

B.
75

VII ZR 212/59

Verkündet
am 15. Dezember 1960
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma K[REDACTED] und L[REDACTED] oHG, Möbelfabrik in M[REDACTED],
vertreten durch ihre Gesellschafter Möbelfabrikant
Helmut K[REDACTED] und Sägewerksbesitzer Josef L[REDACTED], beide in
M[REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Albert B[REDACTED] in R[REDACTED] Kreis Re[REDACTED],
Bu[REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Erbel,
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg
vom 23. Dezember 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an den 1. Zi-
vilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war von August 1954 bis Januar 1956 für die Beklagte, eine Möbelfabrik, als Handelsvertreter tätig. Im Vertretervertrag vom 4. August 1954, den eine spätere Änderung (Schreiben der Beklagten vom 2. Dezember 1954) insoweit unberührt gelassen hat, heißt es unter anderem:

"Jeder von Herrn Bl. (Kläger) lt. Reisebericht besuchter Kunde wird für ihn geschützt und erhält von allen weiteren indirekten und direkten Aufträgen die ihm zustehende Provision.

.....

Obiger Vertrag läuft vorläufig 1 1/2 Jahre bei einem monatlichen garantierten Umsatz von 20 - 25.000,-- DM, anschließend jeweils weitere 5 Jahre. Die Kündigungs-dauer beträgt 1 Jahr vor Ablauf der 5 Jahres-Vertragsfrist. Sollte von beiden Teilen keine Kündigung ausgesprochen werden, läuft der Vertrag automatisch 5 Jahre weiter."

Am 12. Januar 1956 schrieb die Beklagte dem Kläger:

"Wegen völliger neuer Einteilung unserer Vertreterbezirke sehen wir uns leider gezwungen, den am 4.8.1954 mit Ihnen geschlossenen Vertrag, der am 4.2.1956 abläuft, vorsorglich zu kündigen. Sollten Sie auch weiterhin für uns tätig sein wollen, so bitten wir Sie um baldigen Besuch, ..."

Der Kläger hält diese Kündigung für unwirksam. Er hat behauptet: Nach den getroffenen Vereinbarungen sei eine Kündigung nur zulässig gewesen, wenn er den Mindestumsatz von 20.000,-- DM monatlich nicht erreicht gehabt hätte. Die Beklagte habe seine Provision auch nicht richtig abgerechnet.

Er hat Klage erhoben und unter anderem folgende Anträge gestellt:

- a) festzustellen, daß die Kündigung vom 12. Januar 1956 rechtsunwirksam sei und der Vertrag vom 4. August 1954 fortbestehe,

- b) die Beklagte zu verurteilen, über ihre seit dem 1. Januar 1955 mit den Firmen Fl■■■■, Me■■■■, He■■■■ und G■■■■ geschlossenen Geschäfte Rechenschaft zu legen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie ist der Auffassung, der Vertrag habe während der Probezeit jederzeit gekündigt werden können, jedenfalls zum Ende der Probezeit. Sie hat vorgetragen: Der Kläger sei verbotenerweise für die Konkurrenz tätig gewesen, habe den Mindestumsatz nicht erreicht und habe auch sonst gegen den Vertrag verstoßen. Sie habe deswegen sogar fristlos kündigen können. Sie habe alle Provisionen richtig abgerechnet. Nach dem Vertrag hätten dem Kläger, abweichend von § 37 HGB, Ansprüche auf Provisionen nur aus Geschäften mit solchen Kunden zugestanden, die er innerhalb seines Bezirks durch seinen Besuch geworben habe. Dazu gehörten die 4 genannten Firmen nicht.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die beantragte Feststellung getroffen und die Beklagte verurteilt, über die im Klageantrag genannten Geschäfte Auskunft und einen Buchauszug zu erteilen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht führt aus: Der Vertrag sei ein Dauerdienstverhältnis auf unbestimmte Zeit mit vorgeschalteter 1 1/2-jähriger Probezeit. Daher gelte die zwingende und unabdingbare Mindestkündigungsfrist von einem Monat (§ 89 Abs. 1

75

Satz 2 HGB; vgl. auch BAG 6, 228). Die Beklagte habe somit am 12. Januar 1956 den Vertrag nicht mehr fristgerecht zum Ende der Probezeit (4. Februar 1956) kündigen können. Nach diesem Zeitpunkt aber sei das Vertragsverhältnis vereinbarungsgemäß bereits in den nur jeweils nach 5 Jahren kündbaren Dauervertrag übergeleitet worden.

Die Revision greift diese Vertragsauslegung des Berufungsgerichts an.

Ob ihre Rüge begründet ist, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil das angefochtene Urteil, wie unten auszuführen ist, schon aus anderen Gründen aufgehoben werden muß.

2) Das Berufungsgericht legt weiter dar: Die Kündigung der Beklagten vom 12. Januar 1956 könne auch nicht als solche aus wichtigem Grunde aufgefaßt werden; denn die Beklagte habe in ihr nicht zum Ausdruck gebracht, daß es sich um eine außerordentliche Kündigung handeln sollte.

Diese Auffassung wird von der Revision nicht angegriffen. Sie läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

Bei einer Kündigung aus wichtigem Grunde brauchen zwar die Gründe dafür regelmäßig nicht angegeben zu werden (BGHZ 27, 220). Jedoch erfordert das Wesen der außerordentlichen Kündigung als eines Gestaltungsrechts die unzweideutige Ausübung dieses Rechts. Die Kündigungserklärung muß daher deutlich erkennen lassen, daß der Kündigende mit ihr nicht oder nicht nur das ordentliche Kündigungsrecht (hier: § 89 HGB), sondern (auch) das Recht zu außerordentlicher Kündigung (hier: § 89 a HGB) ausüben will (BGHZ 27, 220, 225; BAG 1, 237; BAG AP Nr. 50 zu § 1 KSchG; RGZ 122, 38; RGRK BGB 11. Aufl. § 626, Anm. 16; Staudinger BGB 11. Aufl. § 626 Rz. 6).

3) Das Berufungsgericht führt aus: Die Beklagte habe sich zwar nach ihrer Kündigung vom 12. Januar 1956 auf ihr Kündigungsrecht wegen wichtiger Gründe berufen. Damit habe sie aber lediglich ihre frühere Kündigung rechtfertigen wollen. Das ergebe sich daraus, daß sie die nachträglich vorgetragenen Gründe nur als "nachgeschobene" habe berücksichtigt wissen wollen.

Dem kann nicht beigetreten werden.

a) Ein "Nachschieben" wichtiger Kündigungsgründe war hier allerdings nicht mit Rückwirkung zum 12. Januar 1956 möglich, weil die an diesem Tage ausgesprochene Kündigung nicht als außerordentliche bezeichnet worden ist (RGZ 122, 38, 40). Es ist aber, soweit es die Kündigung nicht rückwirkend rechtfertigen kann, in aller Regel als neue Kündigung aus wichtigem Grunde aufzufassen (BGH VII ZR 218/59 vom 28. April 1960; BAG 2, 245, 251; 3, 13, 15). Denn der Kündigende will für den Fall, daß durch sein Nachschieben von Gründen seine erste Kündigung nicht rückwirkend wirksam werden kann, im Zweifel den Vertrag mindestens zu dem Zeitpunkt beenden, in dem er sich nachträglich auf die wichtigen Gründe beruft, diese "nach-schiebt". Dieser sein Wille kommt auch für den anderen Teil genügend deutlich zum Ausdruck. Das Nachschieben zeigt diesem, daß der Kündigende sich jedenfalls baldmöglichst von dem Vertrag lösen will.

b) Es sind im vorliegenden Fall keine Gründe für die Annahme des Berufungsgerichts ersichtlich, daß die Beklagte hier mit ihrer späteren Berufung auf wichtige Kündigungsgründe nur die Kündigung vom 12. Januar 1956 hätte stützen, nicht aber vorsorglich damit auch für den späteren Zeitpunkt des Nachschiebens der Kündigungsgründe hätte fristlos kündigen wollen. Die Gesamtumstände legen vielmehr die Annahme nahe,

daß die Beklagte sich mit ihren späteren Erklärungen auf jeden Fall so bald wie möglich vom Vertrage zu lösen beabsichtigte.

Das Berufungsgericht hätte daher den Behauptungen und Beweisantritten der Beklagten über eine vertragswidrige Konkurrenztätigkeit des Klägers (vgl. Berufungsbegründung S. 4, 5: Schriftsatz vom 14. Oktober 1958 S. 6; Zeugen Keil und Schmidbauer) nachgehen müssen, wie die Revision mit Recht rügt.

c) Sollte sich ergeben, daß die spätere fristlose Kündigung der Beklagten begründet ist, so müßte das Berufungsgericht feststellen, daß der Vertrag nur bis zu diesem Zeitpunkt bestanden hat und müßte die weitergehende Feststellungsklage abweisen (vgl. BGH VII ZR 218/59 vom 28. April 1960).

d) Da das Nachschieben wichtiger Kündigungsgründe, wenn sie gegeben sind, zur Vertragsbeendigung im Zeitpunkt des Nachschiebens führt, braucht nicht auf die Auffassung der Revision eingegangen zu werden, der Kläger handle rechtsmißbräuchlich, wenn er sich trotz des Bestehens wichtiger Kündigungsgründe auf einen Fortbestand des Vertrages berufe.

II.

Aus den vorstehend erörterten Gründen kann das Berufungsurteil insoweit nicht aufrechterhalten werden, als es feststellt, die Kündigung sei unwirksam und der Vertrag vom 4. August 1954 bestehe zwischen den Parteien fort. Damit entfällt zugleich auch die Grundlage für die Verurteilung der Beklagten zur Erteilung einer Auskunft und eines Buchauszuges, soweit diese einen Fortbestand des Vertrages voraussetzt.

Diese Verurteilung kann aber auch insofern keinen Bestand haben, als sie Ansprüche betrifft, die aus der unstreitigen Vertragszeit bis zum 4. Februar 1956 herrühren.

1) Das Berufungsgericht nennt als Grundlage für Provisionsansprüche des Klägers nur § 87 Abs. 1 HGB. Da der Kläger Bezirksvertreter war, kommt aber auch § 87 Abs. 2 HGB in Betracht.

a) Auf diese Vorschrift lassen sich Provisionsforderungen des Klägers aus Direktgeschäften der Beklagten mit den Firmen Fl., He. und G. jedoch deswegen nicht stützen, weil die Firmen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ihren Sitz außerhalb des Vertreterbezirks des Klägers haben.

Daß es sich insoweit um Geschäfte handelt, die die Beklagte mit Filialen der genannten Firmen innerhalb des Bezirks des Klägers geschlossen hat und die deswegen nach § 87 Abs. 2 HGB provisionspflichtig sein könnten (vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 87 HGB), läßt sich den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen.

b) Die Firma Me. hat ihren Sitz zwar im Bezirk des Klägers. Jedoch folgt daraus noch nicht ohne weiteres, daß der Kläger nach § 87 Abs. 2 HGB aus allen Direktgeschäften der Beklagten mit dieser Firma Provision fordern könnte. Denn durch die im Tatbestand wiedergegebene "Kundenschutzklausel" des Vertretervertrages ist der § 87 Abs. 2 HGB hier - wie die Beklagte annimmt - möglicherweise in der Weise vertraglich abbedungen worden, daß dem Kläger Provisionen aus Direktgeschäften der Beklagten mit Kunden seines Bezirks nur dann zustehen, wenn er diese Kunden geworben hat.

Davon geht anscheinend das Berufungsgericht aus, wenn sein Urteil auch Ausführungen dazu vermissen läßt.

2) Nach § 87 Abs. 1 HGB kann der Kläger Provisionen für Geschäfte der Beklagten mit den genannten 4 Firmen nur verlangen, wenn diese auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder wenn er die Firmen als Kunden der Beklagten für Geschäfte gleicher Art geworben hat.

Das Berufungsgericht meint, ein Beweis des ersten Anscheins spreche dafür, daß das hier der Fall sei.

a) Nach seinen bisherigen Feststellungen fehlen aber alle Voraussetzungen für eine solche Annahme. Bei der Firma Me[REDACTED] unterstellt es sogar als möglich, daß der Kläger diese Firma nicht geworben hat. Dabei ist allerdings nicht klar, wie sich das mit der an anderer Stelle getroffenen Feststellung vereinbart, der Kläger habe von der Firma Me[REDACTED] den ersten Musterauftrag hereingeholt (vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 87 HGB).

b) Die Revision erhebt in diesem Zusammenhang eine Verfahrensrüge.

Die Beklagte hatte in der Berufungsinstanz vorgetragen und unter Beweis gestellt, ihre Geschäfte mit den vier Firmen seien ohne ein Tätigwerden des Klägers ausschließlich und allein vom Mitinhaber der Beklagten Helmut K[REDACTED] angebahnt und abgeschlossen worden, der Kläger habe diese Firmen nicht geworben.

Das Berufungsgericht hat die Beweise nicht erhoben mit der Begründung, die Behauptungen der Beklagten seien z.T. widerlegt, z.T. widersprächen sie dem Vorbringen der Beklagten im ersten Rechtszuge.

Mit dieser Begründung durfte es die angetretenen Beweise nicht ablehnen. Die Ansicht, die Behauptungen seien bereits widerlegt, beruht auf einer unzulässigen Vorauswürdigung der nicht erhobenen Beweise (BGH LM Nr. 1 zu § 286 ZPO). Der Beklagten stand es auch frei, von ihrem früheren Vorbringen abzugehen, solange sie nicht durch ein Geständnis daran gebunden war (§ 290 ZPO). Hierüber stellt das Berufungsgericht nichts fest.

3) Es hält Provisionsansprüche des Klägers aus den Direktgeschäften der Beklagten mit den vier Firmen auch deswegen für begründet, weil die Beklagte dem Kläger aus ihren Umsätzen mit diesen Firmen eine Zeitlang eine Vergütung gezahlt hat, wenn auch z.T. nur zu einem geringeren als dem vertraglichen Satz. Daraus entnimmt das Berufungsgericht eine stillschweigende vertragsändernde Vereinbarung der Parteien, wonach die Beklagte nunmehr verpflichtet sei, für diese Geschäfte dem Kläger in Zukunft weiter Provisionen zu zahlen, und zwar mit dem vollen im Vertrag vom 4. August 1954 vereinbarten Satz.

Mit Recht greift die Revision das an.

a) Es sind zwar Fälle denkbar, in denen eine bestimmte langjährige Übung der Parteien bei der Vertragsanwendung und ihr Vertrauen darauf, daß diese Übung den Vertragsvereinbarungen entspricht, zu einer Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten führen können. Das Berufungsgericht trifft aber keine Feststellungen, die hier die Annahme einer solchen Vertragsänderung durch Übung rechtfertigen könnten.

Darin allein, daß die Beklagte während einer verhältnismäßig kurzen Zeit für ihre Umsätze mit den vier Firmen dem Kläger Provisionen gutgebracht hat, kann noch keine

stillschweigende Vereinbarung der Parteien des Inhalts gesehen werden, daß die Beklagte in Abänderung des Vertrages vom 4. August 1954 sich für alle Zukunft verpflichtet hätte, auch bei Fehlen der Voraussetzungen der §§ 87 Abs. 1 und 2 HGB für ihre sämtlichen Geschäfte mit den vier Firmen dem Kläger Provision zu zahlen. Einen derartigen Bindungswillen für die Zukunft konnte der Kläger dem Verhalten der Beklagten unter den gegebenen Umständen verständigerweise nicht entnehmen. Erst recht konnte er nicht annehmen, daß die Beklagte, obwohl sie nur niedrigere als die vertraglichen Provisionssätze zahlte, sich für die Zukunft hätte verpflichten wollen, auch bei Geschäften mit den genannten Firmen den vollen Provisionssatz zu leisten.

b) Auch der vom Berufungsgericht herangezogene Umstand, daß die Beklagte vergleichsweise noch während des Rechtsstreits in einem Einzelfall Provision gewährt und in anderen einzelnen Fällen sich zur Provisionszahlung bereit erklärt hat, vermag keinen Schluß auf eine über diese Einzelfälle hinausgehende Verpflichtung der Beklagten zu rechtfertigen.

III.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat dabei von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

In der neuen Verhandlung hat das Berufungsgericht Gelegenheit, seine Vertragsauslegung zu überprüfen. Dabei wird es folgendes zu berücksichtigen haben:

Die Umstände bei Vertragsschluß legen es nahe, daß die Parteien eine Probezeit von 1 1/2 Jahren vereinbart haben, um

sich während dieser ganzen Zeit die Möglichkeit offenzuhalten, das Vertragsverhältnis kurzfristig zu beenden, also auch noch innerhalb des letzten Monats vor Ablauf der 1 1/2 Jahre. Das ist hier um so mehr anzunehmen, als die Beklagte mit der Herstellung von Möbeln erst im August 1954 begonnen hat und die Parteien gleichwohl für das endgültige Vertragsverhältnis eine sehr langfristige Bindung - 5 Jahre - vereinbart haben.

Die bisherige Auslegung des Berufungsgerichts führt praktisch dazu, daß die Probezeit nicht 1 1/2 Jahre, sondern bestenfalls 1 Jahr und 5 Monate beträgt. Es ist zweifelhaft, ob die Parteien das gewollt haben.

Möglicherweise ist das Berufungsgericht zu seiner bisherigen Auslegung wegen der zwingenden Natur des § 89 Abs. 1 Satz 2 HGB gelangt. Es ließe sich aber vertreten, die Vereinbarungen der Parteien dahin aufzufassen, daß sich bei einer Kündigung innerhalb des letzten Monats vor Ablauf der 1 1/2 Jahre die Probezeit um die in § 89 Abs. 1 Satz 2 HGB zwingend vorgeschriebene Zeitspanne (Kündigungsfrist) verlängern sollte. Dann wäre das Vertragsverhältnis infolge der Kündigung vom 12. Januar 1956 mit Ablauf des 4. Februar 1956 (Ende der 1 1/2 Jahre) nicht in das endgültige Vertragsverhältnis übergeleitet worden, sondern hätte als Probezeit bis zum Ablauf der Frist des § 89 Abs. 1 Satz 2 HGB, hier dem

29. Februar 1956, aber auch nur bis zu diesem Zeitpunkt,
fortbestanden.

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Finke