren die Vereidigung des Geschäftsführers der Beklagten beantragt habe. Das Berufungsgericht hatte daher keinen besonderen Anlaß, hierzu in den Entscheidungsgründen Stellung zu nehmen.

5.) Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es seine Auffassung begründet, die Beklagte sei

zur fristlosen Kündigung befugt gewesen, lassen auch sonst keinen Rechtsirrtum erkennen.

a) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Behauptung des Klägers auseinandergesetzt, der Beklagten seien seine hohen Aufwendungen für den Ausbau ihrer Vertretung bekannt gewesen. Es hat Seite 14 des Urteils dargelegt, der Beklagten sei nicht zu widerlegen, daß sie der Meinung war, die Mittel des Klägers stammten aus der Vertretung der Firma P. .

b) Das Berufungsgericht hat ersichtlich nicht verkannt, daß der Kläger während der Vertragsdauer eine starke, weitere Erfolge versprechende Umsatzsteigerung erzielt hat und daß ihn die fristlose Kündigung besonders hart traf, weil er nach seiner Darstellung die hohen Aufwendungen noch nicht durch entsprechende Provisionseinnahmen wettgemacht hatte. Es war aber rechtlich nicht gehindert, trotzdem unter den vorliegenden Umständen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als der Beklagten nicht zumutbar anzusehen, weil nach seiner Auffassung durch das vertragswidrige Verhalten des Klägers die erforderliche Vertrauensgrundlage zerstört war (BU 11, 12). Diese tatrichterliche Wertung bindet das Revisionsgericht.

6.) Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für die Kündigung der Beklagten ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Klägers vorlag, hat dieses mit Recht die Klage in vollem Umfang abgewiesen, auch soweit der Kläger einen Ausgleichsanspruch geltend macht (§ 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB).

Die Revision des Klägers ist danach als unbegründet mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Finke