

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 23/72

URTEIL

Verkündet am

16. Mai 1974

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der D [REDACTED] L [REDACTED] L [REDACTED] AG, M [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, Willi K.
S [REDACTED], Karl B [REDACTED], Dr. Wilhelm G [REDACTED] und Erich S [REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin,
Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] S [REDACTED], K [REDACTED] und Co., GmbH i.L.,
B [REDACTED], D [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Liquidator Günter S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1974 durch die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 29. November 1971 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 29.000 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das angefochtene Urteil auch insoweit aufgehoben, als die Feststellungsklage abgewiesen worden ist.

Die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagte 3/7, die Klägerin 1/7 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen 3/7 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

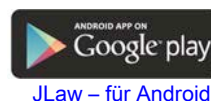
Die Klägerin betreibt eine Werbung bei Müttern von neugeborenen Kindern. Sie läßt kurz nach der Entbindung den Müttern eine "Glückwunschtasche" mit Erzeugnissen, Geschenken und Prospekten der Firmen aushändigen, für die sie arbeitet. Die Vertreterinnen der Klägerin werben dabei für diese Unternehmen. Darunter befinden sich auch Versicherungsgesellschaften.

Die Beklagte ist eine Lebensversicherungs AG. Sie schloß am 26. Juni 1968 mit der Klägerin einen Vertrag, wonach sie sich in der Zeit vom 1. Oktober 1968 bis 30. September 1969 an der Werbeaktion der Klägerin beteiligte. Für den jeweiligen Werbebesuch hatte sie 0,50 DM zu bezahlen. Nach der Vereinbarung mußte der Besuch bei den Müttern "etwa drei Wochen nach der Entbindung" stattfinden. Darüber kam es zwischen den Parteien alsbald zu Meinungsverschiedenheiten, da die Vertreterinnen der Klägerin die Mütter teilweise erst sechs Wochen und länger nach der Geburt aufsuchten. Die Beklagte nahm den Standpunkt ein, daß Besuche für sie wertlos seien, wenn sie später als vier Wochen nach der Niederkunft durchgeführt würden. Zunächst verweigerte sie die Zahlung für alle Besuche, die mehr als sechs Wochen nach der Entbindung erfolgten. Beide Parteien kündigten daraufhin im Mai 1969 das Vertragsverhältnis fristgerecht zum 30. September 1969. Im Laufe einer gemeinsamen Unterredung am 10. Juni 1969 erklärten die Verantwortlichen der Klägerin, "daß Verteilungen, die später als sechs Wochen erfolgen, nicht zur Honorierung vorgelegt" würden. Beide Parteien nahmen daraufhin ihre vorsorglichen Kündigungen zurück.

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Am 31. Juli 1969 schlossen sie einen neuen schriftlichen Vertrag mit einer Laufzeit vom 1. August 1969 bis 30. September 1970. Darin wurde die von der Klägerin zu beanspruchende Vergütung auf 1,20 DM je Besuch + 5,5 % Umsatzsteueranteil erhöht. In der Vereinbarung heißt es wiederum, die Klägerin sei verpflichtet, das Werbematerial den Müttern bzw. Eltern "ca. drei Wochen nach der Entbindung" überbringen zu lassen. Im August 1969 übersandte die Klägerin der Beklagten eine neue "Leistungsbeschreibung", die eine Werbung bei Müttern von Neugeborenen "etwa drei bis fünf Wochen nach der Entbindung" vorsah. Die Beklagte lehnte eine solche "Vertragsergänzung" ab. Sie weigerte sich, die Abrechnungen der Klägerin für die Monate September und Oktober 1969 zu erfüllen, soweit darin Besuche später als fünf Wochen nach der Entbindung enthalten waren. Vom November 1969 an zahlte sie die Vergütung nur noch für Besuche, die innerhalb von vier Wochen nach der Niederkunft erfolgten.

Im März 1970 erhob die Klägerin eine Zahlungs- und Feststellungsklage. In einem Schriftsatz vom 8. Mai 1970 machte sie der Beklagten den Vorwurf, sie handle arglistig, wenn sie innerhalb der Verhandlungen, die zum Abschluß des Vertrags vom 31. Juli 1969 geführt hätten, nicht zu erkennen gegeben habe, daß sie Hausbesuche nicht vergüten wolle, die später als vier Wochen aber noch vor Ablauf von sechs Wochen nach der Geburt stattgefunden hätten. Darauf kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis fristlos aus wichtigem Grund. Sie leistete ab Juni 1970 überhaupt keine Zahlungen mehr.

Die Klägerin hat zunächst 5.472,03 DM nebst Zinsen eingeklagt und die Feststellung begehrt, daß die Beklagte auch in Zukunft die volle vereinbarte Vergütung für jeden Besuch bei der Mutter oder den Eltern des neugeborenen Kindes zu zahlen habe, der mehr als vier aber nicht mehr als sechs Wochen nach dem Geburtsdatum liege. Nachdem die Beklagte die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses erklärt hatte, ist die Klägerin voll zur Leistungsklage übergegangen. Sie verlangt nunmehr für die Zeit bis Mai 1970 (für Besuche zwischen vier und sechs Wochen nach der Entbindung) 11.347,54 DM und für die Zeit von Juni bis September 1970 (für sämtliche durchgeführten Besuche) 58.502,54 DM = 69.850,08 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat das Urteil nur in Höhe von 58.502,54 DM nebst Zinsen bestätigt und die weitergehende Zahlungsklage sowie die Feststellungsklage abgewiesen. Dagegen hat die Beklagte Revision eingelegt mit dem Ziel, daß die Klage in vollem Umfange abgewiesen werde. Die Klägerin hat Anschlußrevision eingelegt; sie erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Die Anschlußrevision der Klägerin

1. Die Feststellungsklage

a) Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin ursprünglich erhobene Feststellungsklage abgewiesen, obwohl die Klägerin voll zur Leistungsklage übergegangen war. Es meint, die Rechtshängigkeit des Feststellungsantrags müsse dennoch auf eine prozessual zulässige Weise beseitigt werden. Darin, daß die Klägerin den Feststellungsantrag einfach nicht mehr weiterverfolgt habe, könne weder eine Klagrücknahme noch ein Anspruchsverzicht gesehen werden. Deshalb sei es notwendig, die Feststellungsklage ausdrücklich abzuweisen.

b) Dagegen wendet sich die Anschlußrevision mit Erfolg.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt eine bloße Abwandlung des Klagantrags im Sinne des § 268 Ziffer 2 ZPO darstellt (RGZ 171, 202, 203; BGH NJW 1951, 311, 312 unter III; Senatsurteil vom 30. April 1970 - VII ZR 183/68 -). Der neue Antrag muß sich nur in derselben Richtung wie der ursprüngliche bewegen, sich also auf dasselbe Rechtsverhältnis beziehen (vgl. BGH NJW 1951, 311, 312 für das Verhältnis Haupt- und Hilfsantrag). Ist das der Fall und erfaßt der Leistungsantrag den vorangegangenen Feststellungsantrag voll, dann ist dieser auch ganz in dem neuen

Antrag aufgegangen. Dann kommt eine Abweisung des ursprünglichen Antrags nicht mehr in Betracht, ohne daß er förmlich zurückgenommen zu werden brauchte oder ein Anspruchsverzicht vorliegen müßte.

So ist es hier. Die ursprüngliche Feststellungsklage umfaßte lediglich die in der Zukunft von der Klägerin beanspruchte Vergütung für Besuche in der fünften und sechsten Woche nach der Entbindung der aufzusuchenden Mütter. Der vor dem Landgericht von der Klägerin zuletzt allein noch gestellte Leistungsantrag erfaßte die gesamte von der Klägerin verlangte Vergütung, und zwar bis zur fristgerechten Beendigung des Vertragsverhältnisses. In ihm sind deshalb auch die Ansprüche enthalten, die Gegenstand des Feststellungsantrags waren. Dieser ist ganz in dem neuen Leistungsantrag aufgegangen, über den ausschließlich noch zu befinden war, ohne daß es der Abweisung des Feststellungsantrages bedurft hätte.

Das angefochtene Urteil ist in diesem Punkt daher aufzuheben.

2. Abweisung der Klage in Höhe von 11.347,54 DM
nebst Zinsen.

a) Das Berufungsgericht nimmt an, der von den Parteien geschlossene Vertrag sei ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe (§ 675 BGB). Für die Beurteilung der von der Klägerin erhobenen Ansprüche sei ausschließlich die Vereinbarung vom 31. Juli 1969 maßgebend. Darin sei als Zeit für die

Dienstleistungen der Werberinnen der Klägerin ein Besuch bei den Müttern "ca. drei Wochen" nach deren Entbindung festgelegt worden. Dieser nicht genauen Bestimmung habe die Klägerin aber keineswegs einen Zeitraum bis zu sechs Wochen entnehmen können. Das Ergebnis der Besprechung zwischen den Parteien am 10. Juni 1969 sei durch den später liegenden Vertragsschluß überholt gewesen. Das habe die Klägerin selbst angenommen, wie die Übersendung ihrer neuen Leistungsbeschreibung im August 1969 zeige, in der von Besuchen zwischen drei bis fünf Wochen nach der Entbindung die Rede sei. Zu einer späteren Abänderung der mit "ca. drei Wochen" seit der Niederkunft festgelegten Zeit für die Besuche, sei es nicht gekommen. Auch eine ständige Übung habe sich zwischen den Parteien noch nicht gebildet gehabt. Im November 1969 habe die Beklagte dann kraft ihres Weisungsrechts verbindlich den ungenauen Begriff "ca. drei Wochen" dahin präzisiert, daß darunter zwei bis vier Wochen zu verstehen sei. Das entspreche allein dem mit der Werbeaktion verfolgten Vertragszweck.

b) Die dagegen von der Anschlußrevision gerichteten Angriffe bleiben erfolglos.

Das Berufungsgericht hat in eingehender Würdigung aller für seine Entscheidung maßgeblichen Umstände dargelegt, daß die von den Parteien für die Laufzeit des alten Vertrags zuletzt getroffene Regelung nicht für die neue, am 1. August 1969 anlaufende Vereinbarung gelten sollte. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es ist also davon auszugehen, daß für diesen Vertrag die Leistungszeit auf "ca. drei Wochen" nach

der Entbindung, d. h. mit einem nicht genau bestimmten Spielraum, festgelegt worden ist.

Die Beklagte hat aber schon von Beginn der Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien an zu verstehen gegeben, daß für sie auf die Dauer nur Besuche der von der Klägerin beschäftigten Werberinnen von Wert sind, die nicht später als vier Wochen seit der Entbindung durchgeführt werden. Setzte sie diesen ihren Standpunkt nicht gleich voll durch, so mag das ein Zugeständnis an die Klägerin gewesen sein, für eine angemessene Übergangszeit großzügig verfahren zu wollen, bis die Klägerin eingearbeitet war. So erklärt sich das Ergebnis der Besprechung zwischen den Parteien vom 10. Juni 1969. Mit dem neuen Vertrag, in dem auch die von der Beklagten zu zahlende Vergütung mehr als verdoppelt wurde, trat eine neue Lage ein. Die Übergangszeit war gleichsam abgelaufen. Daß unter der Bestimmung "ca. drei Wochen" nicht ein Zeitraum "bis zu sechs Wochen" fiel, nahm die Klägerin selbst nicht an. Sonst wäre ihr Ansinnen vom August 1969, sich statt auf "ca. drei Wochen" auf "etwa drei bis fünf Wochen" nach der Entbindung zu einigen, unverständlich. Das würde dann für sie eine Verschlechterung bedeutet haben. Die Beklagte lehnte diesen Vorschlag aber auch ab. Damit war für die Klägerin erkennbar, daß die Beklagte bei ihrer ursprünglichen Vorstellung blieb, wonach auf die Dauer die Vier-Wochenfrist nicht überschritten werden durfte.

Es kommt nun nicht darauf an, wie die Anschlußrevision meint, ob die Beklagte in der Lage war, durch

Ausübung eines wie immer gearteten "Weisungs"rechts die einmal zwischen den Parteien vereinbarte Leistungszeit einseitig abzuändern. Denn in Wahrheit tat die Beklagte das gar nicht. Sie hat vielmehr im November 1969 lediglich zum Ausdruck gebracht, daß sie keine weitere Überschreitung der Leistungszeit mehr hinzunehmen bereit sei, sondern darauf bestehe, daß die Klägerin den Vertrag so erfülle, wie er von Anfang an auszulegen war. Danach enthält die ungenaue Zeitbestimmung "ca. drei Wochen" zwar einen gewissen Spielraum. Dieser mußte aber angemessen sein und konnte nach Lage des Falles vier Wochen nicht überschreiten. Mehr wäre mit dem Vertragszweck nicht in Einklang zu bringen gewesen, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt.

Soweit die Klage auf Zahlung von Vergütung für Werbebesuche bis Mai 1970 gerichtet ist, die alle später als vier Wochen nach der jeweiligen Entbindung lagen, war sie daher abzuweisen. In diesem Punkt kann die Anschlußrevision keinen Erfolg haben.

II. Die Revision der Beklagten

1. Wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses

a) Das Berufungsgericht sieht in dem lediglich in einem Schriftsatz innerhalb des vorliegenden Rechtsstreits von der Klägerin erhobenen Vorwurf, wonach die Beklagte arglistig gehandelt habe, keinen wichtigen Grund, der die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses durch die Beklagte gerechtfertigt hätte. Der Vertrag sei ohnehin vier Monate später ausgelaufen.

b) Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch. Die Feststellung des Tatrichters, ob ein wichtiger Kündigungsgrund bestanden hat, ist vom Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar (vgl. dazu zuletzt Senatsurteil vom 24. Januar 1974 - VII ZR 52/73 - = WM 1974, 350 mit Nachweisen).

Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Klägerin gegen die Interessen der Beklagten sorgfältig abgewogen. Wenn es zum Ergebnis kommt, der Beklagten sei unter den gegebenen Umständen zuzumuten gewesen, das Vertragsverhältnis fristgerecht zu beenden, so muß das die Revision hinnehmen. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß es nicht möglich gewesen sei, die Klägerin überhaupt zu ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags anzuhalten. Das zwingt zu keiner anderen Beurteilung. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien darüber, welche Werbebesuche äußerstenfalls zu honorieren waren, hielten schon länger an. Die davon betroffenen Fälle machen bis Mai 1970 noch nicht einmal 10 % der von der Beklagten bis dahin insgesamt geleisteten Vergütung aus. Vier Monate nach der von der Beklagten ausgesprochenen fristlosen Kündigung endete das Vertragsverhältnis der Parteien ohnehin. Die Beklagte mußte also lediglich über diesen Zeitraum hinweg aus den Abrechnungen der Klägerin die Besuche aussondern, die länger als vier Wochen nach der jeweiligen Entbindung lagen, für die sie - wie dargelegt - nichts zu bezahlen brauchte. Das war ihr zuzumuten.

Die Revision kann daher in diesem Punkt keinen Erfolg haben.

2. Höhe der von der Klägerin insgesamt zu beanspruchenden Vergütung für Juni bis September 1970.

a) Das Berufungsgericht hält es im Berufungsrechtszug nicht mehr für streitig, daß die Klägerin in den Monaten Juni bis September 1970 weitere Dienstleistungen erbracht habe, die die Beklagte vergüten müsse. Die Streitfrage der "zu späten Leistung" sei hier nicht aufgetreten. Infolgedessen habe die Beklagte das volle von der Klägerin für den angegebenen Zeitraum geforderte Honorar von 58.502,54 DM zu zahlen.

b) Das bemängelt die Revision zu Recht.

Zwischen den Parteien war zwar nicht streitig, daß die Klägerin in den Monaten Juni bis September 1970 weiter für die Beklagte tätig war. Es lag auch auf der Hand, daß die Beklagte dafür etwas bezahlen mußte, wenn die von ihr erklärte fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt war. Daraus ergibt sich aber noch nicht zwangsläufig, daß die Klägerin Anspruch auf die gesamte von ihr für diesen Zeitraum verlangte Vergütung hatte.

Denn in dieser Vergütung steckte auch das Entgelt für Besuche der Werberinnen der Klägerin in der fünften und sechsten Woche nach der Niederkunft der Mütter. Die Klägerin hat von Anfang an eine Vergütung für solche Besuche auch in der Zukunft gefordert. Aus diesem Grund hatte sie zunächst die Feststellungsklage erhoben. Der

spätere volle Übergang zur Leistungsklage kann dann aber nur bedeuten, daß die von der Klägerin nunmehr verlangte Gesamtsumme die Vergütung für die Besuche in der fünften und sechsten Woche nach der jeweiligen Geburt auch für die Zeit von Juni bis September 1970 einschloß (vgl. auch oben Ziffer I 1 b).

Wenn das Berufungsgericht ausführt, für diesen Zeitraum sei "die Streitfrage der zu späten Leistung nicht aufgetreten", so ist das in dieser Form nicht richtig. Sie wurde nur nicht gesondert ausgetragen. Die allgemeine Meinungsverschiedenheit der Parteien über die Vergütungspflicht der Besuche nach der vierten Woche erstreckte sich aber auch auf diesen Zeitraum. Die Beklagte brauchte das nicht noch einmal hervorzuheben oder gar ausdrücklich die auf die Monate Juni bis September 1970 entfallende Vergütung der Höhe nach zu bestreiten. Daß in dieser Summe auch Vergütungen für Besuche später als vier Wochen nach der Entbindung der Mütter steckten oder zumindest enthalten sein konnten, ergab sich vielmehr schon aus dem eigenen Vortrag der Klägerin. Es wäre Sache des Berufungsgerichts gewesen, von dem von ihm eingenommenen Rechtsstandpunkt aus darauf hinzuwirken, daß die Klägerin die sich auf diesen Zeitraum beziehende Gesamtvergütung entsprechend aufgliedert oder dartut, daß der in Rede stehende Betrag nur Vergütungen für Besuche innerhalb von vier Wochen seit der Entbindung der Mütter erfaßt, wie die Klägerin im Revisionsverfahren behauptet.

c) Das Berufungsurteil kann daher auch in diesem Punkt keinen Bestand haben. Eine volle Aufhebung und

Zurückverweisung kommt jedoch nicht in Betracht. Denn die Revision räumt immerhin ein, daß "allenfalls 50 %" der von der Klägerin beanspruchten Vergütung auf Besuche vor Ablauf von vier Wochen nach der jeweiligen Geburt stattgefunden haben. Annähernd die Hälfte der Urteils-
summe kann der Klägerin daher schon jetzt zugesprochen bleiben. Nur wegen des Restes bedarf der Rechtsstreit weiterer Aufklärung.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher unter Zurückweisung der beiderseitigen Rechtsmittel im übrigen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über 4/7 der Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 92 ZPO. Die Entscheidung über die restlichen 3/7 der Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgerichts übertragen.

Schmidt Girisch Meise Recken Doerry