



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 121/18

vom

3. April 2019

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. April 2019 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Dr. Kartzke sowie die Richterinnen Graßnack und Sacher

beschlossen:

Der Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. Dezember 2017 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 85.418,81 €

(Klage: 34.957,42 € + Widerklage: 50.461,39 €, §§ 44, 45 Abs. 1, 3 GKG)

#### Gründe:

I.

- 1 Der Kläger war vom 1. Oktober 2008 bis zumindest zum 31. Dezember 2012 als freier Handelsvertreter für die Beklagte tätig, für die er Shirts, Jacken, Parkas, Westen, Rucksäcke und sonstige Accessoires vertrieb. Ein schriftlicher Handelsvertretervertrag existiert nicht. Mündlich vereinbarten die Parteien, dass der Nettoumsatz der vom Kläger vermittelten Artikel mit 10 %

verprovisioniert wird. Mit Schreiben vom 13. Juni 2013 erklärte die Beklagte die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses, hilfsweise die Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt.

2 Der Kläger hat von der Beklagten die Zahlung von Provisionen in Höhe von 52.664,98 € verlangt. Die Beklagte hat mit der Widerklage im Wege der Stufenklage Auskunft in näher bezeichnetem Umfang über Geschäfte des Klägers mit dem Textillieferanten F. gefordert, Belege für die zu erteilende Auskunft und auf letzter Stufe die Zahlung von Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns, den sie mit 50.461,39 € beziffert hat. Mit diesem Betrag hat sie zudem hilfsweise die Aufrechnung mit der Klageforderung erklärt.

3 Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 34.957,42 € stattgegeben und im Übrigen Klage und Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten, mit der sie die Abweisung der Klage und ihre Widerklageanträge weiterverfolgt hat, ist ohne Erfolg geblieben.

4 Mit der Nichtzulassungsbeschwerde möchte die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers auf die Widerklage erreichen.

## II.

5 Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

6 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Widerklage sei unbegründet. Die Beklagte habe keinen Anspruch gegen den Kläger auf Auskunft über die

Geschäfte, die der Kläger mit der Firma F. für Deutschland, Österreich, die Schweiz und Belgien in der Zeit vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 abgeschlossen habe. Zugunsten der Beklagten könne unterstellt werden, dass der Handelsvertretervertrag mit dem Kläger bis zum 13. Juni 2013, als die Beklagte eine fristlose Kündigung des Vertrags ausgesprochen habe, Bestand gehabt habe. Die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, dass der Kläger die Firma F. abgeworben habe. Die Beklagte lege lediglich dar, es sei auf der Messe "Bread & Butter" am 14. Januar 2013 zu einem Gespräch zwischen dem Bruder des Geschäftsführers der Beklagten und dem Vertriebsleiter der Firma F., dem Zeugen D., gekommen. Dabei habe dieser erklärt, seine Firma werde künftig mit dem Kläger weiterarbeiten. Der Kläger bestreite nicht, nach der Beendigung des Lieferantenvtrags zwischen der Beklagten und der Firma F. mit letzterer auf eigene Rechnung zusammengearbeitet zu haben. Er bestreite aber, die Firma F. abgeworben zu haben. Da die Beklagte nicht darzulegen vermocht habe, aufgrund welcher Umstände die Firma F. sich entschlossen habe, künftig mit dem Kläger zusammenzuarbeiten, sei ein unlauteres Verhalten des Klägers nicht schlüssig vorgetragen.

7 Dem Kläger könne auch nicht der Vorwurf gemacht werden, er sei mit der Beklagten während der Laufzeit des Handelsvertretervertrags in Wettbewerb getreten. Zwar habe der Kläger ab 2013, also noch während seiner Handelsvertreterertätigkeit für die Beklagte, mit der Firma F. zusammengearbeitet. Dadurch sei er jedoch nicht in Konkurrenz zu der Beklagten getreten. Denn nachdem die Firma F. die Zusammenarbeit mit der Beklagten beendet hatte, habe die Beklagte selbst die Produkte, die der Kläger fortan von der Firma F. geliefert bekommen habe, nicht mehr anbieten können. Die Firma F. stelle Taschen her; dass die Beklagte auch Taschen anderer Hersteller abgesetzt habe, sei nicht dargetan.

- 8           2. Zu Recht rügt die Beklagte, dass sich das Berufungsgericht mit dem erheblichen Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz zum Inhalt des mit dem Zeugen D.           auf der Fachmesse "Bread & Butter" geführten Gesprächs nicht befasst, das Vorbringen der Beklagten zu Unrecht als unsubstantiiert bewertet und daher den angebotenen Zeugenbeweis prozessordnungswidrig nicht erhoben hat. Die Verfahrensweise des Berufungsgerichts verletzt das Recht des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).
- 9           a) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt voraus, dass im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist. Geht das Berufungsgericht in den Gründen des Berufungsurteils auf den wesentlichen Kern des Vorbringens einer Partei zu einer Frage nicht ein, welches für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert war (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 - VII ZR 13/18 Rn. 12, BauR 2019, 544; Beschluss vom 10. August 2016 - VII ZR 158/15 Rn. 7; Beschluss vom 23. Februar 2016 - VII ZR 28/15 Rn. 7, IHR 2016, 124; Beschluss vom 20. Mai 2014 - VII ZR 187/13 Rn. 6; BVerfG, NJW 2009, 1584, juris Rn. 14 m.w.N.).
- 10           b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt.
- 11           aa) Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung vorgetragen, der Kläger habe Vorordern ab März 2012 nicht mehr für die Beklagte beschafft, sondern diese auf eigene Rechnung gesammelt, oder einen "Orderdruck" bewirkt, den er dann ab Ende 2012 durch wirtschaftlich wie formell eigene Ordern abgelöst habe. Dieser Vortrag ist hinsichtlich des Vorwurfs, der Kläger habe die

Firma F. als Kunde der Beklagten im Jahr 2012 abgeworben, hinreichend substantiiert. Mit diesem erheblichen Vorbringen hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt und damit das Recht der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. Der Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es das Vorbringen gewürdigt und die von der Beklagten für ihre Behauptung benannten Zeugen H.

und D. vernommen hätte. Ist davon auszugehen, dass der Kläger - wofür das unter Beweis gestellte Verhalten ein gewisses Indiz darstellen könnte - pflichtwidrig eine Geschäftsbeziehung zu einem Wettbewerber der Beklagten während des Bestehens des Handelsvertreterverhältnisses angebahnt hat, können der Beklagten sowohl ein Auskunfts- als auch ein Schadensersatzanspruch zustehen, mit dem sie gegen die Provisionsforderung des Klägers mit Erfolg die Aufrechnung erklären kann.

12 Das Berufungsgericht hat als Folge dieses Gehörsverstoßes darüber hinaus fehlerhaft angenommen, der Kläger habe nicht gegen seine sich aus § 86 Abs. 1 HGB ergebende vertragliche Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Beklagten verstoßen, weil er erst im Laufe des Jahres 2013 eine Geschäftsbeziehung zur Firma F. unterhalten habe. Aus dem von der Beklagten in Bezug genommenen erstinstanzlichen Vorbringen sowie den Ausführungen in der Berufungsbegründung, mit denen sich das Berufungsgericht nicht befasst hat, ergibt sich demgegenüber, dass die Beklagte vorgetragen hatte, dass der Kläger eine eigene Geschäftsbeziehung zur Firma F. bereits Mitte des Jahres 2012 angebahnt hatte.

13 bb) Die Beklagte beanstandet außerdem zu Recht, dass das Berufungsgericht, ohne einen rechtlichen Hinweis nach § 139 ZPO zu erteilen, nicht annehmen durfte, die Beklagte habe nach Beendigung des Lieferantenvertrags mit der Firma F. in keinem Wettbewerbsverhältnis zu dieser gestanden.

14 Das Berufungsgericht hat keine eigenen tatsächlichen Feststellungen getroffen, sondern gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die Feststellungen des Landgerichts Bezug genommen. Das Landgericht hat festgestellt, dass die Firma F. "in erster Linie" Taschen herstellt. Das Berufungsgericht geht demgegenüber, ohne dass dies von den Feststellungen des Landgerichts gedeckt ist, davon aus, dass die Firma F. ausschließlich Taschen herstellt und die Beklagte insoweit nach Beendigung der Geschäftsbeziehung nicht in einem Wettbewerbsverhältnis mit ihr steht, weil sie Taschen anderer Hersteller nicht vertreibt. Angesichts des erstinstanzlichen Vortrags der Beklagten, der Kläger habe mit dem "Abgraben" der Lieferbeziehung zur Firma F. den "gesamten Geschäftsbereich für den Vertrieb von Textilien" bei ihr zerstört, durfte das Berufungsgericht unter Beachtung von Art. 103 Abs. 1 GG nicht oder jedenfalls nicht ohne einen vorherigen Hinweis nach § 139 ZPO annehmen, die Firma F. habe lediglich Taschen hergestellt.

15 Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Die Beklagte macht mit der Beschwerde geltend, dass sie auf einen entsprechenden Hinweis des Berufungsgerichts hin vorgetragen hätte, dass die Firma F. auch Bekleidung herstelle und insoweit ein Wettbewerbsverhältnis mit der Beklagten weiterhin gegeben sei. Ist dieses Vorbringen zugrunde zu legen, wäre der Annahme des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen, nach Beendigung der Geschäftsbeziehung zur Firma F. habe ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dieser und der Beklagten nicht mehr bestanden. In diesem Fall käme der mit der Widerklage geltend gemachte Auskunfts- und Schadensersatzanspruch in

Betracht, mit der Folge, dass im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachte Hilfsaufrechnung auch über die Klageforderung derzeit nicht abschließend entschieden werden kann.

Pamp

Halfmeier

Kartzke

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 25.10.2016 - 2-3 O 108/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 21.12.2017 - 6 U 232/16 -