

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 329/64**URTEIL****Verkündet am**

16. Februar 1967

Horn,

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Eberhard W [REDACTED], Chemisch-Technische
Fabrikation, Zahnfabrik, Inhaber Eberhard W [REDACTED] in
L [REDACTED], E [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Johannes W [REDACTED], Dental-Kunststoff-
Zähne, Inhaber Johannes W [REDACTED], L [REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 29. Mai 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Zahnprothesen und Zahnersatzmaterial aus Kunststoff her. Die Beklagte vertrieb seit 1952 die Erzeugnisse der Klägerin zunächst als Handelsvertreterin, seit 1954 als Eigenhändlerin. Nachdem Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen aufgetreten waren, legten die Parteien ihre Rechtsbeziehungen in einem Vertrag vom 14. September 1962 und später im Vertrag vom 9. Januar 1963 schriftlich fest.

Nach § 2 des zuletzt genannten Vertrages übertrug die Klägerin der Beklagten zum Alleinvertrieb "unter eigenem Herstellernamen" die Erzeugnisse Dulon, Dulon-

Spezial, Dulon-LR, Dualit, Dualit-LR, ferner die Zahnsorten Polydent und Polystar, diese jedoch nicht unter eigenem Herstellernamen. Die Klägerin war berechtigt, diese Artikel auch über andere Vertriebsfirmen zu vertreiben, aber nicht unter den von der Beklagten verwandten vorgenannten Bezeichnungen.

Nach § 3 des Vertrages war die Beklagte berechtigt, außer den Erzeugnissen der Klägerin auch solche anderer Firmen zu vertreiben, wenn hieraus der Klägerin keine Konkurrenz erwachse. Die Beklagte hatte bei Übernahme von Erzeugnissen fremder Hersteller die Klägerin in Kenntnis zu setzen.

§ 5 hatte folgenden Wortlaut:

"Wird dieser Vertrag von der Firma W [REDACTED] (Beklagten) gekündigt, so übernimmt die Firma W [REDACTED] noch die Lagerbestände der Firma W [REDACTED] (Klägerin) in den im § 2 I genannten Artikeln."

Die Parteien sind sich darüber einig, daß durch diesen Vertrag das Recht der Klägerin zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen worden ist.

Am 1. Februar 1963 nahm eine von der Klägerin unter der Firma D [REDACTED]-Vertrieb gegründete eigene Vertriebsorganisation ihre Tätigkeit auf.

Am 20. Juni 1963 schrieb der Inhaber der Klägerin dem Inhaber der Beklagten:

"Wie wir festgestellt haben, verkaufen die Herren Deiner Firma in größerem Umfang ein holländisches Zahn mit der Bezeichnung "MIRADENT". Dieses ist ein klarer Verstoß gegen den Vertrag vom 9. Januar 1963, § 3. Ich bitte zu veranlassen, daß der Verkauf dieses Erzeugnisses innerhalb von 8 Tagen eingestellt wird..."



Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 27. Juni 1963, sie selbst vertreibe keine Konkurrenzfabrikate. Ihren Handelsvertretern als selbständigen Gewerbetreibenden könne sie den Verkauf von Porzellan-Zähnen für ein anderes Unternehmen nicht verbieten.

Mit Schreiben vom 28. Juni 1963 kündigte die Klägerin den Vertrag vom 9. Januar 1963 fristlos mit der Begründung, die Handelsvertreter der Beklagten verkauften unter Verstoß gegen den § 3 des Vertrages Porzellan-Zähne der Marke Miradent. Da die Beklagte Anlaß zu der Kündigung gegeben habe, würden ihr gemäß § 5 des Vertrages die Lagerbestände Zug um Zug gegen Bezahlung zur Verfügung gestellt.

Mit Schreiben vom 10. Juli 1963 erklärte die Beklagte sich mit der sofortigen Beendigung der Zusammenarbeit einverstanden, wies aber den Vorwurf einer Vertragsverletzung zurück und verweigerte die Abnahme der Lagerbestände.

Die Klägerin hat mit der Klage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr 173 551,04 DM Zug um Zug gegen Lieferung von 47 768 Garnituren Polydent - F.-Zähne, 48 110 Garnituren Polydent-B.-Zähne, 2 380 Garnituren Polystar-B.-Zähne zu zahlen.

Sie hat die Auffassung vertreten, das vertragswidrige Verhalten der Beklagten stehe einer Kündigung gleich. Jedenfalls müsse die Beklagte, da sie die weitere Zusammenarbeit der Parteien unmöglich gemacht habe, sich so behandeln lassen, wie wenn sie selbst gekündigt hätte, und daher gemäß § 5 des Vertrages die Lagerbestände abnehmen.

Die Beklagte hat geltend gemacht: Sie habe der Klägerin keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben, weil sie ihren Handelsvertretern die Übernahme weiterer Vertretungen nicht habe verbieten können. Die Klägerin habe ferner seit langen von dem Vertrieb der Miradent-Porzellan-Zähne durch ihren - der Beklagten - Generalvertreter I. [REDACTED] gewußt und dem niemals widersprochen. Porzellan-Zähne seien auch keine Konkurrenz zu Kunststoffzähnen, sondern eine zweckmäßige Ergänzung des Sortiments. Der § 5 des Vertrages sehe eine Übernahmeverpflichtung für sie nur vor, wenn sie selbst kündige. Der Wortlaut müsse eng ausgelegt werden, da die Klägerin berechtigt gewesen sei, ihre Erzeugnisse auch selbst zu vertreiben. Falls die fristlose Kündigung begründet sein sollte, könnte die Klägerin allenfalls Schadensersatz wegen ihr beim Verkauf des Lagerbestandes entstandener Mehrkosten verlangen. Im übrigen habe die Klägerin selbst schwere Vertragsverstöße begangen.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Beide Parteien haben das Urteil angefochten. Die Klägerin hat mit Anschlußberufung hilfsweise beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr - ohne Zug-um-Zug-Leistung - 100 000 DM zu zahlen. Zur Begründung der Anschlußberufung hat sie vorgetragen, für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 5 des Vertrages nicht gegeben sein sollten, habe die Beklagte ihr den durch Material- und Lohnaufwendungen entstandenen Schaden in Höhe von mindestens 100 000 DM zu ersetzen. Sie könne die Kunststoffzähne nicht selbst absetzen, weil sie sich dadurch den Markt für andere von ihr vertriebene Marken verschließen würde.

Die Beklagte hat demgegenüber in erster Linie Klageänderung gerügt.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Anschlußberufung die Klage hinsichtlich des Hauptantrages als unbegründet und hinsichtlich des Hilfsantrages als unzulässig abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, § 5 des Vertrages sei auf den Klageanspruch nicht unmittelbar anwendbar, weil die Beklagte kein einer Kündigung gleichzustellendes Verhalten gezeigt habe. Sie habe in der ganzen Zeit nichts unternommen, was den Wunsch hätte erkennen lassen, die Zusammenarbeit mit der Klägerin zu beenden, im Gegenteil bei Abschluß des Vertrages vom 9. Januar 1963 auf die Ausschließung des ordentlichen Kündigungsrechts der Klägerin hingewirkt.

In diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist kein Rechtsirrtum zu finden. Die Revision hat sich dagegen auch nicht gewandt.

2.) Das Berufungsgericht lehnt es auch ab, den § 5 des Vertrages auf den hier gegebenen Fall einer Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grunde sinngemäß anzuwenden. Es meint, die Entstehungsgeschichte des Vertrages liefere keinen Anhalt dafür, daß die Beklagte für diesen Fall eine so schwere Verpflichtung habe übernehmen wollen. Die Klägerin

habe selbst vorgetragen, man habe bei den Vertragsverhandlungen nicht an den Fall einer Kündigung aus wichtigem Grunde gedacht. Daraus folge, daß die Parteien für diesen Fall keine Vereinbarung getroffen hätten. Eine solche könne dem § 5 auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung entnommen werden.

Auch diese tatrichterliche Vertragsauslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden und bindet daher das Revisionsgericht.

Die Revision weist selbst zutreffend darauf hin, daß für eine ergänzende Vertragsauslegung beim Vorhandensein einer gesetzlichen Regelung, wie sie hier der § 89 a Abs. 2 HGB bietet, kein Raum sei (vgl. dazu LM Nr. 5 zu § 133 A BGB; BGHZ 40, 91, 103). Aus demselben Grund besteht kein Bedürfnis, die ihrem eindeutigen Wortlaut nach nur für den Fall einer Kündigung der Beklagten vorgesehene Klausel des § 5 etwa aus Gründen von Treu und Glauben auf den hier gegebenen Fall anzuwenden. Die Klägerin hat dafür in der Revisionsbegründung auch keine einleuchtenden Gesichtspunkte mehr vorgetragen.

II.

1.) Das Berufungsgericht hat der Klägerin auch einen Schadensersatzanspruch aus § 89 a Abs. 2 HGB nicht zuerkannt.

Es hat dazu ausgeführt: Es könne dahinstehen, ob die Beklagte schuldhaft ein Verhalten gezeigt habe, das der Klägerin einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben habe. Denn was die Klägerin mit ihrem Hauptantrag

begehre, sei nicht Schadensersatz im Sinne des § 89 a HGB. Ihr Schaden könnte zwar darin bestehen, daß sie ihr Lager infolge der Kündigung nicht mehr habe absetzen können. Das lasse sich aber nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilen und hätte eines ausführlichen Vortrages der für die Schadensbemessung maßgeblichen Umstände bedurft. Einen solchen Vortrag habe die Klägerin im ersten Rechtszug nicht gebracht, vielmehr ihre Prozeßführung ausschließlich auf den vermeintlichen Anspruch aus § 5 des Vertrages ausgerichtet.

Nach dem Vorbringen der Klägerin im zweiten Rechtszug könnte allerdings ihr Hauptanspruch auch als Schadensersatzanspruch begründet sein. Dieses Vorbringen könne aber nicht berücksichtigt werden, weil es eine nicht sachdienliche Klageänderung darstelle, der die Beklagte widersprochen habe. Die Behandlung des Hauptantrages als Schadensersatzanspruch würde den Rechtsstreit auf eine völlig neue Grundlage stellen.

2.) Die Revision greift diese Ausführungen ohne Erfolg an.

a) Zunächst ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß die Klägerin im ersten Rechtszug ausschließlich den Anspruch aus § 5 des Vertrages verfolgt hat. Sie hat sich nur deshalb auf die Befugnis zur fristlosen Kündigung aus einem von der Beklagten zu vertretenden wichtigen Grunde berufen, um daraus eine entsprechende Anwendbarkeit der genannten Vertragsbestimmung herzuleiten. Der Angabe des Lagerbestandes und der Bezifferung von dessen Wert bedurfte es gerade auch zur Begründung dieses Anspruchs. Das Landgericht hat sich in seinem Urteil nur damit befaßt.

Die Klägerin hat zwar im Schriftsatz vom 17. Juli 1963, in dem sie beantragte, die Sache zur Feriensache zu erklären, geäußert, sie könne die Lagererzeugnisse nicht anderweitig veräußern, weil die Beklagte die Erzeugnisse allein vertrieben habe. Bei Berücksichtigung des gesamten übrigen Vortrags der Klägerin im ersten Rechtszug und des Klageantrags, der auf Zahlung des Wertes des Lagerbestandes Zug um Zug gegen dessen Auslieferung gerichtet ist, kann aber daraus allein nicht hergeleitet werden, die Klägerin habe neben dem Anspruch aus § 5 des Vertrages auch einen Schadensersatzanspruch aus § 89 a Abs. 2 HGB geltend gemacht. Mit Recht hat dazu das Berufungsgericht erklärt, zur Begründung dieses Anspruchs hätte es einer näheren Darlegung des entstandenen Schadens bedurft. Das gilt besonders deshalb, weil die Klägerin in der Berufungserwiderung S. 5 selbst eingeräumt hat, daß sie die der Beklagten zum Vertrieb überlassenen Erzeugnisse unter anderen Bezeichnungen auch über andere Vertriebsfirmen vertrieben habe. Diese Befugnis der Klägerin folgt auch aus § 2 Abs. 3 des Vertrages.

b) Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß das Berufungsgericht zu Unrecht Klageänderung angenommen habe. Eine Änderung der Klage ist anzunehmen, sofern nicht einer der in § 268 ZPO angeführten Sonderfälle vorliegt, wenn entweder der Klagegrund oder der Klageantrag geändert werden, wenn also dieselbe Rechtsfolge aus einem anderen Sachverhalt oder eine andere Rechtsfolge anstelle oder neben der bisher begehrten aus demselben Sachverhalt hergeleitet wird. Erst recht liegt eine Klageänderung vor, wenn der Kläger sowohl einen anderen Sachverhalt vorträgt als auch seinen Antrag ändert. Keine Klageänderung ist gegeben, wie die Revision mit Recht

bemerkt, wenn für denselben Klageantrag und Klagegrund lediglich eine andere rechtliche Begründung vorgetragen wird (vgl. dazu Stein-Jonas-Schönke zu § 268 ZPO; RGZ 71, 358; Nachschlagewerk des Reichsgerichts Nr. 102, 116 und 151 zu § 268 ZPO).

Im vorliegenden Fall werden zwar sowohl der Anspruch aus § 5 des Vertrages als auch der Schadensersatzanspruch aus § 89 a Abs. 2 HGB von der Klägerin aus der Kündigung des Vertragsverhältnisses wegen eines nach ihrer Auffassung vom Beklagten zu vertretenden wichtigen Grundes hergeleitet. Es handelt sich also hier nicht um den Übergang von einem reinen vertraglichen Erfüllungsanspruch, der das Fortbestehen des Vertrages zur Voraussetzung hat, zu einem Schadensersatzanspruch. In solchen Fällen hat das Reichsgericht mehrfach Klageänderung angenommen (vgl. z.B. RGZ 52, 92; RG in JW 1913, S. 47).

Gleichwohl ergibt der Schadensersatzanspruch der Klägerin sich aus einem wesentlich anders gelagerten Sachverhalt als der Anspruch aus § 5 des Vertrages. Für den letzteren kommt es nicht darauf an, ob und in welcher Höhe die Klägerin durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Schaden erlitten hat; zu seiner Begründung genügt die Feststellung, daß die Beklagte den Vertrag gekündigt hat, oder daß ein etwa einer solchen Kündigung gleichzusetzender Fall vorliegt, ferner die Angabe des zu dieser Zeit vorhanden gewesenen Lagerbestandes und seines Wertes. Für den Schadensersatzanspruch ist dagegen die Darlegung des entstandenen Schadens von besonderer Bedeutung. Der Schaden könnte sich zwar, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, schon daraus ergeben, daß die Klägerin den gesamten Lagerbestand nicht anderweitig hätte absetzen

können. Wie bereits erörtert, hat die Klägerin aber im Verlauf des Rechtsstreits selbst vorgetragen, sie habe die der Beklagten zum Vertrieb überlassenen Erzeugnisse unter anderen Bezeichnungen auch selbst veräußert (so auch § 2 Abs. 3 des Vertrages) und sich ferner darauf berufen, der Verkauf der für die Beklagte hergestellten Erzeugnisse würde ihr den Markt für den Vertrieb ihrer anderen Marken verschließen.

Unter diesen Umständen ist der Sachverhalt, der die Grundlage des Schadensersatzanspruches bildet, in wesentlichen Punkten ein anderer und weitläufigerer als derjenige, auf den die Klägerin ihren Anspruch aus § 5 des Vertrages gestützt hat. Es handelt sich nach dem Vorgesagten auch nicht nur um eine Ergänzung des tatsächlichen und rechtlichen Vorbringens im Sinne des § 268 Nr. 1 ZPO.

c) Die Revision rügt vorsorglich, die Beklagte habe einer etwaigen Klageänderung nicht widersprochen.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Wie bereits erörtert, hat die Klägerin hinreichende Tatsachen für einen Schadensersatzanspruch erst im zweiten Rechtszug mit der Anschlußberufung geltend gemacht. Die Beklagte hat aber in der ersten und einzigen mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz die Klageänderung gerügt. Das war rechtzeitig im Sinne des § 269 ZPO.

Daß die Klageänderung etwa entgegen der Annahme des Berufungsgerichts sachdienlich gewesen wäre, hat die Revision nicht mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht.

d) Die Ausführungen, mit denen das Vorliegen einer Klageänderung bejaht wurde, gelten auch für den Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung. Auch für einen solchen hat die Klägerin im ersten Rechtzug noch keine Tatsachen vorgetragen.

e) Daß der mit der Anschlußberufung neu gestellte Hilfsantrag eine Klageänderung darstellt, vermag auch die Revision nicht ernstlich in Abrede zu stellen. Eine Verkennung des Begriffs der Sachdienlichkeit durch den Tatrichter hat die Revision auch in Bezug auf den Hilfsantrag nicht gerügt.

III.

Hiernach erweist sich die Revision der Klägerin in vollem Umfang als unbegründet. Sie ist daher mit Kostenfolge aus dem § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Finke