

β

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 171/68

URTEIL

Verkündet am
1. Oktober 1970
Jodas,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma R [REDACTED] GmbH in L [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer Robert Ka [REDACTED] in L [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägerin und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Handelsvertreter Dr. Dr. Günther H. W [REDACTED] in
St [REDACTED], Sch [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger, Revi-
sionsbeklagten und Revisions-
kläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 22. August 1968 wird zurückgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, dem Kläger für die Monate Juni 1965 bis einschließlich März 1968 Abrechnung und Buchauszüge zu erteilen (Absatz 3 des Urteils) und soweit der Rechtsstreit wegen des Zahlungsanspruchs der Stufenklage an das Landgericht zurückverwiesen worden ist (Absatz 6 des Urteils).

Im Übrigen wird das Urteil auf die Revisionen beider Parteien aufgehoben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt unter anderem Zubehörteile für Kraftfahrzeuge her. Der Kläger, der früher Zahnarzt war,

- 3 -

hatte gute Beziehungen zur Geschäftsleitung der Firma D. AG. Seit dem Jahre 1956 arbeitete er für die Beklagte in einem süddeutschen Bezirk. Es wurde ihm besonders die Pflege der Geschäftsbeziehungen zu den Automobilfabriken D., O., V.-Werk und später auch zu den N.-Werken zugewiesen. Der Kläger gewann hierbei einen Einblick in die Planung dieser Werke und ihren sich daraus ergebenden Bedarf an Zubehörteilen. Er erlangte auch Kenntnis von Angeboten, Preisen und Herstellungsmethoden der Wettbewerber und teilte sein Wissen der Beklagten mit.

Nach längeren, mehrfach unterbrochenen Verhandlungen kam es zu dem schriftlichen Vertrag der Parteien vom 4./6. Dezember 1963. Darin heißt es:

"Vorbemerkung:

Herr Dr. W. hat in den vergangenen Jahren durch seine beratende Tätigkeit auf kaufmännischem und technischem Gebiet den Absatz der R.-Erzeugnisse an die Automobilwerke auf vielfältige Weise gefördert. Auf der Grundlage dieser bewährten und erfolgreichen Zusammenarbeit vereinbaren die Parteien:

1. Herr Dr. W. setzt seine bisherige Tätigkeit für die R. GmbH fort mit der Maßgabe, daß sich seine beratende Tätigkeit auf die Preisfrage und - soweit es ihm möglich ist - auf Angaben über die Fertigung der Konkurrenz beschränkt.

Zu seinem Aufgabenkreis gehören:

V. AG
D. AG
O. AG
N. Werke AG.

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



2. Herr Dr. W. [REDACTED] erhält ein Erfolgs-Honorar, das in Höhe eines Prozentsatzes der netto eingegangenen Rechnungsbeträge für alle Lieferungen an die Automobilfabriken, mit Ausnahme von Formkosten, allgemeinen Werkzeugkosten, Schnitten usw., monatlich gezahlt wird. Das Erfolgs-Honorar wird von Fall zu Fall vereinbart und beträgt allgemein 3 %. Ausnahmen bei Vertragsabschluß:

das Ölpumpenprogramm für D. [REDACTED] AG 2 %
Randzierringe für V. [REDACTED] AG 1 %.

3. Das Vertragsverhältnis ist mit einer Frist von drei Jahren zum Quartalsschluß kündbar.

....."

Die Bezüge des Klägers von der Beklagten stellten sich in den Jahren 1960 bis 1965 zusammen auf 1.645.298,43 DM.

Mit Schreiben vom 3. März 1965 bat die Beklagte den Kläger, im Hinblick auf die Notwendigkeit weiterer Investitionen von 5.000.000 DM und eine bevorstehende Verteuerung der Herstellungskosten Vorschläge zu einer Ermäßigung seines Honorars zu machen. Der Kläger erwiderte am 19. März 1965, seine hohen Bezüge seien durch seine für die Beklagte erbrachten Leistungen wohl verdient; er schlug aber vor, sein Honorar bei allen Artikeln in zinkdruckgußverchromter Ausführung auf 2 % herabzusetzen. Die Beklagte sah diesen Vorschlag als unzureichend an und bot dem Kläger mit Schreiben vom 23. März 1965 als Höchstgrenze eine Vergütung von 2 % abzüglich 5.000 DM monatlich für ihre Außenmitarbeit. Zugleich kündigte sie das Vertragsverhältnis fristgemäß. Der Kläger lehnte den Vorschlag der Beklagten mit Schreiben vom 3. April 1965 ab. Die Beklagte antwortete am 5. April 1965, sie halte sich an ihre bisherigen Vorschläge nicht gebunden,

erachte eine Vergütung von 1 % zur Zeit für angemessen und bitte ihn, am Zustandekommen einer vernünftigen Vereinbarung mitzuwirken. Mit Wirkung vom 1. März 1965 zahlte sie dem Kläger nur noch 1 % von den Rechnungsbeträgen der ihm zu vergütenden Geschäfte. Der Kläger setzte mit Schreiben vom 12. April 1965 der Beklagten Frist zur Nachzahlung der einbehaltenen Beträge. Nachdem auch ein weiterer Schriftwechsel nicht zu einer Verständigung geführt hatte, kündigte der Kläger mit Schreiben vom 11. Mai 1965 das Vertragsverhältnis fristlos. Mit Schreiben vom 19. Mai 1965 erwiderte die Beklagte, sie nehme die fristlose Kündigung an und kündige zugleich ihrerseits wegen des Verhaltens des Klägers das Vertragsverhältnis fristlos.

Die Parteien verhandelten in den folgenden Monaten schriftlich und mündlich weiter. Mit Schreiben vom 29. Oktober 1965 erklärte der Kläger sich zur Annahme des Vorschlags der Beklagten vom 23. März 1965 (2 % abzüglich 5.000 DM monatlich) bereit. Die Beklagte lehnte das mit Schreiben vom 2. November 1965 ab.

Der Kläger hat geltend gemacht: Trotz der Bezeichnung des Vertrages vom 4./6. Dezember 1963 als Beratungsvertrag beurteilten sich seine Ansprüche nach wie vor nach Handelsvertreterrecht. Die Beklagte habe ihm durch die Einbehaltung eines großen Teils seiner Bezüge einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben. Im Hinblick auf die Kündigungsfrist von 3 Jahren habe sie ihm als Schadensersatz den Betrag zu zahlen, den er bei Fortdauer des Vertragsverhältnisses bis zum 31. März 1968 verdient hätte. Die Ausführung der von ihm bis dahin

voraussichtlich vermittelten oder eingeleiteten Geschäfte, hätte sich mindestens bis Ende Juni 1969 erstreckt. Zur Ermittlung des ihm entstandenen Schadens, habe er Anspruch auf Abrechnung und Erteilung von Buchauszügen. Ferner habe die Beklagte ihm einen Ausgleich nach § 89 b HGB zu zahlen.

Der Kläger hat mit der Klage verlangt (BU 13-15):

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm zu zahlen
 - a) 84.600,22 DM nebst Zinsen
(zum Ausgleich der von ihr für die Monate März bis Mai 1965 einbehaltenen Beträge)
 - b) weitere 300.000,-- DM
(als Teilbetrag der ihm für die Zeit nach dem 13. Mai 1965 zustehenden Vergütung)
 - c) einen vom Gericht festzusetzenden Ausgleich nach § 89 b HGB;
2. die Beklagte weiter zu verurteilen,
 - a) ihm für die Monate Mai 1965 bis Juni 1969 Abrechnung und Buchauszüge über sämtliche Geschäfte zu erteilen, für die ihm im Falle des Fortbestehens des Handelsvertretervertrages eine Vergütung zu zahlen gewesen wäre;
 - b) ihm den sich hieraus ergebenden Betrag nebst Zinsen abzüglich der unter 1 b geltend gemachten 300.000 DM zu zahlen;
3. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm den ihm durch seine fristlose Kündigung entstehenden Schaden zu ersetzen, hilfsweise:
festzustellen, daß der Handelsvertretervertrag der Parteien bis zum 31. März 1968 weiterbestehe.

Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger sei mindestens seit dem Abschluß des Beratungsvertrages von 1963 nicht mehr als Handelsvertreter für sie tätig gewesen und habe schon deshalb keinen Ausgleichsanspruch. Die Zahlung eines Ausgleichs entspreche auch den Umständen nach nicht der Billigkeit. Der Kläger sei ferner nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, sondern hätte nach dem Vertrag eine Vereinbarung mit ihr über eine Neufestsetzung seiner Bezüge erstreben müssen. Jedenfalls habe sie nicht schuldhaft gehandelt, weil sie sich im Recht geglaubt habe. Ihre eigene Kündigung sei dagegen wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Klägers gerechtfertigt gewesen.

Vorsorglich hat die Beklagte mit eigenen Schadensersatzansprüchen, die sich aus der unbegründeten fristlosen Kündigung des Klägers ergäben, aufgerechnet.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen, soweit sie über den Zahlungsanspruch des Klägers für die Monate März bis Mai 1965 und den Abrechnungsanspruch für Mai 1965 hinausgeht.

Der Kläger hat im zweiten Rechtszug den Zahlungsanspruch zu 1 b auf 1.000.000 DM erhöht und demgemäß diesen Betrag von der unter 2 b geltend gemachten Summe abgezogen (BU 22).

Das Oberlandesgericht hat

1. die Beklagte verurteilt, dem Kläger 913.113,78 D zu zahlen;
2. die Beklagte weiter verurteilt, dem Kläger für die Monate Juni 1965 bis einschließlich März 1968 Abrechnung und Buchauszüge über sämtliche

2

Geschäfte zu erteilen, für die er im Falle des Fortbestehens des Handelsvertretervertrages Vergütung zu beanspruchen gehabt hätte;

3. festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch seine fristlose Kündigung des Vertrages entstehe.

Wegen des Zahlungsanspruchs der Stufenklage (Klageantrag Nr. 2 b) hat das Oberlandesgericht den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Im übrigen hat es die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt mit dem Antrag, das Urteil aufzuheben, soweit es zu ihrem Nachteil erkannt hat, und das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Zur Revision der Beklagten

I.

Zur Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses der Parteien hat das Berufungsgericht ausgeführt (BU 26-33):

Der Vertrag der Parteien vom 4./6. Dezember 1963 sei zwar als "Beratungsvertrag" bezeichnet. Es sei in ihm nur von der "beratenden Tätigkeit" des Klägers die Rede. Entscheidend sei aber, daß der Kläger seine Tätig-

keit für die Beklagte als Handelsvertreter begonnen habe und bis zuletzt Handelsvertreter geblieben sei. Im Vortrag heiße es auch, daß er "seine bisherige Tätigkeit fortsetze". Der gesamte Schriftwechsel ergebe, daß er in erster Linie damit betraut gewesen sei, für die Beklagte Geschäfte zu vermitteln.

Die Würdigung des Sachverhaltes und die Auslegung des rechtserheblichen Verhaltens der Parteien durch das Berufungsgericht läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Alle dagegen gerichteten Angriffe der Revision, auch ihre Verfahrensrügen, haben keinen Erfolg.

1. Die Revision meint, der Kläger könne im Hinblick auf seine beratende Tätigkeit nicht nur Handelsvertreter gewesen sein. Auch das Berufungsgericht hebt ausdrücklich hervor (BU 33), daß der Kläger mehr getan habe, als ein Handelsvertreter gewöhnlich zu tun pflege. Es ist ihm aber darin beizutreten, daß das die Anwendung der Vorschriften des Handelsvertreterrechts nicht ausschließt.

2. Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, angenommen, daß ein Scheinvertrag vorliege. Es hat das nur für möglich gehalten und als entscheidend nicht die Bezeichnung des Vertrages und der dem Kläger zustehenden Vergütung (Erfolgshonorar), sondern den wirklichen Willen der Parteien und die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit angesehen (BU 28). An erster Stelle hat nach seiner das Revisionsgericht bindenden Feststellung das "Hereinholen von Anfragen und Aufträgen" gestanden, was die Parteien auch in kurz vor dem Vertragsabschluß ge-

wechselten Briefen zum Ausdruck gebracht haben (BU 29). Der Wortlaut des Vertrages schließt das nicht aus; er enthält keine vollständige Beschreibung der Tätigkeit des Klägers, sagt vielmehr, wie bereits erwähnt, daß er seine bisherige Tätigkeit fortsetze.

3. Die Annahme, daß der Kläger Handelsvertreter gewesen sei, wird ferner nicht dadurch ausgeschlossen, daß er auch für weitere Unternehmen desselben Geschäftszweiges arbeitete. Das ist einem Handelsvertreter mit Duldung des Unternehmers erlaubt. Auch der Abschluß eines Schiedsvertrages ist entgegen der Meinung der Revision mit einem Handelsvertreterverhältnis nicht unvereinbar.

4. Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, geht schon deshalb fehl, weil dieses die Beklagte nicht als beweisfällig angesehen hat. Es konnte aus den gesamten Umständen die Überzeugung gewinnen, daß zwischen den Parteien trotz der Bezeichnung des Vertrages der Sache nach ein Handelsvertreterverhältnis bestanden hat.

5. Im Übrigen kommt es für die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch des Klägers nicht einmal darauf an, ob der Kläger Handelsvertreter der Beklagten war und daher hier der § 89 a Abs. 2 HGB anwendbar ist. Zu demselben Ergebnis führt der § 628 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BGHZ 44, 271, 273).

II.

Das Berufungsgericht (BU 34 ff) hat die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Klägers

bejaht, weil die Beklagte schuldhaft vertragswidrig gegen den Willen des Klägers dessen Vergütung um 2/3 - von 3 % auf 1 % - gekürzt und rückwirkend ab 1. März 1965 einbehalten habe. Die Klausel in Nr. 2 des Vertrages "das Erfolgshonorar wird von Fall zu Fall vereinbart und beträgt allgemein 3 %" habe der Beklagten nicht die Berechtigung zu einem einseitigen Handeln gegeben.

Die Auslegung dieser Klausel durch den Tatrichter ist rechtlich nicht zu beanstanden; sie bindet daher das Revisionsgericht.

1. Die Revision meint zu Unrecht, die Erwägungen des Berufungsgerichts seien denkgesetzlich unmöglich, weil sie nicht mit dem Begriff des Erfolgshonorars in Einklang ständen, dieses betreffe den Erfolg der gesamten Tätigkeit des Klägers, nicht das Hercinbringen des einzelnen Auftrags. Dem steht aber entgegen, daß das Honorar des Klägers nach dem Vertrag ausdrücklich in Prozentsätzen der eingegangenen Rechnungsbeträge für die einzelnen Lieferungen bemessen ist.

Wenn unter diesen Umständen das Berufungsgericht die einseitige Kürzung der Vergütung des Klägers für bereits abgeschlossene Geschäfte als unzulässig angesehen hat, so kann das rechtlich nicht mißbilligt werden, zumal im Hinblick darauf, daß die Vergütung des Klägers nach der Feststellung des Berufungsgerichts vor Abschluß der einzelnen Geschäfte in die Preise einkalkuliert worden war.

Die Rüge, das Berufungsgericht hätte über die Kalkulation der Beklagten von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einholen müssen, ist unbegründet. Es brauchte die Klausel in Ziffer 2 des Vertrages nicht dahin auszulegen, daß eine ungünstige Entwicklung der Geschäftslage der Beklagten den Kläger verpflichte, sich mit einer Kürzung seiner Vergütung auch für bereits abgeschlossene Geschäfte einverstanden zu erklären.

2. Auch im übrigen ist eine Entscheidung darüber, ob ein wichtiger Kündigungsgrund besteht oder nicht, nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nur daraufhin nachzuprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt, wesentliche Umstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt, Erfahrungssätze verletzt hat oder ob ihm sonst gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind. Die Wertung der Einzelheiten des Falles durch den Tatrichter bindet das Revisionsgericht grundsätzlich.

Ein solcher Rechtsfehler ist hier nicht zu erkennen.

a) Die Revision macht geltend, der Kläger hätte die Möglichkeit gehabt, die Streitfrage gerichtlich klären zu lassen statt sofort zu kündigen. Es wäre aber, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, Sache der Beklagten gewesen, die eine Änderung der bestehenden vertraglichen Verhältnisse erstrebte, gegebenenfalls eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen statt eigenmächtig durch Einbehaltung eines erheblichen Teils der Vergütung des Klägers ihren Willen durchzusetzen.

hat die Beklagte das Angebot des Klägers nicht angenommen und zum Ausdruck gebracht, daß sie nicht gewillt sei, dem Vorschlag des Klägers zu folgen und ihrerseits zur Austragung der Streitfrage das Gericht anzurufen.

d) Die Revision macht ferner geltend, nachdem der Kläger die fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 23. März 1965 "hingenommen" habe, hätte er am 11. Mai 1965 nicht seinerseits fristlos kündigen dürfen, ohne daß sich inzwischen etwas Neues ereignet habe. Das trifft in tatsächlicher Beziehung nicht zu. Inzwischen hatte die Beklagte mit Schreiben vom 5. April 1965 erklärt, sie halte eine Vergütung von nur 1 % für ausreichend, und hatte die entsprechenden Einbehaltungen vorgenommen. Ferner hatte sie die vom Kläger gesetzte Frist zur Nachzahlung verstreichen lassen.

Daraus, daß im Sommer und Herbst 1965 nochmals Verhandlungen zwischen den Parteien stattfanden und der Kläger am 29. Oktober 1965 bereit war, den früheren Vorschlag der Beklagten vom 23. März 1965 anzunehmen, brauchte das Berufungsgericht nichts Entscheidendes gegen die Berechtigung seiner fristlosen Kündigung vom 11. Mai 1965 herzuleiten.

e) Die Revision meint, der Kläger hätte bei seiner fristlosen Kündigung berücksichtigen müssen, daß er sich dadurch einen Anspruch von über 2.000.000 DM "ohne Gegenleistung" verschaffen wollte, und das in einem Zeitpunkt wirtschaftlicher Gefährdung der Beklagten. Auch damit kann sie keinen Erfolg haben. Da die Beklagte die Kündigung des Klägers durch ihr schuldhaft ver-

Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision auch den Standpunkt einnehmen, die Beklagte habe schuldhaft gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen verstoßen, und sich hierfür auf eigene Erklärungen der Beklagten beziehen (BU 42). Das der Beklagten günstige Urteil des Landgerichts steht dieser Annahme nicht entgegen. In der Rechtsprechung ist ein unverschuldeter Rechtsirrtum im allgemeinen nur in besonders zweifelhaften, schwierigen Rechtsfragen angenommen worden, in denen sich noch keine einheitliche Rechtsprechung der Gerichte gebildet hatte (z.B. in Fällen der sog. steckengebliebenen Banküberweisung, vgl. BGH in NJW 1951, 398, 758; 1953, 1426). Grundsätzlich ist an die Sorgfaltspflicht des Schuldners, der sich auf einen Rechtsirrtum beruft, ein strenger Maßstab anzulegen (RGRK § 285 Anm. 12). Hier hätte die Beklagte damit rechnen müssen, daß ihr eigenmächtiges Vorgehen möglicherweise von den Gerichten nicht gebilligt werden würde.

b) Das Berufungsgericht hat auch eine treuwidrige Weigerung des Klägers, auf die Wünsche der Beklagten einzugehen, ohne Rechtsirrtum verneint. Es mußte den Kläger besonders befremden, daß die Beklagte, die im Schreiben vom 23. März 1965 als Höchstgrenze eine Vergütung von 2 % abzüglich 5.000 DM monatlich vorgeschlagen hatte, im Schreiben vom 5. April 1967, kaum 2 Wochen später, noch erheblich weiter ging und dem Kläger nur noch eine Vergütung von 1 % zuzubilligen bereit war. Das Berufungsgericht konnte es als eine verständliche und nicht unangemessene Reaktion des Klägers ansehen, daß er der Beklagten daraufhin zunächst mit Schreiben vom 12. April 1965

eine Frist zur Nachzahlung der einbehaltenen Beträge setzte und dann, nachdem auch der weitere Schriftwechsel nicht zu einer Verständigung geführt hatte, am 11. Mai 1965 die fristlose Kündigung aussprechen ließ.

c) Es bedarf hiernach für die Entscheidung, ob der Kläger zur fristlosen Kündigung berechtigt war, keines Eingehens darauf, ob die Beklagte unter den von ihr dargelegten Umständen von dem Kläger hätte verlangen können, daß er sich für künftig abzuschließende Geschäfte mit einer geringeren Provision einverstanden erklärte. Das Berufungsgericht konnte jedenfalls das eigenmächtige, vollendete Tatsachen schaffende Verhalten der Beklagten dahin würdigen, daß es das Vertrauen des Klägers zur Beklagten erschüttert und ihm eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar gemacht hat.

Zu Unrecht meint die Revision, die Bereitschaft des Klägers, seine Tätigkeit bis zu einer gerichtlichen Klärung fortzusetzen, zeige, daß die Fortsetzung ihm zumutbar gewesen sei. Wie bereits erörtert, brauchte bei der hier gegebenen Sachlage der Kläger nicht von sich aus die Initiative zu einer gerichtlichen Klärung zu ergreifen, ob er eine Kürzung seiner Bezüge hinzunehmen habe. Andererseits war er nicht verpflichtet, die von der Beklagten vorgenommene Einbehaltung eines großen Teils seiner Bezüge ohne irgend welche Folgerungen hinzunehmen. Anders wäre es, wenn etwa die Beklagte alsbald eine ihr günstige gerichtliche Entscheidung erwirkt hätte. Es kann nicht zum Nachteil des Klägers gewertet werden, daß er bereit war, sich einer solchen Entscheidung zu unterwerfen. Im übrigen

2

tragswidriges Verhalten veranlaßt hat, muß sie deren Folgen hinnehmen (vgl. dazu LM Nr. 8 zu § 89 a HGB). Sie mußte bei der Höhe der jährlichen Einkünfte des Klägers und der vertraglichen Kündigungsfrist von 3 Jahren damit rechnen, daß der Kläger einen hohen Schaden geltend machen werde. Im übrigen wird der Kläger durch die ihm zugesprochenen Beträge nicht bereichert. Er erhält nur Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Ersparnisse muß er, wie noch zu erörtern sein wird, sich anrechnen lassen.

3. Hiernach hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum die fristlose Kündigung des Klägers als gerechtfertigt angesehen. Andererseits hat es festgestellt, die Beklagte habe für die Zeit vor dem 11. Mai 1965 keinen Grund dargetan, der eine fristlose Kündigung durch sie hätte rechtfertigen können (BU 34).

Die Revision hat nicht in der gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO gebotenen Weise dargelegt, daß das Berufungsgericht dabei von ihr vorgetragene erhebliche Umstände nicht oder unzureichend gewürdigt habe. Ihr Vortrag beschränkt sich im wesentlichen darauf, die Berechtigung des Klägers zur fristlosen Kündigung in Abrede zu stellen und daraus die Befugnis der Beklagten herzuleiten, ihrerseits fristlos zu kündigen.

Das Berufungsgericht brauchte eine solche Befugnis der Beklagten auch nicht daraus zu folgern, wie die Revision meint, daß der Kläger einer Aufforderung zur mündlichen Besprechung hätte nachkommen müssen. Es hat eine Bereitschaft des Klägers zur Verständigung angenommen

und die Schuld daran, daß es dazu nicht gekommen ist, in der Hauptsache der Beklagten zur Last gelegt (BU 40, 41). Auch die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

Das Berufungsgericht brauchte hiernach auch kein Mitverschulden des Klägers anzunehmen, das dessen Schadensersatzanspruch zu mindern geeignet wäre (vgl. das Urteil des Senats vom 14. November 1966 LM Nr. 27 zu § 89 b HGB). Es konnte vielmehr, ohne sich mit dem Urteil des Senats BGHZ 44, 271, 278 in Widerspruch zu setzen, den Schadensersatzanspruch des Klägers dem Grunde nach bejahen und einen solchen der Beklagten verneinen. Zutreffend hat es dabei die Auffassung vertreten (BU 34), daß nach dem Ende der vertraglichen Beziehungen der Parteien der Beklagten kein wichtiger Kündigungsgrund mehr erwachsen sein könne.

III.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, die Beklagte habe als Schadensersatz den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, sie habe den Kläger also so zu stellen, als hätte er nicht fristlos zu kündigen brauchen, sondern als wäre das Vertragsverhältnis erst durch die fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 23. März 1965 zum 31. März 1968 beendet worden (BU 143).

2. Zur Ermittlung des Umfangs des ihm entstandenen Schadens hat das Berufungsgericht dem Kläger den Anspruch auf Abrechnung und Erteilung von Buchauszügen für die Zeit bis zum 31. März 1968 zuerkannt (BU 50). Die Revision der Beklagten ist nach dem Vorgesagten insoweit unbegründet; sie ist auch zurückzuweisen, soweit das Berufungsgericht wegen des sich etwa nach dem Ergebnis der Abrechnung noch ergebenden Zahlungsanspruchs der Stufenklage den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen hat.

3. In Höhe von 913.113,78 DM hat das Berufungsgericht einen Schaden des Klägers schon jetzt für nachgewiesen erachtet. Diesen Betrag hat es auf Grund von Angaben der Beklagten über Geschäfte errechnet, für die sie bei Fortdauer des Vertragsverhältnisses dem Kläger in den Jahren 1965 und 1966 Provision hätte zahlen müssen (BU 44). Weil aber das Berufungsgericht sich in diesem Zusammenhang über weitere Ansprüche des Klägers aus den Jahren 1967 und 1968 nicht geäußert und zudem sein Urteil als Teilurteil bezeichnet hat, obwohl es andererseits in Absatz 5 "im übrigen" die Berufung des Klägers zurückgewiesen hat, geht der Senat davon aus, daß es über die bezifferte Mehrforderung des Klägers bis zu 1.000.000 DM (= 86.886,22 DM) bisher noch nicht entschieden hat.

4. Die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 913.113,78 DM ist aber nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Die Beklagte war zwar wie erörtert nicht zu einer einseitigen Herabsetzung der Bezüge des Klägers

aus bereits abgeschlossenen Geschäften und zu entsprechenden Einbehaltungen berechtigt. Das besagt aber nicht ohne weiteres, daß der Kläger für die ganze Dauer der Kündigungsfrist von 3 Jahren seiner Schadensersatzforderung Provisionen in Höhe von 3 % der Rechnungsbeträge zugrundelegen kann.

Er kann grundsätzlich als Schadensersatz nicht mehr verlangen, als er bei Fortdauer des Vertragsverhältnisses bis zum 31. März 1968 zu beanspruchen gehabt hätte. Von diesem Ausgangspunkt aus gewinnt wiederum die Vertragsklausel, wonach das Honorar des Klägers von Fall zu Fall vereinbart wird und allgemein 3 % beträgt, Bedeutung. Sie ist unter Berücksichtigung des besonderen Treueverhältnisses, das zwischen den Parteien bestanden hat, auszulegen.

Dabei kommt, da es nicht zu einer Einigung der Parteien gekommen ist, eine Bestimmung der Ansprüche des Klägers durch gerichtliches Urteil in entsprechender Anwendung des § 315 BGB in Betracht.

b) Das Berufungsgericht meint selbst (BU 36), der Kläger hätte nicht treuwidrig ein Eingehen auf Wünsche der Beklagten verweigern dürfen, die dieser durch veränderte Verhältnisse aufgezwungen worden seien. Es hat aber in seinen anschließenden Ausführungen (BU 37 ff) lediglich geprüft, ob im Frühjahr 1965 ein Fall im Sinne der vorbezeichneten Vertragsklausel vorgelegen habe, der den Kläger verpflichtet haben könnte, sich auf Verhandlungen über eine Herabsetzung seiner Vergütung einzulassen. Dabei hat es die Klausel dahin ausge-

2

legt, an solche Verhandlungen sei nur "von Auftrag zu Auftrag" gedacht worden. Mit dieser Begründung konnte es die von der Beklagten ab 1. März 1965 einseitig vorgenommene allgemeine Kürzung der Bezüge des Klägers auf 1 % als unzulässig ansehen. Damit wird aber nicht ein uneingeschränktes Fortbestehen des Vergütungssatzes von 3 % bis zum 31. März 1968 gerechtfertigt, soweit in diesem Zeitraum neue Geschäfte zustande gekommen sind. Das Berufungsgericht hat auch lediglich die Darlegungen der Beklagten über ihre Geschäftslage im Frühjahr 1965 als nicht ausreichend zur Rechtfertigung ihres Wunsches auf Herabsetzung des Honorars des Klägers bezeichnet (BU 41), hat aber eine Prüfung der weiteren geschäftlichen Entwicklung bei der Beklagten bis zum 31. März 1968 unterlassen. Dazu hätte schon im Hinblick auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung in den Jahren 1966 und 1967 besonderer Anlaß bestanden.

c) Dieser Mangel muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, soweit es darauf beruht. Der Sachverhalt bedarf insoweit einer erneuten Prüfung durch das Berufungsgericht. Die Parteien haben Gelegenheit zu weiterem diesbezüglichem Vortrag. Da das Revisionsgericht bei Berücksichtigung der nach der Feststellung des Berufungsgerichts vorzunehmenden Abzüge (BU 44) nicht zuverlässig einen Mindestbetrag feststellen kann, den die Beklagte auf jeden Fall noch zu zahlen hat, muß die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 913.113,78 DM in vollem Umfang aufgehoben werden.

5. Für die neue Entscheidung des Berufungsgerichts ist auf folgendes hinzuweisen:

a) Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß dem Kläger für den ganzen Zeitraum von Mai 1965 bis zum 31. März 1968 oder einen Teil davon ein Honorarsatz von mehr als 2 % zuzubilligen ist, wird es, wie die Revision der Beklagten mit Recht geltend macht, jedenfalls für Ölpumpenlieferungen an D[REDACTED] nach dem Vertrag höchstens den Satz von 2 % anzusetzen haben.

b) Dem Berufungsgericht ist ferner bei Berechnung der Ersparnisse des Klägers (BU 46) insofern ein Rechenfehler unterlaufen, als es den Zeitraum von Mai 1965 bis März 1968 mit 22 statt mit 34 Monaten angenommen hat.

c) Bedenken bestehen auch gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts (BU 45, 46), dem Kläger könne nicht zugemutet werden, Vertretungen anderer Branchen anzunehmen, es sei ihm zuzubilligen, sich auf ein Aufgabengebiet zu beschränken, in dem ihm seine Beziehungen und Kenntnisse einen guten Erfolg versprechen.

Dabei hat das Berufungsgericht möglicherweise nicht ausreichend die Grundsätze berücksichtigt, die für die Schadensminderungspflicht des Geschädigten aus § 254 BGB herzuleiten sind. Diese Vorschrift ist ein Anwendungsfall des § 242 bei Bemessung von Schadensersatzansprüchen. Gesichtspunkte von Treu und Glauben sind daher dabei von großer Bedeutung. Hier werden besonders das Lebensalter und die Vorbildung des Klägers, andererseits die Möglichkeiten zu berücksichtigen sein, die sich bei der seinerzeitigen allgemeinen Wirtschaftslage für ihn ergaben. Jedenfalls kann nicht ohne weiteres anerkannt werden, daß der Kläger zu Lasten der Beklagten keiner-

lei mögliche andere Beschäftigung in dem gesamten Zeitraum von annähernd 3 Jahren aufzunehmen brauchte. Wenn er das mit Rücksicht auf seine sonstigen Einkünfte nicht nötig hatte, so ist das bei Beurteilung der Sachlage ohne Bedeutung.

d) Die übrigen Angriffe der Revision gegen die Berechnung des Schadens durch das Berufungsgericht hat der Senat ebenfalls geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Insbesondere ist grundsätzlich gegen die Anwendung des § 287 ZPO nichts einzuwenden.

6. Der Feststellungsausspruch des angefochtenen Urteils muß aus demselben Grunde wie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung aufgehoben werden. Zwar ist die Annahme des Berufungsgerichts (BU 51) rechtlich nicht zu beanstanden, der Kläger hätte, wenn er bis zum 31. März 1968 für die Beklagte gearbeitet hätte, dieser wahrscheinlich weitere, in der Abrechnung der Beklagten nicht erscheinende Aufträge zugeleitet, die auch zu zusätzlichen Provisionsansprüchen geführt hätten. Es bedarf aber auch insoweit der Prüfung, ob dem Kläger für die Dauer der Kündigungsfrist ganz oder teilweise etwa nur ein niedrigerer Vergütungssatz als ein solcher von 3 % zuzuerkennen ist, wie er vom Kläger auch in seinem Feststellungsantrag in Anspruch genommen und ihm vom Berufungsgericht zugbilligt worden ist.

B. Zur Revision des Klägers

Der Kläger greift das Berufungsurteil insoweit an, als dieses ihm keinen Ausgleichsanspruch und ferner Ab-

rechnung sowie Buchauszüge nur bis zum 31. März 1968 statt wie von ihm begehrt bis zum 30. Juni 1969 zuerkannt hat.

I.

1. Das Berufungsgericht (BU 46 ff) sieht zwar, wie bereits erörtert, den Kläger als Handelsvertreter an, bejaht auch die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGB für einen Ausgleichsanspruch. Es hält aber die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände nicht für der Billigkeit entsprechend. Diese Auffassung begründet es insbesondere mit der ungewöhnlich langen Kündigungsfrist von 3 Jahren, die den Schutz des Klägers bezweckt habe. Deren Vereinbarung habe den Ausgleich vorweggenommen; das sei auch ihr Sinn gewesen.

2. Der Kläger macht mit seiner Revision geltend:

Die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise eine Vorwegentnahme des Ausgleichsanspruchs angenommen werden könnte, lägen hier nicht vor. Dazu wäre erforderlich, daß die dem Kläger während der Vertragsdauer zugeflossenen Leistungen die sonst für eine solche Tätigkeit übliche Vergütung wesentlich überstiegen hätten und die zusätzlichen Leistungen nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien den Ausgleichsanspruch im voraus hätten abgelten sollen. Letzteres habe das Berufungsgericht nicht festgestellt und die Beklagte auch nicht einmal behauptet. Eine dahingehende Absicht der Parteien sei auch durch die Vereinbarung einer 3-jährigen Kündigungsfrist nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen.

3. Im Schrifttum ist mit Recht die Meinung vertreten worden, bei der Annahme einer echten Vorwegerfüllung des Ausgleichsanspruchs sei im Hinblick auf dessen Unabdingbarkeit (§ 89 b Abs. 4 HGB) Zurückhaltung geboten (vgl. dazu Bruggemann Großkommentar HGB § 89 b Anm. 25, Schröder in Betrieb 1962 S. 895, 899 und in Recht der Handelsvertreter § 89 b Anm. 34 e). Der erkennende Senat hat noch keine Gelegenheit gehabt, sich mit dieser Frage zu befassen. Es bedarf auch jetzt keiner abschließenden rechtlichen Stellungnahme dazu. Jedenfalls fehlt es an den tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer Vorwegerfüllung des Ausgleichsanspruchs, nämlich an hinreichend eindeutigen Vereinbarungen der Parteien hierzu.

4. Nicht beizutreten ist ferner der Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe gegenüber dem Ausgleichsanspruch zu Recht den Einwand der Arglist erhoben, dieser Anspruch des Klägers verstoße ferner gegen Treu und Glauben sowie gegen die guten Sitten (BU 49). Da nach der Annahme des Berufungsgerichts die Beklagte den Kläger nach der Art seiner Tätigkeit trotz der Bezeichnung des Vertrages als ihren Handelsvertreter ansehen mußte und angesehen hat, mußte sie sich auch sagen, daß ihm als Handelsvertreter ein unabdingbarer Ausgleichsanspruch zustehe.

5. Nicht unbedenklich sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts (BU 48), ein gewöhnlicher Handelsvertreter hätte seit dem Tage der Kündigung mit höchstens 2 Jahresbezügen rechnen können, infolge der 3-jährigen Kündigungsfrist erhalte der Kläger viel

mehr, ferner die weitere Bemerkung (BU 49), es wäre unbillig, dem Kläger "dasselbe noch einmal zuzusprechen".

Die Revision macht dazu geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger, falls er nicht fristlos gekündigt hätte, während der 3-jährigen Kündigungsfrist weiter für die Beklagte hätte tätig sein müssen. Es darf jedenfalls nicht zu Lasten des Klägers gewertet werden, daß er infolge des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten mit Recht fristlos gekündigt hat und infolgedessen seit Mai 1965 nicht mehr für die Beklagte arbeiten konnte. Es ist hiernach möglich, daß das angefochtene Urteil in diesem Punkte nicht insgesamt auf zutreffenden tatsächlichen und rechtlichen Vorstellungen beruht. Das braucht aber nicht abschließend geprüft zu werden, da die Versagung des Ausgleichsanspruchs durch das Berufungsgericht schon aus anderen Erwägungen nicht bestätigt werden kann.

6. Zwar ist, wie der erkennende Senat schon mehrfach ausgesprochen hat, die Würdigung aller bei der Billigkeitsprüfung gemäß § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB in Betracht kommenden Gesichtspunkte Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann dessen Entscheidung nur daraufhin nachprüfen, ob sie einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen Erfahrungssätze enthält oder wesentliches Vorbringen der Parteien ersichtlich unberücksichtigt gelassen hat (vgl. z.B. BGHZ 41, 129, 135). Bei der Billigkeitsprüfung kann der Tatrichter auch in Betracht ziehen, daß der Handelsvertreter den ganzen Umständen nach einen günstigen Vertrag gehabt hat (BGHZ 43, 154, 161).

Hier hat das Berufungsgericht die völlige Versagung eines Ausgleichs aus Billigkeitserwägungen entscheidend auf die lange, für den Kläger vorteilhafte Kündigungsfrist gestützt. Das ist an sich im Einzelfall möglich. Es hat aber ersichtlich bei seiner Entscheidung auch die Höhe der dem Kläger während dieser Kündigungsfrist zustehenden Ansprüche in Rechnung gestellt, die es für den ganzen Zeitraum auf 3 % angenommen hat. Dem ist das Revisionsgericht aus den unter A III Nr. 3 erörterten Gründen nicht beigetreten. Es besteht daher die Möglichkeit, daß das Berufungsgericht, hätte es das dort Dargelegte bedacht, zu einer dem Kläger ungünstigeren Bemessung seiner Ansprüche gekommen wäre. Deshalb ist die Grundlage der Billigkeitserwägungen des Berufungsgerichts erschüttert. Es ist sehr wohl möglich, daß es dann die völlige Verneinung eines Ausgleichsanspruchs des Klägers nicht als billig angesehen hätte.

Daher muß das Urteil auch in diesem Punkte aufgehoben und darüber im Berufungsrechtszug neu verhandelt und entschieden werden.

II.

1. Das angefochtene Urteil kann auch insoweit nicht bestehen bleiben, als es dem Kläger einen Anspruch auf Abrechnung und Erteilung von Buchauszügen für die Zeit nach dem 31. März 1968 versagt hat. Das Berufungsgericht hat das damit begründet (BU 50), der Kläger habe nicht dargetan, daß von ihm vor dem 11. Mai 1965 eingeleitete Geschäfte erst nach dem 31. März 1968 von der Beklagten

abgeschlossen worden seien. Dabei verkennt das Berufungsgericht, daß der Kläger, wie es an anderer Stelle (S. 43) selbst ausgeführt hat, im Wege des Schadensersatzes so zu stellen ist, als hätte das Vertragsverhältnis der Parteien bis zum 31. März 1968 fortgedauert. Es ist aber wahrscheinlich, daß der Kläger jedenfalls in der letzten Zeit vor dem 31. März 1968 erst nach diesem Tage abgeschlossene Geschäfte schon im Sinne des § 87 Abs. 3 HGB eingeleitet gehabt hätte.

2. Dem Anspruch des Klägers auf Abrechnung über den 31. März 1968 hinaus steht aber ein anderes Bedenken entgegen. Das Berufungsgericht hat festgestellt (BU 6, 48), im Verlauf der Vertragsverhandlungen habe der Kläger darauf verzichtet, irgend welche Zahlungsverpflichtungen der Beklagten für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in den Vertrag aufzunehmen, er habe wiederholt erklärt, daß alle Zahlungsverpflichtungen der Beklagten nach Vertragsende entfallen sollten. Aus diesen während der Vertragsverhandlungen gefallenen Äußerungen des Klägers hätte möglicherweise auf einen entsprechenden Vertragsinhalt geschlossen, also auch ein Verzicht des Klägers auf Ansprüche aus § 87 Abs. 3 HGB hergeleitet werden können. Ein solcher Verzicht wäre zulässig gewesen, da die Vorschrift des § 87 Abs. 3 HGB abbedungen werden kann. Es ist aber auch denkbar, daß der Kläger, der Beklagten erkennbar, nicht auf Ansprüche für tatsächlich in deren Interesse geleistete Arbeit verzichten wollte. Dem Tatrichter muß deshalb auch insoweit die abschließende Beurteilung des Sachverhalts überlassen bleiben.

C

Die Revision der Beklagten ist hiernach in dem sich aus A III Nr. 2 ergebenden Umfang als unbegründet zurückzuweisen. Im übrigen ist das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu befinden haben wird.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Finke

Schmidt