



## Unberechtigte Suspendierung

# Überlegungsfrist zur außerordentlichen Kündigung

Werden Vertreter vom Unternehmer unberechtigt freigestellt, können sie fristlos kündigen. Hierbei dürfen sie jedoch die Überlegungsfrist nicht überschreiten. Diese liegt bei Vertreterverträgen regelmäßig bei einem Monat. Das OLG Frankfurt am Main hatte zu entscheiden, wann eine solche Überlegungsfrist anfängt.

### Was war passiert?

Im Streitfall hatte ein Vertreter auf Schadensersatz und Ausgleich geklagt. Der beklagte Unternehmer hatte dem Vertreter am 25. August ordentlich gekündigt und zugleich von der Tätigkeit freigestellt. Der Vertreter sah die Freistellung jedoch als unberechtigt an. Er hätte sie nur akzeptiert, wenn er eine Freistellungsvergütung erhalte. Der Vertreter forderte den Unternehmer auf, zu erklären, dass er seiner Tätigkeit wieder ungehindert nachgehen könne. Dieser verteidigte die Freistellung am 17. Oktober und verwies darauf, dass der Vertreter eine umfassende Vergütung erhalte, die den Verdienstausfall vollständig ersetze.

Der Vertreter entgegnete, auf einer Entschädigung aller Einnahmeverluste bestehen zu müssen, weil er auf die Umsätze der ihm nachgeordneten Vermittler keinen Einfluss mehr nehmen könne. Er setzte eine letzte Nachfrist auf den 23. Oktober, die Erklärung nachzuholen und drohte anderenfalls die außerordentliche Kündigung an. Das OLG sah die nach erfolglosem Verlauf am 24. Oktober ausgesprochene Kündigung des Vertreters als unwirksam an. Die darauf vom Unternehmer wegen Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit des Vertreters erklärte Kündigung sah es dagegen als wirksam an. Der Senat begründete seine Entscheidung wie folgt.

## Entscheidungsbegründung des Senats

Um einen Anspruch auf Schadensersatz des Vertreters nach § 89 a Abs. 2 HGB geltend zu machen, müsse die vom Vertreter erklärte Kündigung nach § 89 a Abs. 1 HGB wirksam sei. Sie müsse dafür innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntniserlangung des Kündigungsgrundes erklärt worden sein.

Zwar sei dem Vertreter eine Überlegungsfrist zu gewähren. Unter Würdigung aller Umstände sei jedoch zu prüfen, ob die Kündigung wegen Fristablaufs nach Treu und Glauben noch zulässig sei. Bei einem Vertretervertrag seien zwei Monate in der Regel schon zu lang. Als Überlegungsfrist sei daher regelmäßig eine einmonatige Frist als angemessen anzusehen.

Eine zuvor nicht vereinbarte Freistellung, rechtfertige eine Kündigung seitens des Vertreters aus wichtigem Grund. Denn nach dem Vertretervertrag habe dieser ein Recht darauf, seiner Tätigkeit nachzugehen. Die Freistellung sei ihm bereits ab dem 25. August bekannt gewesen. Die fristlose Kündigung am 24. Oktober sei deshalb zu spät ausgesprochen worden. Ein Zuwarten über zwei Monate sei zu lang. Der Vertreter habe den Sachverhalt nicht weiter ermitteln müssen.

Da er die Freistellung als unzulässig zurückgewiesen und den Unternehmer dazu aufgefordert habe, die Freistellung zurückzunehmen und der Unternehmer erklärt hatte, an der Freistellung festzuhalten, sei ein weiteres Zuwarten von über einem Monat bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht mehr als angemessene Frist anzusehen.

Dem stehe nicht entgegen, dass der Vertreter erwogen habe, die Freistellung gegen Zahlung einer Freistellungsvergütung zu akzeptieren. Solche Verhandlungen könnten zwar die angemessene Frist verlängern, keinesfalls aber auf bis zu zwei Monate. Dies gelte zumindest, wenn der Vertreter während der Freistellung Provisionszahlungen erhalten habe, deren Höhe er nicht hinreichend substantiiert in Frage gestellt habe. Denn der Vertreter sei anhand der ihm mehr als einen Monat vor Ausspruch der Kündigung erteilten Provisionsabrechnung in der Lage gewesen, zu erkennen, was der Unternehmer gezahlt habe und zu zahlen bereit gewesen sei.

Ein etwaiger Ausgleichsanspruch des Vertreters sei nach § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB ausgeschlossen, da der Unternehmer seinerseits, nach der unberechtigten fristlosen Kündigung des Vertreters, aus wichtigem Grund gekündigt habe. Rechtlich ergebe sich aus der unberechtigten fristlosen Kündigung, dass der Vertretervertrag fortbestanden habe. Deshalb sei auch das darin vereinbarte Wettbewerbsverbot trotz unberechtigter Freistellung zu beachten gewesen. Indem der Vertreter eine Konkurrenztaetigkeit aufgenommen habe, habe er seine obliegende Treupflicht derart verletzt, dass der Unternehmer seinerseits fristlos kündigen dürfen. Das dem Vertreter zustehende Berufsausübungsrecht stehe dem nicht entgegen.

Der Vertreter erkläre sich mit der unberechtigten Freistellung einverstanden, wenn er zu lange abwarte, bis er die fristlose Kündigung ausspricht. Die lediglich pauschale Behauptung, die Freistellungsvergütung sei zu niedrig, sei mangels hinreichender Substantiierung unbeachtlich.



**Jürgen Evers**  
Rechtsanwalt  
EVERS Rechtsanwälte  
für Vertriebsrecht

## Kommentar zum Urteil

Die Entscheidung ist abzulehnen. Denn soweit der Senat für den Beginn der Überlegungsfrist auf die Erklärung der Freistellung abstellt, hat er sich nicht mit der streitigen Frage auseinandergesetzt, ob bei Dauerverstößen auf das erste oder letztmalige Fehlverhalten abzustellen ist. Zudem hat der Senat verkannt, dass die Überlegungsfrist auf der Annahme beruht, das Zuwarten deute darauf hin, der Kündigende empfinde das beanstandete Ereignis selbst nicht als so schwerwiegend, dass ihm das Abwarten der Kündigungsfrist unzumutbar wäre.

Maßgeblich ist dabei auf das mit zunehmender Dauer der Duldung des Vertragsverstößes steigende Vertrauen des Vertragspartners abzustellen, der Vertrag bestehe fort. Im Allgemeinen hat der Unternehmer jedoch keinerlei Anlass dafür, davon auszugehen, dass der Vertreter das vertragswidrige Verhalten des Unternehmers plötzlich akzeptieren werde.

Da ein dauerndes vertragswidriges Verhalten eines Teils durch bloßes Zuwarten des anderen Vertragsteils nicht zu einem vertragsgemäßen wird, konnte der Unternehmer auch im Streitfall eben nicht davon auszugehen, der Vertreter werde das vertragswidrige Verhalten künftig akzeptieren. Auch wenn der Vertreter daher seit zwei Monaten weiß, dass der Unternehmer sich weiterhin vertragswidrig verhält, muss er deshalb wegen dieses Verhaltens noch wirksam fristlos kündigen können.

Der Senat hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass der Unternehmer im Streitfall schon nach einem Monat stetig mehr auf den Fortbestand des Vertretervertrages vertrauen durfte. Der Vertreter hat im Gegenteil sogar zum Ausdruck gebracht, dass er die Freistellung nur zu akzeptieren bereit ist, wenn der Unternehmer der Forderung auf Zahlung einer Freistellungsvergütung entspricht, die alle Einnahmeverluste ausgleicht.

Solange unter den Parteien streitig war, ob der Unternehmer dieser Forderung nachkommt, konnte der Unternehmer auch nicht davon ausgehen, dass der Vertreter die Freistellung hinnehmen wird. Dadurch, dass dieser nur die tatsächlich angefallenen Provisionen abrechnet, verspricht er dem Vertreter gerade keine vollständige Kompensation aller durch die Freistellung bedingten Einnahmeverluste. ■



Fon: 0421 696 77 0

Mail: j.evers@evers-vertriebsrecht.de