

# BUNDESGERICHTSHOF <sup>2081 050</sup>

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 73/66

## URTEIL

Verkündet am

28. November 1968

Horn,

Justizhauptsekretär :

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Hans S [REDACTED], S [REDACTED],  
N [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers  
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma N [REDACTED] - W e r k , Inhaber Helmut  
S [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 28. Oktober 1965 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es zum Nachteil des Klägers erkannt hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1953 Handelsvertreter der Beklagten. Er vertrieb deren Fußbodenbehandlungsmittel, insbesondere Lacke, in Teilen von Bayern.

Die Parteien haben in § 8 Abs. 2 des Vertrages vom 11. Oktober 1955 eine Wettbewerbsabrede getroffen. Darin verpflichtete sich der Kläger, vor Ablauf von 6 Monaten nach Vertragsende keine Konkurrenzfirma zu vertreten,

- 3 -

solange die Beklagte hierfür eine angemessene Entschädigung zahlte. Als angemessen waren 2/3 der durchschnittlichen Provisionsbezüge des Klägers im Vorjahr bezeichnet.

Mit Schreiben vom 27. Dezember 1962 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. März 1963. Um dieselbe Zeit kündigte sie auch einer Reihe anderer Handelsvertreter in der Absicht, neue einheitliche Verträge mit allen Vertretern abzuschließen. Der Kläger lehnte den von der Beklagten angebotenen Abschluß eines neuen Vertrages ab.

Am 2. März 1963 nahm der Kläger an einer Besprechung der gekündigten Handelsvertreter in Bad Soden teil, bei der auch ein Vertreter der Konkurrenzfirma F. anwesend war.

Am 21. Juni 1963 wurde die Firma E., Gesellschaft moderner Kunststoff- und Lackbeschichtungen mbH, die die Erzeugnisse der Firma F. vertreiben sollte, mit einem Stammkapital von 50.000 DM gegründet. Der Kläger und zwei andere bisherige Handelsvertreter der Beklagten beteiligten sich mit einer Stammeinlage von je 1.000 DM.

Die Beklagte zahlte dem Kläger für die Monate April bis Juli 1963 eine Karenzentschädigung von zusammen 5.143,68 DM. Die Zahlung weiterer Entschädigungsbeträge lehnte sie ab.



Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm folgende Beträge nebst Zinsen zu zahlen:

1.) für die Monate April bis Juli 1963 weitere je 364,08 DM Karenzentschädigung und für den Monat August 1967 eine solche von 1.650 DM,

2.) 1.680 DM rückständige Provision,

3.) einen der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Ausgleich.

Die Beklagte hat geltend gemacht, dem Kläger stehe weder eine Karenzentschädigung noch ein Ausgleichsanspruch zu, weil er sich an der Gründung der Konkurrenzfirma beteiligt und ihr - der Beklagten - den Kundestamm abgeworben habe. Gegen den nicht bestrittenen Anspruch auf Zahlung rückständiger Provision und einen etwaigen Ausgleichsanspruch des Klägers hat die Beklagte mit dem Anspruch auf Rückerstattung der nach ihrer Auffassung zu Unrecht gezahlten Karenzentschädigung aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger 3.036,32 DM nebst Zinsen zu zahlen, und im übrigen die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter, soweit diesen nicht stattgegeben worden ist. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Anspruch auf Karenzentschädigung

1.) Das Berufungsgericht verneint diesen Anspruch des Klägers, weil er sich maßgeblich an der Gründung der Konkurrenzfirma E [REDACTED] beteiligt und damit gegen Sinn und Zweck der Wettbewerbsabrede verstoßen habe. Wenn die E [REDACTED] auch erst am 21. Juni 1963 gegründet worden sei, so reichten ihre Anfänge auf die Besprechung vom 2. März 1963, an der der Kläger teilgenommen habe, und auf die folgenden Besprechungen zurück. Es sei daher unwesentlich, daß der Kläger seine eigentliche Vertretertätigkeit erst im September 1963 aufgenommen haben wolle.

Das Berufungsgericht hat im übrigen auf das gleichfalls mit der Revision angefochtene Urteil seines 7. Zivilsenats in Sachen K [REDACTED] gegen N [REDACTED] vom 19. Mai 1965 ( 7 U 2491/64 = BGH VII ZR 161/66 ) Bezug genommen und sich der dort vertretenen Rechtsauffassung angeschlossen. In diesem Urteil heißt es: Bei der Besprechung am 2. März 1963 habe man mit dem Vertreter der Firma F [REDACTED] über eine geschlossene Übernahme der von der Beklagten gekündigten Handelsvertreter verhandelt, die von diesem zugesagt worden sei. Die Vertreter hätten nach der Karenzzeit mit ihren alten Kunden in derselben Branche weiterarbeiten wollen, also beabsichtigt, ihren alten Kundenstamm der Konkurrenzfirma zuzuführen. Die Besprechung vom 2. März 1963 sowie mehrere anschließende Besprechungen hätten die Grundlage abgegeben für die Aufnahme der Tätigkeit der Firma E [REDACTED], die bereits im

Vorgründungsstadium, nämlich im April/Mai 1963 Konkurrenzgeschäfte getätigt habe. So sei sie zu dieser Zeit bei einer Fachausstellung in Karlsruhe in Erscheinung getreten. Der Kläger (K [REDACTED]) sei auch an der Gründung der E [REDACTED] mit einer Einlage von 1.000 DM beteiligt gewesen. Hiernach sei die Annahme gerechtfertigt, daß er von Anfang an die Konkurrenzgeschäfte der E [REDACTED] durch seine Mitwirkung zumindest mitgefördert habe. Er habe damit die Grenzen einer nicht zu beanstandenden, bloß vorbereitenden Tätigkeit für eine spätere Ausübung seines Berufs überschritten und schuldhaft gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen.

2.) Die Revision macht geltend: Dem Kläger sei durch die Wettbewerbsabrede lediglich eine Tätigkeit untersagt gewesen, die auf den Verkauf von Wettbewerbserzeugnissen gerichtet war. Eine solche habe er vor September 1963 nicht entfaltet. Die vom Berufungsgericht erwähnten Besprechungen und die Gründung der E [REDACTED] hätten einer zulässigen Vorbereitung der neuen Vertretertätigkeit des Klägers gedient. Die wirtschaftlich unbedeutende Beteiligung des Klägers mit einer Stammeinlage von 1.000 DM könne ebenfalls nicht als Verstoß gegen die Wettbewerbsabrede angesehen werden.

3.) Die Revision hat Erfolg. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um die von ihm daraus abgeleiteten rechtlichen Schlussfolgerungen zu rechtfertigen.

a) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß der Kläger die Vertretertätigkeit für die Firma E [REDACTED] erst im September 1963 aufgenommen hat. Für diesen Monat

begehrt er keine Karenzentschädigung von der Beklagten mehr. Er hat unbestritten vorgetragen, die Beklagte habe die Karenzzeit selbst auf fünf Monate (bis Ende August 1963) abgekürzt.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß einem Handelsvertreter auch während der Geltungsdauer einer Wettbewerbsabrede Maßnahmen zur Vorbereitung einer neuen Tätigkeit gestattet sind. Der erkennende Senat hat es in der Entscheidung BGHZ 42, 59, 62 als das selbstverständliche Recht eines Handelsvertreters bezeichnet, sich gegebenenfalls schon vor einer Kündigung um einen anderen Tätigkeitsbereich zu bemühen. Erst recht muß ihm das während der Dauer eines Wettbewerbsverbots nach Vertragsende erlaubt sein.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe mit seinem Verhalten die Grenzen zulässiger Vorbereitung einer neuen Vertretertätigkeit überschritten, entbehrt der hinreichenden tatsächlichen Grundlage.

Die Teilnahme des Klägers an der Besprechung am 2. März 1963 diene lediglich einer solchen Vorbereitung. Das gilt selbst dann, wenn hierbei bereits Absprachen über die Gründung der E. und die Einstellung der Vertreter bei dieser getroffen worden sein sollten. Es fehlt ferner an allen Feststellungen darüber, daß die vom Berufungsgericht beiläufig erwähnten weiteren Besprechungen die Grenze zulässiger Vorbereitungsmaßnahmen überschritten haben und daß der Kläger daran sowie an der Ausstellung in Karlsruhe überhaupt beteiligt gewesen ist.

c, Die Sach- und Rechtslage ist insoweit nicht anders zu beurteilen, wie wenn der Kläger allein nach der Kündigung durch die Beklagte Verbindung mit einer Konkurrenzfirma zwecks späteren Eintritts bei dieser aufgenommen hätte. Die Beklagte sieht allerdings verständlicherweise eine besondere Gefahr für sich darin, daß eine geschlossene Gruppe ihrer bisherigen Vertreter Verhandlungen mit der Konkurrenz aufgenommen hat und zu dieser übergegangen ist. Das hat sie aber ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben, indem sie fast gleichzeitig 12 ihrer Vertreter gekündigt hat. Sie durfte sich nicht darauf verlassen, daß diese bereit sein würden, die ihnen von ihr vorgelegten neuen Verträge abzuschließen, sie mußte vielmehr damit rechnen, daß die Vertreter sich ein anderes Betätigungsfeld in derselben Branche, in der sie sachkundig waren, suchen und daß sie dabei auch gemeinsame Schritte unternehmen würden.

Es war von den Vertretern nach Lage der Sache nicht zu verlangen, daß sie sich nur einzeln um eine neue Beschäftigung bemühten. Sie konnten und durften vielmehr die Vorteile wahrnehmen, die sich ihnen bei einem gemeinsamen Vorgehen boten. Die Beklagte muß das als Folge ihres eigenen Verhaltens hinnehmen. Durch die Kündigung hat sie ihren Handelsvertretern den Weg zu einer anderen Tätigkeit, gegebenenfalls auch zu einer solchen für ein Konkurrenzunternehmen freigemacht.

Bei der Behandlung des Ausgleichsanspruchs hat das Berufungsgericht selbst zum Ausdruck gebracht, die Beklagte habe mit der Kündigung mehrerer Vertreter das wirtschaftliche Risiko von deren Abwanderung, unter

Umständen auch zur Konkurrenz, in Kauf genommen, es sei verständlich, daß sich die Handelsvertreter gegen ihre Absicht, ihnen ihre Bedingungen aufzuzwingen, zur Wehr gesetzt hätten (BU 10, 13). Es hätte diesen Gesichtspunkt auch bei der Beurteilung des Entschädigungsanspruchs berücksichtigen müssen.

d) Der Kläger hat allerdings über vorbereitende Besprechungen hinaus sich am 21. Juni 1963 mit einer Einlage von 1.000 DM an der Gründung der E [REDACTED] beteiligt. Diese geringe Kapitalbeteiligung wäre zwar allein für die Belange der Beklagten ohne wesentliche Bedeutung. Anders wäre der Fall aber zu beurteilen, wenn die E [REDACTED] schon alsbald nach ihrer Gründung als GmbH, nicht erst seit September 1963, mit Wissen und Willen des ihr als Gesellschafter beigetretenen Klägers im Geschäftsverkehr als Konkurrentin der Beklagten aufgetreten sein sollte. Auch wenn der Kläger sich vor dem 1. September 1963 daran nicht weiter persönlich beteiligt haben sollte, so hätte er doch mittelbar die Konkurrenz schuldhaft gefördert und bei Beurteilung nach Treu und Glauben gegen Sinn und Zweck des Wettbewerbsverbots und der dafür gezahlten Entschädigung verstoßen. Er könnte daher diese von da an (vgl. BGH VersR 1960, 398) nicht mehr beanspruchen.

Hierzu fehlt es aber bisher an Feststellungen. Der Tatrichter wird eine Prüfung in dieser Beziehung nachzuholen haben. Vorher kann über den Anspruch des Klägers auf Karenzentschädigung und den Gegenanspruch der Beklagten auf Rückzahlung der nach ihrer Auffassung zu Unrecht gezahlten Entschädigungsbeträge nicht abschließend entschieden werden.

II.

Den Ausgleichsanspruch des Klägers hat das Berufungsgericht in Höhe von 6.500 DM als begründet erachtet.

1.) Es geht davon aus, die Beklagte habe dem Kläger unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt, nicht fristlos unter Berufung auf einen wichtigen Grund; dessen hätte es bedurft, um die Rechtsfolge des § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB herbeizuführen.

Für die Anwendung dieser Vorschrift ist es aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erforderlich, daß der Unternehmer fristlos gekündigt und dabei einen wichtigen Grund geltend gemacht hat. Es reicht zum Fortfall des Ausgleichsanspruchs aus, daß er fristgerecht gekündigt hat, wenn nur der Handelsvertreter sich vor Vertragsablauf eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das einen wichtigen Kündigungsgrund darstellt (vgl. BGHZ 24, 30, 35 und 48, 222).

2.) Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten (27. Dezember 1962) habe ein wichtiger Grund für diese noch nicht vorgelegen, ein solcher sei frühestens am 2. März 1963 eingetreten.

Träfe das zu, so entfielen nach dem Vorgesagten der Ausgleichsanspruch des Klägers. Nach den Ausführungen unter I handelt es sich aber bei der Teilnahme des

Klägers an der Besprechung vom 2. März 1963 lediglich um die Vorbereitung einer neuen Vertretertätigkeit, die ihm erlaubt war, und daher um kein schuldhaft vertragswidriges Verhalten im Sinne des § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB. Es ist auch nicht festgestellt, daß der Kläger bis zum 31. März 1963 in anderer Weise gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat.

3.) Das Berufungsgericht hat des weiteren die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 HGB für den Ausgleichsanspruch des Klägers bejaht und dabei zu dessen Gunsten berücksichtigt, daß die Beklagte den Verlust des vom Kläger geworbenen Kundenstamms nicht dargetan und daß sie ihren Vertretern gekündigt habe, um ihnen ihre Bedingungen aufzuzwingen. Andererseits hat es in Betracht gezogen, daß der Kläger die Konkurrenzklausel verletzt habe, indem er sich mit den anderen Vertretern zusammengetan habe, mit ihnen zur Konkurrenz übergegangen sei und damit für die Beklagte eine gefährliche Lage heraufbeschworen habe. Dieses Vorgehen des Klägers mindere seinen Ausgleichsanspruch erheblich. Es sei 1/4 des Höchstbetrags von 26.000 DM, also ein Betrag von 6.500 DM als angemessener Ausgleich anzusehen.

Nach der Auffassung des erkennenden Senats sind zwar bei Bemessung der Höhe des Ausgleichs im Rahmen der Billigkeit gegebenenfalls auch Umstände zu berücksichtigen, die erst nach Entstehen des Anspruchs, also nach Vertragsende, eingetreten sind (LM Nr. 24 zu § 89 b HGB).

Die Wertung des Verhaltens des Klägers durch das Berufungsgericht kann aber, wie die Ausführungen unter I ergeben, nicht gebilligt werden. Insbesondere ist darin nach den bisherigen Feststellungen keine Verletzung des Wettbewerbsverbots zu finden. Dem Kläger kann wie dargelegt auch nicht vorgeworfen werden, daß er sich mit den anderen Vertretern zusammengetan und mit ihnen nach Ablauf der Karenzzeit die Vertretertätigkeit bei der Konkurrenzfirma aufgenommen hat; offen ist lediglich die oben unter I 3 d erörterte Frage.

Unzweifelhaft hat die rechtsfehlerhafte Bewertung des Verhaltens des Klägers durch das Berufungsgericht dessen Entscheidung über den Ausgleichsanspruch zum Nachteil des Klägers beeinflußt.

### III.

Hiernach ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es zum Nachteil des Klägers erkannt hat. Auf die von der Revision erhobene Rüge der Verletzung des § 313 Abs. 1 Nr. 3 und 4 ZPO kommt es daher nicht mehr an.

Inwieweit dem Kläger ein weiterer Ausgleichsanspruch zusteht, muß der Tatrichter entscheiden, dessen Sache es ist, den angemessenen Ausgleich im Rahmen der Billigkeit unter Berücksichtigung der rechtlichen Beurteilung des Falls durch das Revisionsgericht neu festzusetzen.

Ebenso bedarf es weiterer tatrichterlicher Feststellungen dazu, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Kläger Karenzentschädigung zusteht.

Daher ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu überlassen ist.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Finke

Schmidt