

BUNDESGERICHTSHOF

690

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 145/71

URTEIL

Verkündet am

25. Januar 1973

Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hubert P [REDACTED], K [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten,
Widerklägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Anna Arnoldine R [REDACTED], S [REDACTED],
Post M [REDACTED]/[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin,
Widerklägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 1973 durch die Richter Rietschel, Erbel, Dr. Finke, Schmidt und Dr. Girsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 17. Mai 1971 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 4.400 DM nebst Zinsen seit dem 1. November 1966 verurteilt worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Der Beklagte hat $\frac{3}{4}$ der Kosten der Revision zu tragen. Über das restliche $\frac{1}{4}$ dieser Kosten hat das Berufungsgericht zu befinden.

Von Rechts wegen

Der Beklagte hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin geleugnet, weil er zu der fristlosen Kündigung des Handelsvertreterverhältnisses wegen völliger Unrentabilität des Betriebes und vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin berechtigt gewesen sei. Er hat sich ferner auf Anfechtung des notariellen Vertrages wegen arglistiger Täuschung berufen und im zweiten Rechtszug mit Widerklage beantragt,

1. festzustellen, daß der Klägerin aus dem notariellen Kaufvertrag keine Ansprüche gegen ihn mehr zuständen,
2. die Klägerin zur Zahlung von 30.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 25.300 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat den vom Beklagten zu zahlenden Betrag auf 20.900 DM nebst Zinsen herabgesetzt und die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage und die Widerklage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts (BU 10-12) hat der Beklagte weder beweisen können, daß er zur Anfechtung des Geschäftsveräußerungsvertrages wegen arglistiger

Täuschung befugt gewesen sei, noch daß er das Handelsvertreterverhältnis aus wichtigem Grund fristlos habe kündigen können. Das Berufungsgericht hat die tatsächlichen Angaben des Beklagten im Telegramm vom 4. Juli 1966 für unrichtig erachtet und festgestellt, in Wirklichkeit habe der Beklagte das Unternehmen mindestens noch bis zum 30. November 1966 fortgeführt.

Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch.

1. Das Berufungsgericht brauchte dem unstreitigen Sachverhalt und dem Vortrag und Beweiserbieten des Beklagten nicht zu entnehmen, daß eine Unrentabilität des Betriebes schon am 4. Juli 1966 bestanden habe. Aber selbst wenn das der Fall gewesen wäre, mußte es daraus nicht folgern, daß der Beklagte die Geschäftsveräußerung wegen arglistiger Täuschung habe anfechten und das Handelsvertreterverhältnis fristlos kündigen können. Nach seinen Feststellungen hat die Klägerin keine Umsatzgarantie gegeben und ist der starke Umsatzrückgang auf die Verkleinerung des Betriebs durch den Beklagten und sonstige von diesem getroffene unsachgemäße Maßnahmen zurückzuführen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet.

2. Zwar hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß der Beklagte einen als unrentabel erkannten Betrieb nicht weiter führen mußte, um dadurch den Vertrag mit der Klägerin erfüllen zu können (BU 15). In einem solchen Fall sind bei Prüfung der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung aber auch die schutzwürdigen Belange des Handels-

vertreter zu berücksichtigen. Es ist jedenfalls für einen Fall der vorliegenden Art der Auffassung von Schröder, Recht der Handelsvertreter § 89 a Anm. 10 c beizutreten, der dann im allgemeinen bei auf längere Zeit unkündbaren Verträgen höchstens eine Kündigung mit der gesetzlichen Kündigungsfrist nach § 89 HGB für zulässig hält. Wie bereits bemerkt, reicht aber auch der Sachvortrag des Beklagten nicht aus, um seine Kündigung mit sofortiger Wirkung als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß der Beklagte, nachdem er der Klägerin, die bisher die einzige Handelsvertreterin gewesen war, gekündigt hatte, die Zeugin D. als neue Vertreterin eingestellt hat.

3. Ohne Rechtsfehler sieht das Berufungsgericht keinen wichtigen Grund für die Kündigung des Beklagten darin, daß die Klägerin neben ihrer Vertretertätigkeit für den Beklagten den Kunden italienischen Modeschmuck angeboten und verkauft hat, weil darin keine unerlaubte Konkurrenz für den Beklagten gelegen habe und dadurch die Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten auch sonst nicht beeinträchtigt worden sei.

Die Revision meint zwar, es liege nahe, daß in Toilettengeschäften auch solcher Schmuck angeboten werde. Es kann dahinstehen, ob das zutrifft. Jedenfalls hat der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, daß in seinem Unternehmen derartiger Schmuck hergestellt und vertrieben worden sei oder daß er sich gegen diese zusätzliche Tätigkeit der Klägerin gewandt habe.

Das Berufungsgericht brauchte auch einigen nach der Kündigung des Beklagten vorgekommenen Verkäufen der Klägerin auf eigene Rechnung unter dem Namen A [REDACTED] den Umständen nach keine wesentliche Bedeutung beizumessen. Aus dem Vortrag der Revision ergibt sich nichts, was zwingend für eine andere Würdigung spräche. Die Wertung dieser Vorfälle war Sache des Tatrichters. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Klägerin sich hierbei des unlauteren Wettbewerbs im Sinne der §§ 1, 3 UWG schuldig gemacht hätte.

4. Es trifft zu, wie die Revision geltend macht, daß der Beklagte im Vertrag vom 30. November 1965 ein Warenlager im angenommenen Wert von 35.000 DM übernommen hat. Wie damit die Behauptung der Klägerin (BU 10 unten) zu vereinbaren ist, sie habe früher nur auf Kundenbestellung hin arbeiten lassen, kann dahinstehen, weil sich daraus nichts für eine Befugnis des Beklagten zur fristlosen Kündigung des Handelsvertreterverhältnisses oder zur Anfechtung des Geschäftsveräußerungsvertrages ergibt. Aus demselben Grunde braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob der Beklagte, wie die Revision ferner geltend macht, in einem im übrigen nicht angegebenen Zeitpunkt "80.000 DM mehr an Lager als Umsatz hatte".

5. Das Berufungsgericht hat in der in der Erregung gefallenen Äußerung der Klägerin, sie sei freie Handelsvertreterin und könne, wenn sie das wolle, gar keine Aufträge bringen, unter Berücksichtigung ihres späteren tatsächlichen Verhaltens keine ernsthafte Vertragsverweigerung gesehen. Es hat dieser Äußerung daher bei Prüfung des Vor-

liegens eines wichtigen Kündigungsgrundes keine Bedeutung beigemessen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

6. Die Revision greift ferner die Ausführungen des Berufungsgerichts Seite 13, 14 an. Sie meint, wenn die Klägerin zeitweise (Januar bis Oktober 1967) eine andere Erwerbstätigkeit ausgeübt habe, sei nicht einzusehen, weshalb sie eine solche in der übrigen Zeit nicht gefunden habe.

Die Rüge ist unbegründet. Beweispflichtig für eine Verletzung der Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB durch den Geschädigten ist grundsätzlich der Schädiger. Dem Geschädigten obliegt allerdings regelmäßig eine Darlegungspflicht über seine Bemühungen zur Schadensminderung. Dieser Pflicht ist die Klägerin im Schriftsatz vom 15. April 1970 S. 7 - 10 nachgekommen. Daher konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ihren vom Beklagten im einzelnen nicht angegriffenen Angaben folgen.

7. Mit Schwerpunkt wendet die Revision sich gegen die Zubilligung von Schadensersatz an die Klägerin über den 30. November 1966 hinaus. Ihr ist zuzugeben, daß das angefochtene Urteil es insoweit an hinreichend eindeutigen und widerspruchsfreien Feststellungen fehlen läßt. Das Revisionsgericht vermag deshalb das Urteil nicht auf etwaige sachlich-rechtliche Rechtsfehler hin nachzuprüfen.

Das Berufungsgericht (BU 14 ff) hat ausgeführt, der Vortrag des Beklagten, er habe das Geschäft nicht auf seinen Sohn übertragen, sondern es zum 30. November 1966

beim Finanzamt und bei der Krankenkasse abgemeldet, werde durch die Bekundungen des Steuerbevollmächtigten F[REDACTED] und den Betriebsprüfungsbericht vom 13. Mai 1968 bestätigt. Dem ständen jedoch andere Zeugenaussagen entgegen.

a) Das Berufungsgericht (S. 15) geht jedoch selbst davon aus, daß der Beklagte nach dem 30. November 1966 in der übernommenen Firma "nicht mehr aufbauend, d.h. werbend, sondern nur noch abwickelnd tätig gewesen ist und daß dies Ende 1968 abgeschlossen gewesen ist". Es meint dann weiter, solange der Beklagte "den Betrieb zwar formell eingestellt, praktisch jedoch in der Abwicklung bis zum Jahresende 1968 fortgeführt habe", könne nicht davon ausgegangen werden, daß die Klägerin weniger Aufträge gebracht und folglich weniger Provision verdient haben würde.

b) Dieses Argument des Berufungsgerichts ist nicht vereinbar mit dem anderen, die Klägerin habe keinen Anspruch darauf, daß der Beklagte einen als unrentabel erkannten Betrieb weiter fortführe, um dadurch den Vertrag mit der Klägerin erfüllen zu können.

Mag der Beklagte auch, wie das Berufungsgericht angenommen hat (S. 10) durch unsachgemäße Maßnahmen den starken Umsatzrückgang im wesentlichen selbst verschuldet haben, so brauchte er sich deswegen doch nicht an einen langfristigen Handelsvertretervertrag bis zu dessen Ablauf festhalten zu lassen, wenn eine auch nur einigermaßen rentable Weiterführung des Betriebs nicht mehr zu erwarten war. Das Recht der Kündigung aus wichtigem Grunde, wenn

auch wie bereits erörtert, gegebenenfalls unter Zubilligung einer gewissen Frist zum Schutz des Handelsvertreters, ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Unternehmer selbst ein Verschulden an dem Eintritt der Umstände zur Last fällt, die zu der ungünstigen Entwicklung des Betriebs geführt haben. Entscheidend ist immer die Frage, ob den Umständen nach dem Unternehmer eine Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses bis zum Ende der vorgesehenen Vertragsdauer zugemutet werden konnte. Das erscheint bei der Höhe der nach dem Betriebsprüfungsbericht schon für das Jahr 1966 festgestellten Verluste in Höhe von 83.100 DM sehr zweifelhaft. Es liegt auch nahe, daß der Beklagte bei einer nur abwickelnden Tätigkeit, von der das Berufungsgericht ausgeht, wahrscheinlich nur noch in viel geringerem Umfang Geschäfte mit Kunden abschließen und ausführen konnte.

8. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt bisher unter diesen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten nicht hinreichend geprüft. Es wird das nachzuholen und seine diesbezüglichen Feststellungen zu ergänzen haben.

Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben werden, soweit es den Beklagten zur Leistung von Schadensersatz über den 30. November 1966 hinaus verurteilt hat. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei ist von der Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht worden.

Dagegen ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen, soweit das Berufungsgericht den Beklagten zur Schadensersatzleistung für die Zeit bis zum 30. November 1966, nämlich zur Zahlung von 4.400 DM verurteilt hat (vgl. BU 15).

9. Unbegründet ist die Revision auch, soweit mit ihr die Widerklage weiter verfolgt wird.

a) Wie bereits dargelegt, konnte der Beklagte den Geschäftsveräußerungsvertrag nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht wegen arglistiger Täuschung anfechten. Daher kann er auch den bereits gezahlten Kaufpreis nicht zurückverlangen. Mangels einer von der Klägerin gegebenen Umsatzgarantie und weil der Betrieb nicht erweislich schon zur Zeit des Vertragsabschlusses völlig unrentabel war, kann auch keine Rede davon sein, daß der Beklagte wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage sich von dem Veräußerungsvertrag hätte loslösen können.

b) Auch den Feststellungsantrag der Widerklage hat das Berufungsgericht mit Recht abgewiesen. Bleibt der Verkaufsvertrag vom 30. November 1965 bestehen, so hat die Klägerin Anspruch auf Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises. Diesen hat sie zwar hier nicht geltend gemacht, weil sie insoweit in der notariellen Urkunde bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt. Ob sie noch 9.649,51 DM zu fordern hat, wie sie selbst behauptet, oder weniger, wie die Revision geltend macht, braucht hier nicht entschieden zu werden. Der Beklagte hat es insoweit an einem hinreichend substantiierten Vortrag

fehlen lassen. Es bleibt ihm im übrigen aber unbenommen, sich gegen nach seiner Auffassung zu weitgehende Vollstreckungsmaßnahmen der Klägerin gegebenenfalls mit Vollstreckungsgegenklage zu wehren.

Rietschel

Erbel

Finke

Schmidt

Girisch