

VII_ZR_47/62

2193 073

Verkündet
am 12. Dezember 1963
Jodas,
Justizangestellter
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 Paul H. [REDACTED] AG., H. [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand,

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- ProzeßBevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma E. M. [REDACTED] & Sohn OHG., K. [REDACTED], T. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- ProzeßBevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1963 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer
und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Stuttgart vom 10. Januar 1962 aufgehoben, so-
weit der Klage stattgegeben und über die Kosten
entschieden worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat zu 5/11 die Be-
klagte zu tragen. Die Entscheidung über die wei-
teren Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht
übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt Verbandstoffe und Watte her. Der Mitinhaber der Klägerin, Eckardt M., war seit 1924 ihr Handelsvertreter in Nordhessen. 1955 gründete er mit seinem Sohn Albert eine offene Handelsgesellschaft, die Klägerin. Seitdem waren Vater und Sohn unter der Firma der Klägerin Handelsvertreter der Beklagten, jedoch der Sohn in einem anderen Gebiet (Teile von Hessen und Rheinland-Pfalz).

Durch Rundschreiben vom 25. Februar 1958 teilte die Beklagte ihren Vertretern mit, sie müsse wegen einer beträchtlichen Lohnerhöhung für ihre Arbeiter die Provisionssätze für Kleinaufträge herabsetzen und die Spesensätze auf das im Rahmenvertrag festgelegte Maß zurückführen; zum Zeichen des Einverständnisses bat sie um Unterzeichnung des beigegeführten Entwurfes eines Zusatzvertrages. Die Klägerin lehnte das mit Schreiben vom 5. und 15. März 1958 ab. Darauf kündigte die Beklagte am 20. März 1958 unter Berufung auf "betriebsnotwendige Gründe" das Vertragsverhältnis zum 30. Juni 1958. Am 28. März 1958 schrieb die Klägerin der Beklagten, sie bedauere sehr, daß ihr Brief vom 15. März den Anlaß zur Kündigung gegeben habe, und bitte, diesen als nicht geschrieben zu betrachten, es sei ihr daran gelegen, mit der Beklagten über die verschiedenen Punkte zu sprechen, sie bitte um Mitteilung eines Zeitpunktes hierfür. Die Beklagte erwiderte am 8. April 1958, sie sei bereit, auf Basis ihrer Vorschläge vom 25. Februar mit der Klägerin neu abzuschließen, obwohl ihr die Art und Weise, mit der die Klägerin geglaubt habe, ihre Rechte verteidigen zu müssen, mißfallen habe; einen Termin für die gewünschte Besprechung, die erst etwa Mitte Mai möglich sei, könne sie im Augenblick noch nicht angeben. Die Klägerin bestätigte mit Schreiben vom 13. April 1958 den Empfang des Schreibens der Beklagten und fügte hinzu, sie sehe der Bekanntgabe des Termins entgegen. Am 8. Mai 1958 schrieb sie jedoch der Beklagten, nach reiflicher Überlegung sei sie zu der Einsicht gekommen, es bei der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung zum

30. Juni 1958 zu belassen. Die Beklagte entgegnete mit Schreiben vom 16. Mai 1958, ihre Kündigung vom 20. März sei durch das Schreiben der Klägerin vom 28. März gegenstandslos geworden; sie betrachte daher das Schreiben der Klägerin vom 8. Mai als eine nunmehr von dieser ausgesprochene Kündigung, die sie, obwohl verspätet, annehme. Mit Schreiben vom 19. Juni 1958 kündigte die Beklagte der Klägerin fristlos unter Berufung darauf, daß die Klägerin bereits vor Ablauf des Vertrages für eine Konkurrenzfirma tätig geworden sei.

Die Klägerin übernahm am 1. Juli 1958 die Vertretung der Verbandsstofffabrik L. KG, und zwar im wesentlichen in demselben Bezirk, in dem sie bisher die Beklagte vertreten hat.

Mit der Klage hat die Klägerin Zahlung eines angemessenen der Höhe nach in das billige Ermessen des Gerichts gestellte Ausgleichs verlangt.

Sie hat vorgetragen, sie habe der Beklagten keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben. Wenn auch anläßlich der Lösung des Vertragsverhältnisses der Parteien manche Kunden der Beklagten zu der Firma L. übergegangen seien, so sei der Beklagten doch der überwiegende Teil ihrer Kunden in dem früheren Bezirk der Klägerin verblieben.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und Widerklage erhoben, zuletzt mit dem Antrage, die Klägerin zu verurteilen, ihr 10.000 DM Schadensersatz zu zahlen.

Sie hat geltend gemacht: Nicht sie, sondern die Klägerin habe die Beendigung des Vertragsverhältnisses herbeigeführt. Ihre (der Beklagten) Kündigung sei auf Bitten der Klägerin erledigt betrachtet worden. Sie sei aber auch zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen. Die Klägerin habe ferner den größten Teil der Kundschaft, und zwar gerade die besten Kunden der Firma L. zugeführt und ziehe aus der Tätigkeit für diese Firma kein geringeres Einkommen als zuvor. Die Gesellschafter der Klägerin hätten während der langen Vertragsdauer auch bereits den vollen Nutzen aus ihrer Arbeit gehabt. Ihr Schadensersatzanspruch hat die Beklagte insbesondere auf das



Verhalten gestützt, das die Gesellschafter der Klägerin gegenüber den Kunden nach dem Auftreten der Spannungen an den Tag gelegt hätten; sie sieht darin eine Verletzung des Vertretervertrages.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Widerklage die Beklagte verurteilt, der Klägerin einen Ausgleich von 8.000 DM zu zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Klägerin den von der Beklagten zu zahlenden Ausgleich auf 12.000 DM nebst Zinsen festgesetzt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge zur Klage und Widerklage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Zu der gemäß § 89 b Abs. 2 HGB in erster Linie bedeutsamen Frage, welche Partei das Vertragsverhältnis gekündigt hat, hat das Berufungsgericht ausgeführt (BU 15, 11): Die Beklagte habe gekündigt. Sie habe der Klägerin nicht etwa nachträglich angeboten, den Vertrag zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, sondern sich nur bereit erklärt, mit der Klägerin zu den von ihr geforderten Bedingungen neu abzuschließen. Die Ablehnung dieses Angebots durch die Klägerin könne einer Kündigung nicht gleichgestellt werden.

Dem ist beizutreten. Wenn die Revision dagegen vorbringt, die Kündigung der Beklagten habe durch den nachfolgenden Schriftwechsel der Parteien ihre Erledigung gefunden, so setzt sie sich mit dem eindeutigen Wortlaut insbesondere des Schreibens der Beklagten vom 8. April 1958 in Widerspruch. Die Rechtswirkungen der Kündigung der Beklagten hätten nur durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien beseitigt werden können. Dazu ist es nach der rechtsirrtumsfreien Annahme des Berufungsgerichts nicht gekommen. Das Schreiben

der Klägerin vom 8. Mai 1958 ist lediglich dahin zu beurteilen, daß sie sich mit der Kündigung der Beklagten nachträglich einverstanden erklärt hat. Dem kommt für den Ausgleichsanspruch der Klägerin keine rechtliche Bedeutung zu. Nachdem die Beklagte einmal gekündigt hatte, ist das Verhalten der Klägerin auch nicht als treuwidrig anzusehen.

II.

Das Berufungsgericht hat ferner dargelegt, für die Kündigung der Beklagten habe kein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens der Klägerin vorgelegen. Deshalb entfalle einerseits der mit der Widerklage geltendgemachte Schadensersatzanspruch der Beklagten. Andererseits stehe dem Ausgleichsanspruch der Klägerin die Vorschrift des § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB nicht entgegen (BU 9 ff).

Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu sind rechtlich nicht zu beanstanden.

1.) Die Revision macht zunächst geltend, die Klägerin hätte sich den Umständen nach mit den von der Beklagten vorgeschlagenen Kürzungen einverstanden erklären müssen. Ihre diesbezüglichen Darlegungen gehen ins Leere.

Sowohl für den Ausgleichsanspruch der Klägerin als auch für den Schadensersatzanspruch der Beklagten ist es ohne Bedeutung, ob etwa die Beklagte wegen des ablehnenden Verhaltens der Klägerin einen begründeten Anlaß zur Kündigung hatte. Die Vorschrift des § 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB gilt nur für eine Kündigung des Handelsvertreters. Für eine solche des Unternehmers ist § 89 b Abs. 3 Satz 2 maßgebend. Daß die Klägerin mit der Ablehnung der Kürzungsvorschläge schuldhaft einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben hätte, hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen selbst nicht geltend gemacht. Sofern die Revisionsbegründung dahin zu verstehen sein sollte, handelt es sich um ein in der Revisionsinstanz unzulässiges neues Vorbringen (§ 561 ZPO).

2.) Die Revision hält ferner die Auffassung des Berufungsgerichts für rechtsirrig, daß die Klägerin die Kunden nicht falsch unterrichtet habe. Sie verkennt zwar nicht, daß die Würdigung der Beweisaufnahme Sache des Tatrichters war, meint aber, aus den "katastrophalen" Auswirkungen auf die Kunden hätte das Berufungsgericht "mit logischer Notwendigkeit" schließen müssen, daß die Gesellschafter der Klägerin es bei den Kunden an einer objektiven und unvoreingenommenen Darstellung des Sachverhalts hätten fehlen lassen.

a) Dabei berücksichtigt die Revision nicht die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Dieses hat dargelegt, die Inhaber der Klägerin hätten der Kundschaft den Kern der Angelegenheit zutreffend geschildert. Die Kunden hätten entscheidend daran Anstoß genommen, daß die Beklagte einem langjährigen Vertreter gekündigt habe, weil dieser sich einer Kürzung der Provisions- und Spesensätze widersetzt habe; sie würden auch bei Kenntnis weiterer Einzelheiten nicht anders reagiert haben. Diese tatrichterliche Würdigung bindet das Revisionsgericht. Das Berufungsgericht legt in diesem Zusammenhang ohne Rechtsfehler auch dem Umstand für die Meinungsbildung durch die Kunden keine wesentliche Bedeutung bei, daß schließlich die Klägerin bei ihrer ablehnenden Stellungnahme gegenüber den Forderungen der Beklagten verblieben ist und ihrerseits auf die in Aussicht genommene Besprechung verzichtet hat (EU 11, 12).

b) Ferner läßt die Auffassung des Berufungsgerichts keinen Rechtsirrtum erkennen, die Inhaber der Klägerin seien unter den obwaltenden Umständen nicht verpflichtet gewesen, der Reaktion der Kunden durch eine für die Beklagte möglichst günstige Darstellung und Bewertung der Angelegenheit entgegenzutreten. Mit Recht hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, es wäre Sache der Beklagten gewesen, vorher zu überlegen, welche Wirkung die Kündigung eines langjährigen Vertreters bei der Kundschaft haben werde. Sie kann die Folgen ihrer eigenen Handlungsweise nicht auf die Klägerin abwälzen.

c) Da ein schuldhaft rechtswidriges Verhalten der Klägerin nicht festzustellen ist, kann auch von einem Verstoß gegen § 1 UWG oder gegen die §§ 823, 826 BGB keine Rede sein.

3.) Die Widerklage ist daher mit Recht abgewiesen worden.

III.

Das Berufungsgericht hat ferner zum Ausgleichsanspruch der Klägerin ausgeführt (BU 16): Die Beklagte habe ausdrücklich zugestanden, daß Eckardt M. den Vertreterbezirk in der Zeit vor dem 2. Weltkrieg im wesentlichen wieder aufgebaut habe. Soweit ihr Vortrag in der Berufungsinstanz damit nicht in Einklang stehe, sei er unbeachtlich, weil die Voraussetzungen für den Widerruf eines Geständnisses nicht dargetan seien. Es sei daher mit dem Landgericht davon auszugehen, daß die Kundschaft im Bezirk der Klägerin zu 90 % von den Inhabern der Klägerin, insbesondere von Eckardt M. geworben war.

Hierzu rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung S. 19 übersehen, die Klägerin habe 215 Kunden im Jahre 1955 von dem früheren Vertreter in diesem Bezirk übernommen.

Diese Rüge ist begründet. Wie das Berufungsgericht selbst anführt, hat die Beklagte in der Klagebeantwortung S. 15 lediglich zugestanden, daß Eckardt M. in der Zeit vor dem 2. Weltkrieg seinen Bezirk im wesentlichen wieder aufgebaut habe. Das Berufungsgericht hätte daher das Beweiserbieten der Beklagten, Albert M. habe 1955 in dem ihm neu zugewiesenen Bezirk 215 Kunden übernommen, nicht übergehen dürfen. Insoweit lag kein Geständnis der Beklagten vor. Die Rüge der Revision ist dahin zu verstehen, daß sie sich auch gegen die dahingehende Annahme des Berufungsgerichts richtet. Wenn die Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten nachgewiesen wird, ist die Zahl der von der Klägerin geworbenen Kunden wesentlich geringer, als das Berufungsgericht annimmt. Das kann sich auf die Höhe der

Vorteile auswirken, die die Beklagte aus der Geschäftsverbindung mit diesen Kunden weiterhin hat, und das ist wiederum für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs von entscheidender Bedeutung (§ 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB).

Hiernach muß das angefochtene Urteil, soweit es den Ausgleichsanspruch zuerkannt hat, aufgehoben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Beweisantrages zu einer niedrigeren Bemessung des Ausgleichsanspruchs gekommen wäre. Das Revisionsgericht vermag das Urteil auch nicht zu einem Teilbetrag aufrechtzuerhalten, weil es hierfür an hinreichend zuverlässigen Anhaltspunkten fehlt.

IV.

Zu den weiteren Rügen der Revision ist folgendes zu bemerken.

- 1.) Rechtsirrig meint die Revision, von neuen Kunden könne keine Rede sein, wenn diese schon jahrzehntelang von der Beklagten bezogen hätten. Neue Kunden im Sinne des § 89 b Abs. 1 sind alle von dem Handelsvertreter geworbenen Kunden im Gegensatz zu solchen, die er bei Beginn seiner Tätigkeit übernommen hat.
- 2.) Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht erhebliche Vorteile im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB bejaht, obwohl der Beklagten nur ein Teil der von der Klägerin geworbenen Kunden verblieben ist (BU 16 f). Das rechtfertigt sich gerade dann, wenn, wie die Revision vorträgt, die Beklagte auf ihrem Fachgebiet das älteste und größte Unternehmen in Deutschland ist, das zusammen mit der Firma L. [REDACTED] einen Marktanteil von mindestens 60 % haben soll. Unter diesen Umständen kann auch etwa die Hälfte der bisherigen Umsätze noch als erheblicher Vorteil im Sinne der vorerwähnten Be-

stimmung angesehen werden. Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 9. November 1960 S. 4 auch selbst erklärt, sie wolle nicht bestreiten, daß ihr nach dem Ausscheiden der Klägerin noch ein ansehnlicher Kundenstamm verblieben sei.

3.) Der Ausgleichsanspruch wird, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Klägerin unmittelbar nach Auflösung der vertraglichen Beziehungen der Parteien zu der Firma L., der Hauptkonkurrentin der Beklagten, übergegangen ist.

a) Der Bundesgerichtshof hat in der in BB 1960 S. 605 abgedruckten Entscheidung vom 25. April 1960, II ZR 130/58, zwar geäußert, es könne zu einem Wegfall des Ausgleichsanspruchs führen, wenn der Handelsvertreter den Kundenstamm in der Weise weaternutze, daß er die Kunden mit den gleichen Waren für einen anderen Unternehmer beliefere; er hat aber in dem dort behandelten Falle - die Entscheidung ist insoweit an der angegebenen Stelle nicht abgedruckt - es als ausreichend zur Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs bezeichnet, daß der Kläger dadurch, daß er nicht mehr für die Beklagte tätig sein konnte, Ausfälle an Provision gehabt habe (vgl. ferner das Urteil des erkennenden Senats vom 22. September 1960, VII ZR 245/59, abgedruckt in BB 1960, S. 1179).

b) Die von der Beklagten angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle (BB 1959 S. 1151) ist offenbar maßgebend durch die eigene Erklärung des dortigen Klägers beeinflusst worden, 95 % der Kunden würden weiterhin von ihm beliefert. Soweit diese Entscheidung auf die Gefahr des Übergangs der Kunden zur Konkurrenz abstellt, ist zu sagen, daß im vorliegenden Falle, wie die Beklagte selbst eingeräumt hat, sich nach Ablauf einer gewissen Zeit die Lage im bisherigen Bezirk der Klägerin für sie wieder gefestigt hat und mit dem weiteren Abspringen von Kunden aus Gründen, die mit dem Ausscheiden der Klägerin in Zusammenhang standen, nicht mehr zu rechnen war.

c) Da die Klägerin durch ein Wettbewerbsverbot gemäß § 90 a HGB nicht gebunden war, kann auch allein aus der Tatsache ihres Übergangs zur Konkurrenz nichts Nachteiliges für die Bemessung ihres Ausgleichsanspruchs gefolgert werden. Im übrigen ist in diesem Zusammenhang noch zu bemerken, daß das Berufungsgericht S. 19 nicht, wie die Revision anführt, sagt, die Klägerin habe den größten Teil der Kunden zur Konkurrenz mitgenommen, sondern das nur von dem größten Teil der von der Beklagten abgesprungenen Kunden annimmt.

4.) Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten (BU 18, 20), daß die Höhe der Provisionseinnahmen der Klägerin aus ihrer neuen Tätigkeit für die Firma I. [REDACTED] nicht der Feststellung entgegensteht, die Klägerin habe Provisionsansprüche im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB verloren. Das ist nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes eindeutig. Der erkennende Senat hat das auch bereits im Urteil vom 29. März 1962, VII ZR 193/60 (S. 11, 12) ausgesprochen. Es ist ferner rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht hieraus auch unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine Bedenken gegen die Zuerkennung des Ausgleichs hergeleitet hat.

5.) Zu billigen ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts (BU 15, 23), die lange Dauer des Vertreterverhältnisses sei nicht zu Ungunsten der Klägerin zu werten.

a) Die Frage, in welchem Sinne die Dauer des Handelsvertreterverhältnisses bei der Bemessung des Ausgleichs sich auswirkt, ist, soweit festgestellt werden kann, in Rechtsprechung und Schrifttum bisher nur beiläufig, niemals eingehend erörtert worden (vgl. dazu BGH in BB 1957, S. 1161; das Urteil des erkennenden Senats vom 2. Februar 1961, VII ZR 253/59, S. 14; Oberlandesgericht Stuttgart in BB 1957, S. 562; Gessler, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Dissertation Hamburg 1953, S. 5, 11, 12, 43, 77; Schröder in BB 1954, S. 477, 480; Schröder, Recht der Handelsvertretung, § 89 b Anm. 18; Baumbach-Duden, Kommentar zum HGB, Anm. 2 E).

b) Im vorliegenden Fall hat zwar jedenfalls Eckardt M. in mehreren Jahrzehnten insgesamt hohe Einnahmen aus der Herstellung der Geschäftsverbindung der Beklagten mit den von ihm nach und nach geworbenen Kunden gezogen. Entsprechend hoch waren aber auch die Vorteile der Beklagten hieraus während der langen Vertragsdauer. Nach dem Ende der vertraglichen Beziehungen der Parteien zieht die Beklagte weitere Vorteile aus der Geschäftsverbindung wenigstens mit einem erheblichen Teil der von der Klägerin geworbenen Kunden, während diese insoweit keine Vorteile mehr zu erwarten hat. Hierfür steht ihr ein Ausgleich zu (vgl. BGHZ 24, 214, 222).

6.) Die Revision hat ferner noch gerügt, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag der Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 1961 (S. 9, 10) nicht beschieden, sie habe nach dem Ausscheiden der Klägerin zusätzlich 55.000 DM aufgewandt, um dem Umsatzrückgang im bisherigen Bezirk der Klägerin entgegenzuwirken.

Die Beklagte hat Gelegenheit, hierauf bei der neuen Verhandlung zurückzukommen. Gegebenenfalls wird der Vortrag einer weiteren Substantiierung bedürfen (vgl. dazu Schröder aaO § 89 b Anm. 9 und 19 a; LM Nr. 13 a zu § 89 b HGB; Gessler aaO S. 79).

V.

Das angefochtene Urteil ist hiernach aufzuheben, soweit es der Klage stattgegeben und über die Kosten entschieden hat. Dagegen ist die Revision zurückzuweisen, soweit sie die Widerklage weiterverfolgt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosien

Meyer

Finke