

Rosenkrieg mit roter Linie

Wie lange gilt die Überlegungsfrist bei dauerhaften Vertragsverstößen?

Von Jürgen Evers

Das OLG Frankfurt/Main¹ hatte darüber zu entscheiden, wann die Überlegungsfrist für eine fristlose Kündigung beginnt, die durch einen dauerhaften Vertragsverstoß veranlasst ist. Zugrunde lag eine u.a. auf Schadensersatz und Ausgleich gerichtete Klage. Unter Freistellung des klagenden Vertreters von der Tätigkeit hatte der beklagte Unternehmer am 25. August ordentlich gekündigt. Der Vertreter hatte die Freistellung als unberechtigt zurückgewiesen. Er akzeptiere sie allenfalls, wenn er eine Freistellungsvergütung erhalte. Der Vertreter forderte den Unternehmer auf, zu erklären, dass dieser seiner Tätigkeit wieder ungehindert nachgehen könne. Der Unternehmer verteidigte die Freistellung am 17. Oktober und verwies darauf, dass der Vertreter eine umfassende Vergütung erhalte, die den Verdienstausfall komplett kompensiere. Im Antwortschreiben bekräftigte der Vertreter, auf einer Kompensation aller Einnahmeverluste bestehen zu müssen, weil er auf die Umsätze der unterstrukturierten 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 fruchtlosem Verlauf am 24. Oktober ausgesprochene Kündigung des Vertreters als unwirksam, die darauf vom Unternehmer wegen Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit des Vertreters erklärte dagegen als wirksam an. Zur Begründung führt der Senat folgendes aus.

ZWEI MONATE SIND ZU LANGE

Der Schadensersatzanspruch des Vertreters aus § 89 a Abs. 2 HGB setze eine wirksame Kündigung nach § 89 a Abs. 1 HGB voraus. Dazu bedürfte es einer innerhalb angemessener Frist nach Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund erklärten Kündigung. Dem Vertreter sei dabei eine Überlegungsfrist zuzubilligen. Unter Würdigung aller Umstände sei zu prüfen, ob die Kündigung wegen Zeitablaufs 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. Stelle der Unternehmer den Vertreter von der Tätigkeit frei, ohne dass dies vereinbart sei, rechtfertige die Freistellung eine Kündigung seitens des Vertreters aus wichtigem Grund. Denn diesem erwachse aus dem Vertretervertrag ein Recht zur Tätigkeit. Dem Vertreter sei die Freistellung am 25. August bekannt geworden. Bei Ausspruch der fristlosen Kündigung am 24. Oktober sei die Frist verstrichen. Das 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 bis zum 24. Oktober. Dies gelte jedenfalls, wenn der Vertreter nach der Freistellung Provisionszahlungen erhalten habe, deren Höhe und Berechtigung er nicht hinreichend substantiiert angegriffen 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. Der Ausgleichsanspruch des Vertreters sei nach § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB ausgeschlossen, weil der Unternehmer seinerseits nach der unberechtigten fristlosen Kündigung des Vertreters aus wichtigem Grund gekündigt habe. Rechtsfolge der unberechtigten fristlosen Kündigung sei es, dass der Vertretervertrag fortbestanden habe, weshalb auch das aus ihm folgende Wettbewerbsverbot trotz unberechtigter Freistellung zu beachten gewesen sei. Da der Vertreter eine Konkurrenztaetigkeit aufgenommen habe, habe

er die ihm obliegende Treuepflicht derart verletzt, dass der Unternehmer seinerseits fristlos habe kündigen dürfen. Das dem Vertreter zustehende Berufsausübungsrecht stehe dem nicht entgegen. Stelle der Unternehmer den Vertreter unberechtigt von der Tätigkeit frei, erkläre sich der Vertreter durch zu langes Zuwarten mit seiner fristlosen Kündigung mit der Freistellung einverstanden. Die lediglich pauschale Behauptung, die Freistellungsvergütung sei zu niedrig, sei mangels hinreichender Substantiierung unbeachtlich.

Die Entscheidung ist abzulehnen. Soweit der Senat für den Beginn der Überlegungsfrist auf die Erklärung der Freistellung abstellt, hat er sich nicht mit der streitigen Frage² auseinandergesetzt, ob bei Dauerverstößen auf das erste³ oder letztmalige⁴ 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.⁵ Deshalb ist maßgeblich auf das mit zunehmender Dauer der Duldung des Vertragsverstößes steigende Vertrauen des Vertragspartners auf den Fortbestand des Vertrages abzustellen.⁶ Da ein dauerndes vertragswidri-

ges Verhalten eines Teils durch bloßes Zuwarten des anderen Vertragsteils nicht zu einem vertragsgemäßen wird, kann ein Unternehmer aber nicht davon auszugehen, der Vertreter werde das vertragswidrige Verhalten plötzlich akzeptieren.⁷

-
- 1 18.10.2018 - 3 U 140/16 - VertR-LS – DVAG 62 –.
 - 2 Evers, Anm. 59 zu OLG Stuttgart, 30.11.2009 - 5 U 52/09 - VertR-LS mit Überblick über den Meinungsstand.
 - 3 OLG Düsseldorf, 02.10.1998 - 16 U 155/95 - VertR-LS 10.
 - 4 OLG Hamm, 23.03.2001 - 35 U 48/00 - VertR-LS 14.
 - 5 BGH, 14.04.1983 - IZR 37/81 - VertR-LS 7 m.w.N., st. Rspr.
 - 6 BGH, 29.06.2011 - VIII ZR 212/08 - VertR-LS 18.
 - 7 OLG München, 23.01.2014 - 23 U 1955/13 - VertR-LS 41 – DVAG 40 –.



Jürgen Evers

Evers Rechtsanwälte für Vertriebsrecht

In stiller Trauer nehmen wir Abschied von unserem Geschäftsführenden Gesellschafter und Mitgründer

Klaus Scholz

der am 5. Oktober 2018 nach kurzer schwerer Krankheit verstorben ist.

Er hat mit seinen Ideen, persönlichem Engagement und seiner Innovationskraft den Aufbau unseres Unternehmens maßgeblich geprägt.

Wir werden ihn mit höchstem Respekt in Erinnerung behalten. Er wird uns fehlen.

Thomas Binder, Dr. Burkhard Böbel, Michael Fenz
im Namen aller Gesellschafter und Mitarbeiter der
AAA Auctor Actor Advisor GmbH

Die Trauerfeier hat auf Wunsch des Verstorbenen im Familienkreis stattgefunden.

