
Datum: 17.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 126/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1217.18U126.07.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 19 O 32/06
Schlagworte: Stufenklage, Widerklage, Zwischenfeststellungsklage, unzulässiges Teilurteil, Handelsvertretervertrag, Kündigung, Buchauszug

Normen: § 87c HGB, § 256 Abs. 2 ZPO, § 301 ZPO

Leitsätze:

1.

Bei einer Stufenklage auf Erteilung eines Buchauszuges (1. Stufe) und auf Zahlung von Handelsvertreterprovision (2. Stufe) kann ein Teilurteil über die erste Stufe mit einer Entscheidung über eine Zwischenfeststellungsklage verbunden werden, mit der das Fortbestehen des Handelsvertreterverhältnisses geklärt werden soll. Wird mit dem Teilurteil der ersten Stufe zugleich über eine Widerklage auf Rückzahlung von Provisionsvorschüssen entschieden, kann dies ein unzulässiges Teilurteil darstellen.

2.

Der Buchauszug hat auch die vermittelten Geschäfte aufzuführen, hinsichtlich derer Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Handelsvertreter und dem Unternehmer darüber bestehen, ob sie Provisionsansprüche des Handelsvertreters begründen. Der Streit, ob im Einzelfall ein Provisionsanspruch entstanden ist, ist erst auf der Leistungsstufe auszutragen.

Tenor:

Unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das am 19. Juni 2007 verkündete Teilurteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund (19 O 32/06) wird

1. die Beklagte verurteilt, dem Kläger einen Buchauszug zur Verfügung zu stellen, der Auskunft über die von dem zwischen den Parteien geschlossenen Handelsvertretervertrag vom 14./15.09.2005 umfassten Geschäfte gibt, die die Beklagte im Zeitraum vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2009

a) ihrerseits als Handelsvertreter für Lizenzen und Wartung für Lizenzen der J-N3 Produktreihe W vermittelte,

b) selbst über Dienstleistung/Consulting für diese J-N3-Produktreihe ab-geschlossen hat,

c) selbst über Lizenzen und Wartung für Lizenzen zum Produkt T4 abge-schlossen hat,

und in dem folgende Angaben enthalten sind:

- Name und Anschrift des Vertragspartners,
- Zeitpunkt des Vertragsschlusses,
- Gegenstand und Inhalt des Vertrages,
- Höhe der sich aus dem Vertragsschluss ergebenden Zahlungen des Dritten an die Beklagte,
- Zeitdauer der abgeschlossenen Verträge,
- Datum und Inhalt von gegebenenfalls vorgenommenen Ergänzungen und Änderungen für diese Verträge.

2. Es wird festgestellt, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gemäß Handelsvertretervertrag vom 14./15.09.2005 vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2008 Bestand hatte.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Es beschwert die Beklagte mit nicht mehr als 20.000,00 Euro; die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

A.

2

Der Kläger macht im Wege der Stufenklage einen Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges und daran anschließend auf Zahlung von Provisionen aus einem mit der Beklagten geschlossenen Handelsvertretervertrag geltend. Daneben begehrt er die Feststellung, dass der Handelsvertretervertrag bis zum 31.08.2008 Bestand hatte. Die Beklagte hat vom Kläger widerklagend die Rückzahlung von Provisionsvorschüssen verlangt.

3

Mit Vertrag vom 30.01.2002 (Anlage K2) wurde der Kläger als Handelsvertreter für die Fa. G GmbH tätig, deren Geschäftsführer der jetzige Mitgeschäftsführer der Beklagten Dr. P war. Der Kläger hatte in Deutschland, Österreich und in der Schweiz für die G GmbH den Vertrieb von Softwarelizenzen, Wartungsverträgen und Consultingverträgen zu vermitteln. § 6 Abs. 2 des Vertrages vom 30.01.2002 lautete:

4

"Nach Vertragsbeendigung hat der Auftragnehmer weitere 12 Monate Provisionsanspruch auf alle getätigten Umsätze mit Kunden, die vom Auftragnehmer akquiriert wurden."

Seit dem 01.03.2003 war Herr G4 für den Kläger als Untervertreter tätig.

6

Am 19.02.2003 erwarb die amerikanische Firma N3 die Gesellschaftsanteile der G GmbH, am 18./19.04.2005 wiederum übernahm die amerikanische Firma J die Firma N3 und damit auch die G GmbH. Die G GmbH änderte ihren Namen nicht, lediglich die Produkte wurden umbenannt.

7

Mit Schreiben vom 26.08.2004 (Anlage K1) kündigte die G GmbH den Handelsvertretervertrag mit dem Kläger fristgemäß zum 28.02.2005. Daraufhin machte der Kläger mit Schreiben vom 02.05.2005 (Anlage K4) gegenüber der G GmbH die Zahlung von ausstehenden Provisionen sowie einen Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB geltend.

8

Zunächst hatte der jetzige Mitgeschäftsführer Dr. P der Beklagten geplant, die G GmbH im Rahmen eines Management-Buy-Out selbst zu übernehmen. In Kenntnis dieser Pläne setzte der Kläger seine Handelsvertretertätigkeit fort. Im August 2005 wurde jedoch die Beklagte unter Beteiligung ihres Mitgeschäftsführers Dr. P neu gegründet. Mit Wirkung ab dem 01.07.2005 übernahm sie im Rahmen eines Assetdeals die wesentlichen Assets der G GmbH, u.a. auch die von dem Kläger akquirierten Kundenbeziehungen und die daraus abgeschlossenen Verträge. Ab diesem Zeitpunkt stellte die G GmbH ihre Tätigkeit ein. Aus den bestehenden Kundenbeziehungen fakturierte nunmehr ausschließlich die Beklagte. Sie wurde Vertriebspartner der J mit dem Recht, Inforprodukte zu vermitteln. Ferner verpflichtete sie sich, die Wartung, das Consulting und die Entwicklung und Anpassung der Softwareprodukte durchzuführen.

9

Am 14./15.09.2005 schloss der Kläger mit der Beklagten einen Handelsvertretervertrag mit Wirkung ab dem 01.09.2005. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 19-28 GA Bezug genommen.

10

Am 14.09.2005, also noch vor Vertragsschluss, übersandte der Kläger dem Mitgeschäftsführer Dr. P der Beklagten zwei Listen (Anlagen B10 und B11), die als Anhang zu dem Vertrag vorgesehen waren und die Kunden enthielten, welche für den Kläger geschützt werden sollten. Der Streichung einiger Kunden auf dieser Liste durch Dr. P widersprach der Kläger. Daraufhin übersandte der Mitgeschäftsführer Dr. P der Beklagten

11

dem Kläger die Listen, auf denen er nunmehr einige Kunden mit der Anmerkung "2)" markiert hatte (Bl. 29-32 GA). Diese Anmerkung bedeutete: "Ansprüche wurden bereits gegenüber G/J geltend gemacht. Kundenschutz bezieht sich auf zukünftige, andere Projekte." Auch diesem Zusatz will der Kläger widersprochen haben, er unterzeichnete die Listen nicht.	
In der Folgezeit zahlte die Beklagte dem Kläger einen Provisionsvorschuss von insgesamt 12.000,00 Euro.	12
Vor dem 11.11.2005 versuchte der Kläger zunächst, sämtliche offenen Provisionsforderungen gegen die G GmbH zu realisieren. Am 11.11.2005 schlossen der Kläger und die G GmbH einen Vergleich (Anlage K5), in dem es u.a. heißt:	13
<i>"Zur umfassenden und abschließenden Abgeltung aller vertraglicher und gesetzlicher Ansprüche, die (dem Kläger) aus dem Vertragsverhältnis jetzt oder zukünftig gegenüber der G GmbH zustehen oder noch zustehen könnten, zahlt die G GmbH an (den Kläger) EUR 275.000,00 (...). Die Parteien sind sich einig, dass mit diesen Zahlungen sämtliche bestehenden oder etwaigen Ansprüche umfassend abgegolten sind und (der Kläger) jetzt und in Zukunft keine Ansprüche gegen die G GmbH mehr hat. (...)."</i>	14
Im Schreiben vom 14.11.2005 (Anlage K6) führte der damalige Verhandlungsführer der G GmbH, Rechtsanwalt Dr. W2, aus, dass aus der vertraglichen Regelung vom 11.11.2005 alle Vorgänge ausscheiden, bei denen der Kläger "zwar für frühere Kunden der G tätig wird, sich seine erneute Vermittlungstätigkeit aber auf Vermittlungen erstreckt, die nicht mehr mit der G GmbH abgeschlossen werden."	15
Mit Schreiben vom 08.12.2005 (Anlage K9) forderte der Kläger die Beklagte zur Auskunft über abgeschlossene Verträge und Rechnungsstellung für die Zeit ab 01.10.2005 auf und mahnte die Zahlung rückständiger Rechnungen an. Mit Schreiben vom 31.01.2006 (Anlage K11) forderte er sodann die Erteilung eines Buchauszuges.	16
Der Kläger stellte gegenüber der Beklagten vom 01.12.2005 bis zum 01.12.2006 diverse Rechnungen über insgesamt 229.982,51 Euro für von ihm seiner Ansicht nach verdiente Provisionen. Die Rechnungen betrafen Verträge, welche die Beklagte in der Zeit vom 14.08.2005 – 30.04.2006 mit den Firmen G3, D, C2 und N3 geschlossen hatte (im Einzelnen Bl. 76 – 77 GA; Anlage K39).	17
Mit Schreiben vom 16.02.2006 (Anlage K3) erklärte die Beklagte die Anfechtung des Vertragsverhältnisses vom 14./15.09.2005 sowie die Kündigung aus wichtigem Grunde. Während des bereits laufenden Berufungsverfahrens kündigte die Beklagte mit einem Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 02.08.2007 (Bl. 277 GA) das Handelsvertreterverhältnis erneut fristlos, hilfsweise fristgerecht. Auf die Begründung beider Kündigungsschreiben wird Bezug genommen.	18
Die Kündigung vom 02.08.2007 wies der Kläger mit Schreiben vom 07.08.2007 (Bl. 279 – 280 GA) mangels Vorlage einer darauf gerichteten Vollmacht zurück.	19
Der Kläger hat sich Provisionsansprüchen in der Größenordnung von über 200.000,00 Euro berühmt, die er durch die Vertragsabschlüsse der Beklagten ab dem 01.07.2005 verdient haben will. Er hat die Auffassung vertreten, der Handelsvertretervertrag der Parteien verpflichtete die Beklagte auch dazu, die von ihm noch für die G GmbH vorbereiteten Geschäfte, die die Beklagte später mit den von ihm akquirierten Kunden abgeschlossen habe, zu verprovisionieren. Dem dies ausschließenden Zusatz Dr. P auf den	20

Kundenschutzlisten (Bl. 29-32 GA) habe er, so behauptet der Kläger, widersprochen und mit der Beklagten vereinbart, dass diese die Provisionen zahle, wenn er sie nicht von der G GmbH erhalte.

Der Kläger hat bestritten, dass diese Ansprüche durch seinen Vergleich mit der G GmbH vom 11.11.2005 abgegolten seien. Dr. P habe ihn aufgefordert, seine Provisionsansprüche bezüglich G3 und D noch an die G GmbH zu stellen, weil er, Dr. P, mit der G GmbH ausgehandelt habe, dass der Kläger seine Provision noch von der G GmbH erhalte. Sofern diese nicht zahle, werde die Beklagte zahlen. Letzteres habe Dr. P auch am 29.08.2005 bei Vertragsvereinbarungen im Beisein des Untervertreters G4 erklärt. Tatsächlich habe der Vertrag zwischen der G GmbH und der Beklagten nicht vorgesehen, dass der Kläger von der G GmbH Provisionen für Verträge erhalte, die erst die Beklagte abschließe. Durch die Vertragsabschlüsse der Beklagten ab dem 01.07.2005 verdiente Provisionen seien auch nicht in den Vergleich mit der G GmbH vom 11.11.2005 einbezogen worden. 21

Die Berechtigung der fristlosen Kündigungen der Beklagten und die zu ihrer Begründung angeführten Gründe hat der Kläger bestritten. Er hat insbesondere bestritten, Reisekosten wissentlich falsch abgerechnet zu haben und darauf hingewiesen, dass G4 auch nach dem 29.08.2005 als Untervertreter für ihn tätig geworden sei. 22

Der Kläger hat beantragt, 23

1. die Beklagte zu verurteilen, 225
 - a. einen Buchauszug über die von ihm vermittelten Geschäfte und die sich hieraus ergebenden Provisionen ab September 2005 zu erteilen;
 - b. die sich aus der Ziffer 1 a. ergebenden Provisionsansprüche an ihn nebst Zinsen in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz ab Klagezustellung zu bezahlen;
2. festzustellen, dass der Handelsvertretervertrag vom 14.09./15.09.2005 zwischen den Parteien fortbesteht und weder durch Anfechtung noch durch fristlose Kündigung vom 16.02.2006 beendet ist. 26

Die Beklagte hat beantragt, 27

die Klage abzuweisen. 28

Widerklagend hat die Beklagte beantragt, 29

den Kläger zu verurteilen, an sie 12.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen. 30

Der Kläger hat beantragt, 31

die Widerklage abzuweisen. 32

Die Beklagte hat gemeint, dass der Handelsvertretervertrag vom 14./15.09.2005 bereits nicht wirksam zustande gekommen sei. Es liege ein offener Dissens vor, da der Kläger die Anmerkungen des Mitgeschäftsführers Dr. P der Beklagten in den Listen Bl. 29-32 GA nicht akzeptiert habe. 33

Die Beklagte hat zudem die Auffassung vertreten, dass der Kläger von ihr keine Provisionen beanspruchen könne, weil ihr der Kläger keine neuen Geschäfte vermittelt habe. Sämtliche 34

Provisionen, die der Kläger noch verlange, seien durch den zwischen dem Kläger und der G GmbH geschlossenen Vergleich vom 11.11.2005 abgegolten. Hierzu hat sie behauptet, zwischen ihr, dem Kläger und der G GmbH habe eine mündliche Vereinbarung bestanden, dass die G GmbH dem Kläger auch für diejenigen Verträge Provisionen zahlen werde, die während der Nachlaufzeit seines Handelsvertretervertrages mit der G GmbH durch die Beklagte abgeschlossen würden.

Ihre fristlose Kündigung vom 16.02.2006 hat die Beklagte aus den in dem Kündigungsschreiben genannten Gründen für gerechtfertigt gehalten, insbesondere wegen falscher Reisekostenabrechnungen des Klägers. Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe versucht, Reisekosten für private Vergnügungsreisen am 23.12.2005 nach N2 und vom 05. bis zum 08.01.2006 nach L2 abzurechnen. Bei den Reisekostenabrechnungen des Klägers vom 15.09.2005 bis zum 13.12.2005 hätten die abgerechneten Wegstrecken die tatsächlich zurückgelegten Wegstrecken um ein Vielfaches überschritten. Seine Reisekostenabrechnungen seien immer wieder Gegenstand von Diskussionen zwischen ihr und dem Kläger gewesen und auch Gegenstand einer Abmahnung vom 03.01.2006.

35

Ferner sei die fristlose Kündigung auch wegen der fehlenden Aktivität des Klägers gerechtfertigt. Der Kläger habe in der Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.01.2006 keine neuen Kunden kontaktiert. Zudem sei der Umstand, dass der Kläger Herrn G4 entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht als Untervertreter eingesetzt habe, ein Verstoß gegen wesentliche Pflichten aus dem Vertrag. Schließlich habe auch der Versuch des "doppelte Abkassieren" gegenüber der G GmbH und der Beklagten zu der Zerstörung jeglichen Restvertrauens geführt. Darüber hinaus habe sich der Kläger, geweigert, seine Besuchsberichte in das CRM-System der Beklagten einzugeben.

36

Durch Teilurteil vom 19. Juni 2007 hat das Landgericht die Beklagte zur Erteilung eines Buchauszuges verurteilt und festgestellt, dass der Handelsvertretervertrag vom 14./15.09.2005 zwischen den Parteien fortbesteht und weder durch Anfechtung noch durch fristlose Kündigung vom 16.02.2006 beendet ist. Die Widerklage hat es abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 222-228 GA) Bezug genommen.

37

Gegen das Teilurteil richtet sich die zulässige Berufung der Beklagten.

38

Mit dieser beanstandet die Beklagte, dass das Landgericht einen nach ihrer Auffassung zu unbestimmten Klageantrag von sich aus angepasst habe und im Urteilstenor über das Klagebegehren hinausgegangen sei, was gegen § 308 ZPO verstoße.

39

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag zu ihrer Rechtsansicht, der Kläger habe die gegen sie geltend gemachten Provisionen im Rahmen des Vergleichs mit der G GmbH vergütet erhalten. Aus dem Sinn und Zweck des Vergleichs und aus den vor seinem Abschluss geführten Verhandlungen ergebe sich, dass der Vergleich auch die Provisionsansprüche des Klägers aus der Zeit nach dem Auslaufen des Vertrages mit der G GmbH habe umfassen sollen.

40

Ferner wiederholt und vertieft die Beklagte ihren Sachvortrag zur fristlosen Kündigung vom 16.02.2006, die ihrer Ansicht nach wirksam war. Hinsichtlich der Reisekostenabrechnung des Klägers verdeutlicht die Beklagte anhand der Rechnung des Klägers vom 04.10.2005, dass der Kläger in mehreren Fällen jeweils ungefähr das Doppelte der tatsächlichen Wegstrecke abgerechnet habe. Auch nach der von ihr nunmehr als Abmahnung angesehenen E-Mail vom 05.10.2006 habe der Kläger mit der Rechnung vom 01.11.2005 zu viele Kilometer

41

abgerechnet.

Auf Anregung des Senats haben die Parteien nach § 278 Abs. 6 ZPO einen Zwischenvergleich über die Widerklageforderung geschlossen. Wegen des Inhalts wird auf den dahingehenden Senatsbeschluss vom 15.01.2009 (Bl. 349 f. GA) Bezug genommen. 42

Die Beklagte beantragt, 43

1. das angefochtene Urteil, soweit es nicht durch den Zwischenvergleich vom 15.01.2009 nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, abzuändern und die Klage auch bezüglich der geänderten Antragstellung abzuweisen, 44

2. hilfsweise das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. 45

Der Kläger beantragt, 46

unter Zurückweisung der Berufung und Änderung der Klageanträge 47

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm einen Buchauszug zur Verfügung zu stellen, der Auskunft über die von dem zwischen den Parteien geschlossenen Handelsvertretervertrag vom 14./15.09.05 umfassten Geschäfte gibt, die die Beklagte im Zeitraum vom 01.09.05 bis zum 31.08.09 48

a) ihrerseits als Handelsvertreter für Lizenzen und Wartung für Lizenzen der J-N3 Produktreihe W vermittelte, 49

b) selbst über Dienstleistung/Consulting für diese J-N3-Produktreihe 50

abgeschlossen hat, 51

c) selbst über Lizenzen und Wartung für Lizenzen zum Produkt T4 abgeschlossen hat, 52

und in dem folgende Angaben enthalten sind: 53

- Name und Anschrift des Vertragspartners, 54
- Zeitpunkt des Vertragsschlusses,
- Gegenstand und Inhalt des Vertrages,
- Höhe der sich aus dem Vertragsschluss ergebenden Zahlungen des Dritten an die Beklagte,
- Zeitdauer der abgeschlossenen Verträge,
- Datum und Inhalt von gegebenenfalls vorgenommenen Ergänzungen und Änderungen für diese Verträge,

2. festzustellen, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gemäß Handelsvertretervertrag vom 14./15.09.2005 vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2008 Bestand hatte. 55

Mit der Berufungserwiderung vertieft der Kläger seinen erstinstanzlichen Sachvortrag. In Bezug auf die Rechnung vom 01.11.2005 behauptet er, dass damit auch Fahrten erfasst seien, um den zu betreuenden Kunden bzw. den maßgeblichen Mitarbeiter des Kunden beim Kunden im Unternehmen oder Mitarbeiter von Drittunternehmen abzuholen und dass er an manchen Tagen zweimal zum selben Kunden gefahren sei. 56

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Kläger hat während des Berufungsrechtszugs mit Schriftsatz vom 10.12.2007 an das Landgericht Dortmund die Klage erweitert und den Antrag angekündigt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 72.650,99 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 zu bezahlen. Dieser Antrag war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Er bleibt zusammen mit der Leistungsstufe der Stufenklage beim Landgericht Dortmund rechtshängig. 58

B. 59

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. 60

Die Beklagte rügt erfolglos einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO (I.). Nach dem Abschluss des Zwischenvergleichs vom 15.01.2009 ist das angefochtene Teilurteil nunmehr zulässig (II.). Die Berufung gegen das Feststellungsurteil ist unbegründet (III.). Ebenfalls ohne Erfolg richtet sich die Berufung gegen die Verurteilung zur Erteilung eines Buchauszugs (IV.). 61

I. 62

Im Ergebnis ohne Erfolg rügt die Beklagte einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO. 63

Es kann dahinstehen, ob das Landgericht dem Kläger bei der Verurteilung der Beklagten zur Erteilung eines Buchauszugs entgegen der Regel des § 308 Abs. 1 ZPO mehr zugesprochen hat, als vom Kläger in erster Instanz beantragt wurde. 64

Aus einem derartigen Verfahrensverstoß kann die Beklagte im Berufungsverfahren keine Rechte herleiten. Die vom Landgericht vorgenommenen Ergänzungen stellen gem. § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Erweiterungen des Klageantrages dar, die der Kläger ohne weiteres hätte beantragen können. Diese Erweiterungen hat sich der Kläger bereits durch seinen Antrag auf Zurückweisung der Berufung zu eigen gemacht und dadurch konkludent eine im Berufungsverfahren gem. §§ 525, 264 Nr. 2 ZPO noch mögliche Klageerweiterung vorgenommen, durch die der Verstoß gegen § 308 ZPO geheilt wurde (Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 308 Rn 7 m. w. N.). 65

II. 66

Nach dem Abschluss des Zwischenvergleichs vom 15.01.2009 über die Widerklageforderung liegt mit der angefochtenen Entscheidung kein unzulässiges Teilurteil mehr vor, das nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 3 ZPO auch ohne Antrag aufgehoben und zurückverwiesen werden könnte. 67

Das Teilurteil hätte an sich nicht ergehen dürfen, da die Voraussetzungen des § 301 Abs. 1 ZPO nicht vorlagen. Voraussetzung für den Erlass eines Teilurteils ist seine Widerspruchsfreiheit zum Schlussurteil (Zöller-Vollkommer, a. a. O., § 301 Rn 2). Es ist schon unzulässig, wenn nur die Gefahr besteht, dass es zu Widersprüchen zwischen ihm und dem Schlussurteil kommt. Eine Widerspruchsgefahr besteht immer dann, wenn im Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche erneut stellt (BGH, MDR 2008, 331, 332). In die Beurteilung der Widerspruchsfreiheit ist auch die Möglichkeit abweichender Entscheidungen im Instanzenzug einzubeziehen (Zöller-Gummer/Heßler, a. a. O., § 538 Rn 55 und Zöller-Vollkommer, a. a. O., § 301 Rn 7). 68

Eine Widerspruchsgefahr bestand zwischen der noch nicht entschiedenen Klage auf Zahlung der sich aus dem Buchauszug ergebenden Provisionen und der auf Rückzahlung eines Provisionsvorschusses gerichteten Widerklage, die das Landgericht abgewiesen hat. Die Abweisung der Widerklage wurde damit begründet, dass der gezahlte Provisionsvorschuss nach § 7 des Handelsvertretervertrags mit neuen Provisionen zu verrechnen sei. Das setzt voraus, dass der Kläger überhaupt noch weitere Provisionsansprüche erworben hat. Sollte sich aber im Verfahren betreffend die Klage auf Zahlung weiterer sich aus dem Buchauszug ergebenden Provisionen herausstellen, dass das nicht der Fall ist, läge ein verfahrensrechtlich unzulässiger Widerspruch vor. Erst der Zwischenvergleich hat die Widerspruchsgefahr beseitigt, da eine Entscheidung über die Widerklage entbehrlich geworden ist. 69

Weitere Widerspruchsgefahren, die die Unzulässigkeit eines Teilurteils begründen, bestehen nicht. Eine Widerspruchsgefahr zwischen der Entscheidung der Klage auf Erteilung des Buchauszugs und der noch ausstehenden Entscheidung über die Leistungsklage auf Zahlung der sich aus dem Buchauszug ergebenden Provisionen ist hinzunehmen, weil es sich um eine zulässige Stufenklage nach § 254 ZPO handelt. Da hier zwingend über die einzelnen Stufen durch Teilurteil zu entscheiden ist, werden etwaige Widersprüche hingenommen (Zöller-Greger, a. a. O., § 254 Rn 7). 70

Auch eine etwaige Widerspruchsgefahr zwischen der Feststellungsklage betreffend den Fortbestand des Handelsvertretervertrages und der Klage auf Zahlung der sich aus dem Buchauszug ergebenden Provisionen führt nicht zur Unzulässigkeit des Teilurteils. Sie wäre hinzunehmen. Bei der Feststellungsklage handelt es sich um eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO, durch die über das Rechtsverhältnis des Handelsvertretervertrages entschieden wird, das für die Entscheidung über die Klage auf Zahlung der sich aus dem Buchauszug ergebenden Provisionen vorgreiflich ist. Es ist allgemein anerkannt, dass trotz möglicher Widerspruchsgefahren über eine Zwischenfeststellungsklage durch Teilurteil entschieden werden kann (Zöller-Vollkommer, a. a. O., § 301 Rn 7; BGH NJW 1956, 1755; OLG Karlsruhe OLGR 2005, 568). 71

III. 72

Die Berufung gegen das Feststellungsurteil ist auch in der Sache unbegründet. 73

1. 74

Die Feststellungsklage, die hier als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig ist, ist begründet. 75

Bei der Beurteilung der Begründetheit geht der Senat von dem Antrag aus, den der Kläger im Senatstermin vom 09.11.2009 seinem Klagebegehren zugrunde gelegt hat. Dabei handelt es sich um eine nach § 264 Nr. 3 ZPO im Berufungsverfahren zulässige Klageänderung (BGH NJW 2004, 2152). Der Kläger hat seinen ursprünglichen Antrag, mit der er den Fortbestand des Handelsvertretervertrags unter Berücksichtigung der fristlosen Kündigung der Beklagten vom 16.02.2006 festgestellt haben wollte, nunmehr dahingehend angepasst, dass er die Feststellung begehrt, dass das Vertragsverhältnis vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2008 Bestand hatte. Das schließt in nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässiger Weise die begehrte Entscheidung über die der erst im Verlauf des Berufungsverfahrens erklärten weiteren fristlosen Kündigung durch die Beklagte vom 02.08.2007 mit ein. Auch die zeitliche Einschränkung des Feststellungsantrags ist an eine später eingetretene Veränderung angepasst, denn die hilfsweise als ordentliche Kündigung erklärte fristlose Kündigung vom 76

02.08.2007 hat das Handelsvertreterverhältnis während des Berufungsrechtszugs zum 31.08.2008 und noch vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat beendet.

2. 77

Die Feststellungsklage in der nunmehr vorliegenden Gestalt ist begründet, denn der Handelsvertretervertrag vom 14.09./15.09.2005 wurde wirksam geschlossen und weder durch die Anfechtung bzw. fristlose Kündigung vom 16.02.2006 noch durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 02.08.2007 beendet, sondern erst durch ordentliche Kündigung zum 31.08.2008. 78

a. 79

Der Handelsvertretervertrag wurde wirksam abgeschlossen. Dem steht kein offener Dissens nach § 154 Abs. 1 BGB entgegen. Ein offener Dissens liegt vor, wenn sich die Parteien über einen Punkt, zu dem wenigstens eine Partei eine Einigung für erforderlich hält, nicht geeinigt haben (Palandt-Ellenberger, BGB, 68. Aufl. 2009, § 154 Rn 1). Zwar haben sich die Parteien über die Einbeziehung der Kundenschutzlisten (Bl. 29 – 32 GA) unstreitig zumindest teilweise nicht geeinigt. Das führt aber nicht zur Rechtsfolge des § 154 Abs. 1 BGB, denn die Parteien wollten sich trotz der Einigungslücke vertraglich binden (vgl. Palandt-Ellenberger, a. a. O., § 154 Rn 2). Das zeigt sich schon daran, dass keine der Parteien im Verlauf des Rechtsstreits die Behauptung aufgestellt hat, die Wirksamkeit des Vertrages habe von einer Einigung über diese Listen abhängen sollen. Ferner haben die Parteien mit der Durchführung des Vertrages begonnen, indem der Kläger seine Vermittlungstätigkeit als Handelsvertreter fortsetzte und die Beklagte Reisekostenabrechnungen zumindest teilweise beglich. Schließlich hat die Beklagte moniert, der Kläger sei für sie nicht mit dem nötigen Nachdruck tätig gewesen, was ebenfalls erkennen lässt, dass sie die Durchführung des Vertrages wollte. 80

b. 81

Der Handelsvertretervertrag ist auch nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Voraussetzungen eines Anfechtungsgrundes nach §§ 119, 123 BGB weder hinreichend vorgetragen noch sonst ersichtlich sind, so dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 16.02.2006 (K3) erklärte Anfechtung ohne Erfolg bleibt. Die Berufung der Beklagten nimmt das hin. 82

c. 83

Der Senat konnte nicht feststellen, dass die fristlose Kündigung der Beklagten vom 16.02.2006 berechtigt war. Keiner der von der Beklagten angeführten Kündigungsgründe greift im Ergebnis durch. Deswegen stellen sie auch in ihrer Gesamtheit keinen für eine fristlose Kündigung ausreichenden Grund dar. 84

aa. 85

Die Beklagte kann sich zur Begründung der fristlosen Kündigung nicht darauf berufen, dass der Kläger den Untervertreter G4 nicht weiterbeschäftigt hat. 86

Zum einen hat der Kläger durch die Vorlage von E-Mail-Korrespondenz zwischen ihm, G4 und dem Geschäftsführer der Beklagten (Anlagen K 59 – 61) belegt, dass G4 nach Abschluss des Handelsvertretervertrags vom 14./15.9.2005 noch als Untervertreter tätig war. 87

88

Zum anderen stellte eine etwaige Nichtbeschäftigung des G4 keinen zur fristlosen Kündigung berechtigenden wichtigen Grund im Sinne von § 89a Abs. 1 HGB dar.	
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschrift nur gegeben, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung nicht zugemutet werden kann. Die Frage der Zumutbarkeit ist stets im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Art und Schwere der Vertragsverletzung und ihrer Folgen für den Vertragspartner zu beurteilen (BGH NJW-RR 2001, 677; BGH NJW-RR 1999, 1481).	89
Eine etwaige Nichtbeschäftigung des G4 ist schon deshalb kein Kündigungsgrund, weil der Kläger nicht vertraglich verpflichtet war, mit dem Untervertreter zusammenzuarbeiten. Der Handelsvertretervertrag sieht in § 13 Nr. 7 S. 1 lediglich die Berechtigung des Klägers vor, einen Untervertreter einzusetzen, nicht aber eine entsprechende Verpflichtung. Auch § 13 Nr. 7 S. 3 des Handelsvertretervertrags stellt lediglich fest, dass G4 derzeit der von der Beklagten genehmigte Unterauftragnehmer des Klägers ist, nicht aber, dass er auch beschäftigt werden muss. Darüber hinaus fehlt jede Darlegung dazu, warum eine Nichtbeschäftigung des Unterververtreters G4 der Beklagten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger unzumutbar gemacht haben sollte.	90
Jedenfalls wäre vor einer auf diesen Grund gestützten fristlosen Kündigung eine Abmahnung erforderlich gewesen.	91
Die außerordentliche Kündigung eines Handelsvertretervertrags aus wichtigem Grund setzt grundsätzlich eine vorherige Abmahnung voraus. Sie ist nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn das Fehlverhalten eines Vertragspartners die Vertrauensgrundlage in so schwerwiegender Weise erschüttert hat, dass sie auch durch eine erfolgreiche Abmahnung nicht wiederhergestellt werden könnte (BGH NJW-RR 2001, 677; BGH NJW-RR 1999, 1481; BGH NJW 1992, 496; BGH, NJW 1981, 1264). Das ist nur bei grobem Fehlverhalten des zu Kündigenden der Fall, durch welches das notwendige Vertrauensverhältnis bei objektiver Würdigung aus der Sicht des Kündigenden endgültig zerstört worden ist und eine positive Prognose nicht mehr gestellt werden kann (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Löwisch, HGB, 2. Auflage 2008, § 89a Rn 21).	92
Die von der Beklagten behauptete Nichtbeschäftigung des Unterververtreters G4 wäre keine so gravierende Vertragsverletzung, nach der eine Abmahnung entbehrlich wäre.	93
bb.	94
Die Beklagte kann die fristlose Kündigung auch nicht mit Erfolg darauf stützen, der Kläger sei unzureichend tätig geworden und habe in der Zeit vom 01.09.2005 bis 31.01.2006 keinerlei Aktivität entfaltet und keine Neukunden akquiriert.	95
Zwar kann der unzureichende Einsatz bzw. die Untätigkeit des Handelsvertreters ein Kündigungsgrund im Sinne von § 89a HGB sein, denn der Handelsvertreter ist nach § 86 Abs. 1 HGB verpflichtet, sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Löwisch, a. a. O., § 89a Rn 51; OLG München NJW-RR 2003, 401). Hier war der Kläger zusätzlich nach § 1 des Handelsvertretervertrags dazu verpflichtet, zu Neukunden Kontakt aufzunehmen.	96

Ein unzureichender Einsatz des Klägers ist von der Beklagten aber nicht hinreichend dargetan. Auf die dahingehende Behauptung der Beklagten hat der Kläger auf Seite 7 des Schriftsatzes vom 25.05.2007 (Bl. 207 GA) dargestellt, dass er während seiner Tätigkeit für die Beklagte den Kontakt zu Kunden hergestellt hat, zu denen die Beklagte aufgrund ihrer Vereinbarungen mit der G GmbH noch keine Vertragsbeziehungen unterhielt. Aus Sicht der Beklagten waren das mithin neue Kunden. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht mehr entgegengetreten. Ihre pauschale Behauptung, der Kläger habe keine neuen Kunden gewonnen, ist hiernach unsubstantiiert.

Darüber hinaus wäre eine fristlose Kündigung nur dann berechtigt, wenn die Beklagte, die über die Tätigkeit des Klägers laufend unterrichtet war, eine Abmahnung erteilt hätte. Auch hieran fehlt es. 98

cc. 99

Auch der von der Beklagten behauptete Kündigungsgrund, der Kläger habe keine Besuchsberichte abgegeben, führt nicht zur Feststellung der Berechtigung der fristlosen Kündigung. Dem dahingehenden Vortrag ist der Kläger entgegengetreten und hat auf Seite 8 f. des Schriftsatzes vom 27.02.2007 (Bl. 112 f. GA) Besuchsberichte aus der Zeit vom 06.10.2005 – 30.11.2005, welche er der Beklagten per E-Mail übersandt hat, aufgelistet und als Anlagen K46 – K57 vorgelegt. Damit ist die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe keine Besuchsberichte gefertigt, widerlegt. Allein die Tatsache, dass der Kläger seine Berichte nicht in das eigens dafür vorgesehene CRM-System eingegeben hat, stellt keinen Kündigungsgrund dar. Die Beklagte trägt nicht einmal vor, warum ihr dieser Umstand die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar gemacht haben sollte. Jedenfalls wäre vor einer fristlosen Kündigung wegen zu weniger, nicht ausreichender oder nicht der vorgesehenen elektronischen Form entsprechender Besuchsberichte eine Abmahnung erforderlich gewesen, die ebenfalls nicht vorliegt. 100

dd. 101

Die fristlose Kündigung kann auch nicht auf angeblich falsche Reisekostenabrechnungen des Klägers gestützt werden. Zwar können unrichtige Reisekostenabrechnungen des Handelsvertreters den Unternehmer zur fristlosen Kündigung berechtigen (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Löwisch, a. a. O., § 89a Rn 51). Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für die einseitige Vertragsbeendigung von der Beklagten jedoch nicht hinreichend dargetan. 102

Soweit die Beklagte zunächst behauptet hat, der Kläger habe Privatreisen unberechtigt abgerechnet, nämlich eine Fahrt am 23.12.005 nach N2 und Fahrten nach L2 in der Zeit vom 05.01. - 08.01.2006, hat der Kläger durch die Vorlage von E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien aus der Zeit vom 27.12.2005 – 11.01.2006 (Anlagen K33 – K36) belegt, dass er über die Reisen berichtet und dass es sich sehr wohl um beruflich veranlasste Reisen gehandelt hat. Dem ist die Beklagte nicht mehr entgegengetreten. 103

Allerdings hat die Beklagte unter Vorlage von Anlage B12 substantiiert zu 14 vom Kläger abgerechneten Fahrten in der Zeit vom 15.09.2005 – 13.12.2005 behauptet, die in Ansatz gebrachten Kilometer seien nicht zutreffend, nach dem Routenplaner seien die Entfernungen wesentlich kürzer. Die zuviel abgerechneten Kilometer betrügen bis zu 229% der tatsächlichen Kilometer. Dem ist der Kläger nicht hinreichend substantiiert entgegengetreten und hat nicht dargetan, warum die abgerechneten Kilometer die vom Routenplaner ausgegebenen so erheblich überschreiten. Er hat lediglich zu der Fahrt vom 12.12.2005 104

durch Vorlage einer E-Mail vom selben Tag (Anlage K42, Bl. 134 GA) belegt, an diesem Tag die Fahrt nach N2 zweimal zurückgelegt zu haben, weil er sich an dem Tag zweimal mit einem Kunden getroffen habe. Ansonsten hat er pauschal behauptet, er habe Geschäftspartner auch am Flughafen oder Bahnhof abgeholt und habe sie zu Geschäftsessen gefahren. Außerdem zeige der Routenplaner immer den kürzesten Weg an, er sei aber nach seinem Navigationssystem den schnellsten gefahren, der nicht unbedingt der kürzeste sein müsse. Das erklärt aber nicht nachvollziehbar die erheblichen Differenzen zwischen den Entfernungen nach dem Routenplaner und den abgerechneten Fahrkilometern.

Allerdings ist eine auf die möglicherweise unzutreffenden Reiskostenabrechnungen gestützte 105
fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt, weil eine diesbezügliche vorherige Abmahnung nicht feststellbar ist. Bei der im Anlagenkonvolut B 13 enthaltenen

E-Mail vom 03.01.2006, auf welche sich die Beklagte bezieht, handelt es sich nicht um eine 106
Abmahnung, die sich auf die zuvor genannten fehlerhaften Abrechnungen bezieht. Soweit es dort heißt: "Auch ihre Reisekosten für den 23.12.2005 können wir nicht nachvollziehen. Private ‚Vergnügungsreisen‘ werden wir nicht honorieren. Wir weisen darauf hin, dass Sie damit gegen § 8 des Vertrages verstoßen haben und behalten uns weitere Schritte ausdrücklich vor.", betrifft diese Nachricht nur die angebliche Privatfahrt vom 23.12.2005, die, wie oben ausgeführt, dienstlich veranlasst war. Ferner erhielt der Kläger die E-Mail erst nach den möglicherweise fehlerhaften Reisekostenabrechnungen aus der Zeit vom 15.0.9.2005 – 13.12.2005. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass der Kläger nach der möglicherweise als Abmahnung anzusehenden E-Mail weitere gleichartige Verfehlungen begangen hat, die zur fristlosen Kündigung berechtigen könnten.

Auch die E-Mail der Beklagten vom 05.10.2005 aus dem Anlagenkonvolut B 13, auf welche 107
die Beklagte im Berufungsverfahren Bezug nimmt, enthält keine hinreichende Abmahnung. In der Nachricht heißt es: "Gemäß § 8 Absatz 1 unseres Vertrages sollen die Reisen vorab angezeigt werden. Für die Reise Q zu G3, N4 und N3 ist dies nicht geschehen! Gemäß Abs. 2 sollen Arbeitsergebnisse und Besuchsberichte vorgelegt werden. Das ist bei den o. a. Reisen nicht gegeben. Die Reisen von G4 nach T und C sind nicht für T5 alleine durchgeführt worden. Hier sind die anteiligen Reisekosten einzusetzen. Bitte senden Sie uns eine neue Rechnung." Dabei handelt es sich schon begrifflich nicht um eine Abmahnung. Dem zu Kündigenden muss durch die Abmahnung unmissverständlich und ernsthaft vor Augen geführt werden, dass die beanstandete und genau zu bezeichnende Vertragsstörung den Bestand des Vertragsverhältnisses gefährdet und abgestellt werden muss, um eine andernfalls unausweichliche fristlose Kündigung zu vermeiden (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a. a. O., § 89a Rn 16). Die genannte Nachricht enthält aber lediglich den Hinweis auf eine aus Sicht der Beklagten fehlerhafte Abrechnung verbunden mit der Bitte um eine korrekte Abrechnung. Es ist nicht im Ansatz erkennbar, dass sich die Beklagte vorbehält, bei weiteren Vertragsverletzungen dieser Art zu kündigen.

Weitere konkrete Abmahnungen hat die Beklagte nicht vorgetragen, auch nicht unter 108
Bezugnahme auf einzelne Schriftstücke. Es ist auch nicht Sache des Senats, sich aus dem Anlagenkonvolut B 13 eine etwaig passende Abmahnung herauszusuchen.

Eine Abmahnung wegen vermeintlich unzutreffender Reisekostenabrechnungen war auch 109
nicht entbehrlich. Die vom Kläger möglicherweise zuviel abgerechneten Reisekosten sind in der Summe nicht so gravierend, dass das durch sie beeinträchtigte Vertrauen nicht durch eine erfolgreiche Abmahnung wiederherzustellen gewesen wäre. Dafür spricht auch, dass die Beklagte nach ihrer u.U. als Abmahnung zu bewertenden E-Mail vom 03.01.2006 keine

erneute Verfehlung des Klägers zu einer Reisekostenabrechnung vorgetragen hat.

ee. 110

Die fristlose Kündigung vom 16.02.2006 kann auch nicht mit Erfolg mit dem Nichterreichen des Umsatzziels nach § 7 Abs. 3 Handelsvertretervertrags gerechtfertigt werden. Dort ist das Umsatzziel für das erste Jahr festgelegt. Ob das erreicht oder verfehlt wird, steht erst nach dem ersten Jahr der Vertragslaufzeit, also am 01.09.2006, fest. Die eine halbes Jahr früher erfolgte Kündigung kann darauf jedenfalls nicht gestützt werden. 111

ff. 112

Die Beklagte kann die fristlose Kündigung auch nicht mit Erfolg auf den Vorwurf des Versuchs des "doppelten Abkassierens" durch den Kläger stützen. Zwar forderte der Kläger von der Beklagten Provisionen, von denen die Beklagte der Ansicht ist, sie seien bereits durch den Vergleich des Klägers mit der G GmbH vom 11.11.2005 abgegolten. Diese Frage ist indes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zwischen den Parteien umstritten. Selbst wenn eine gebotene tatsächliche Klärung und die gebotene juristische Bewertung zu dem Ergebnis führt, dass die Beklagte in diesem streitigen Punkt Recht hat, könnte das eine fristlose Kündigung nicht begründen. Denn geschäftliche Diskussionen um Provisionen allein rechtfertigen keine fristlose Kündigung durch den Prinzipal (vgl. Baumbach/Hopt, a. a. O., § 89a Rn. 22). 113

Ein die fristlose Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund käme nur dann in Betracht, wenn der Kläger wider besseres Wissen Provisionen verlangen würde, die bereits durch den Vergleich abgegolten sind. Allein die Tatsache, dass sich der Kläger auf den im Grundsatz vertretbaren Rechtsstandpunkt stellt, die Beklagte sei noch zur Zahlung der Provisionen verpflichtet, genügt nicht. Ein Handeln des Klägers wider besseres Wissen lässt sich aber angesichts der unklaren Rechtslage nicht feststellen. Bereits das Schreiben des an den Vergleichsverhandlungen beteiligten Verhandlungsführers der G GmbH Rechtsanwalt Dr. W2 vom 14.11.2005 (Anlage K6) spricht dagegen, dass der Kläger wider besseres Wissen versucht, "doppelt abzukassieren". In dem Schreiben erklärt der Verhandlungsführer der G GmbH, dass seine Mandantin gerade nicht die zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits streitigen Provisionen für die Verträge übernehmen werde, die mit der Beklagten geschlossen wurden. Hinzu kommt, dass die rechtliche Unsicherheit über die Frage, gegen wen sich die Provisionsansprüche des Klägers wegen der hier streitigen Geschäftsabschlüsse der Beklagten richten, auch auf dem Verhalten des Mitgeschäftsführers Dr. P der Beklagten beruht, das sich die Beklagte in entsprechender Anwendung des § 31 BGB zurechnen lassen muss. Es ist unstreitig, dass Dr. P den Kläger zunächst darüber unterrichtete, er plane ein Management Buy Out, also als damals angestellter Geschäftsführer der G GmbH deren Übernahme. In Erwartung der Fortsetzung der Tätigkeit der G GmbH und des Abschlusses eines neuen Handelsvertretervertrages, der den zum 28.02.2005 gekündigten alten Handelsvertretervertrag ersetzen sollte, entfaltete der Kläger dann seine weitere Vermittlungstätigkeit. Erst Mitte August 2005, nachdem die G GmbH am 30.06.2005 ihr operatives Geschäft bereits eingestellt hatte und keine Kundenverträge mehr abschloss, erfuhr der Kläger von der geplanten Neugründung der Beklagten und der geplanten Übernahme der Kundenbeziehungen, was zum Abschluss des vorliegend ab dem 01.09.2005 gültigen Handelsvertretervertrags führte. Erst dadurch entstand die rechtliche Unsicherheit darüber, welche Firma dem Kläger Provisionen für die Verträge schuldet, welche die Beklagte abschloss, die aber auf einer Vermittlungstätigkeit beruhen, die der Kläger bereits vor dem Abschluss des Handelsvertretervertrags mit der Beklagten und zu Laufzeiten des Vertrags mit der G GmbH erbrachte. 114

d.	115
Auch die Wirksamkeit der von der Beklagten erklärten fristlosen Kündigung vom 02.08.2007 ist nicht feststellbar. Das zur Begründung herangezogene Nichterreichen der in § 7 Nr. 3 des Handelsvertretervertrags vorgesehenen Umsatzzahlen durch den Kläger ist kein hinreichender Kündigungsgrund. Zwar kann das Nichterreichen vertraglich vereinbarter Mindestumsätze durch den Handelsvertreter den Unternehmer zur fristlosen Kündigung berechtigen. Das gilt allerdings grundsätzlich nur dann, wenn dieses Recht im Vertrag zum Ausdruck gebracht wird (BGH NJW-RR 1992, 1059). Daran fehlte es hier. Eine vertragliche Regelung betreffend die Kündigung wegen nicht erreichter Umsatzzahlen findet sich in § 11 des Handelsvertretervertrags. Danach wird die ordentliche Kündigung seitens der Beklagten nach 3 Jahren Vertragslaufzeit erfolgen, wenn die jährliche Zielerfüllung unter 70 % liegt. Der Vertrag bringt somit gerade nicht zum Ausdruck, dass das Nichterreichen der Umsatzzahl auch zur fristlosen Kündigung berechtigen soll.	116
e.	117
Der Handelsvertretervertrag ist durch die Kündigung vom 02.08.2007, die in zulässiger Weise hilfsweise als ordentliche Kündigung ausgesprochen wurde, zum 31.08.2008 beendet.	118
Die Kündigung vom 02.08.2007 ist nicht gem. § 174 BGB unwirksam. Zwar hat der Kläger die durch anwaltliches Schreiben erfolgte Kündigung durch Schreiben vom 07.08.2007 unverzüglich mit der Begründung zurückgewiesen, mit dem Kündigungsschreiben sei eine entsprechende Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt. Er kann sich darauf jedoch nach § 242 BGB nicht mit Erfolg berufen, denn aufgrund der bereits durch Anwaltsschreiben erklärten fristlosen Kündigung vom 16.02.2006 und der Tatsache, dass die Kündigung von den Prozessbevollmächtigten der Beklagten während des laufenden Rechtsstreits ausgesprochen wurde, war dem Kläger bekannt, dass die Prozessbevollmächtigten der Beklagten dazu auch bevollmächtigt waren (vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 174 Rn. 7).	119
Nach § 11 des Handelsvertretervertrags beendete die Kündigung den für drei Jahre geschlossenen Vertrag zum 31.08.2008. Die Kündigung erfolgte auch fristgerecht. Da der Vertrag vorsieht, dass er sich über die vereinbarten drei Jahre hinaus verlängert, wenn er nicht zuvor gekündigt wird, gelten die Kündigungsfristen des § 89 Abs. 1 HGB (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a. a. O., § 89 Rn 13), also längstens drei Monate, die auf alle Fälle gewahrt sind.	120
IV.	121
Die Berufung der Beklagten ist auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Erteilung eines Buchauszugs wendet. Die Klage auf Erteilung des Buchauszugs ist in der Gestalt der Anpassung der Klageanträge im Senatstermin vom 09.11.2009, einer im Berufungsverfahren zulässigen Klageänderung nach § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. BGH NJW 2004, 2152), begründet.	122
1.	123
Der Anspruch ergibt sich aus § 87c Abs. 2 HGB. Ein wirksam geschlossener Handelsvertretervertrag liegt, wie festgestellt, vor. Auch die vorherige Provisionsabrechnung, nach überwiegender Auffassung Voraussetzung für die Erteilung eines Buchauszugs (Baumbach/Hopt, a. a. O., § 87 c Rdnr. 18; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, 2. Aufl. 2005, § 87c Rdnr. 43), ist gegeben, nachdem der Geschäftsführer der Beklagten im	124

Senatstermin vom 09.11.2009 erklärt hat, die Provisionsabrechnung für den hier fraglichen Zeitraum ergebe keine Provisionszahlungen zugunsten des Klägers, und der Kläger diese Mitteilung als Provisionsabrechnung hingenommen hat.

2. 125

Die Beklagte schuldet den Buchauszug für die Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2009. 126

a. 127

Der Buchauszug hat die Geschäfte der Beklagten ab dem Beginn der Laufzeit des Handelsvertretervertrags am 01.09.2005 zu erfassen. 128

Die Beklagte ist nicht nur verpflichtet, einen Buchauszug für die Geschäfte ab dem 01.03.2006 zu erteilen. Das Verlangen des Handelsvertreters nach einem Buchauszug kann zwar rechtsmissbräuchlich und unbegründet sein, wenn Provisionsansprüche unzweifelhaft nicht bestehen (Baumbach/Hopt, a. a. O., § 87 c Rn. 13). Einen derartigen Sachverhalt kann der Senat aber für Geschäfte, die die Beklagte während der Nachlaufzeit gem. § 6 Abs. 2 des Handelsvertretervertrages der G-GmbH mit dem Kläger, also bis zum 28.02.2006, abgeschlossen hat, nicht feststellen. 129

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf, der Kläger hätte sich durch den Vergleich mit der G GmbH vom 11.11.2005 darauf geeinigt, dass durch die vereinbarte Zahlung von 275.000,00 € auch die Provisionen für die Kundengeschäfte abgegolten sein sollen, die der Kläger zunächst für die G GmbH vermitteln wollte, die dann aber die Beklagte in der Zeit bis zum 28.02.2006 abgeschlossen hat. Eine derartige Vereinbarung könnte ein pactum de non petendo in Gestalt eines Vertrages zugunsten der Beklagten als Dritter im Sinne von § 328 BGB darstellen (vgl. Palandt, Grüneberg, BGB, 68. Aufl. 2009, Einf v § 328 Rz. 8) und den Kläger verpflichten, Provisionen aus diesen Geschäften der Beklagten gegenüber nicht geltend zu machen. Allerdings wäre diese vom Kläger bestrittene Behauptung nur durch eine Beweisaufnahme mit der Vernehmung der Zeugen Rechtsanwalt Dr. W2 und Rechtsanwalt N sowie durch eine umfangreiche Aufklärung und Auslegung der Begleitumstände zu klären. 130

Diese Klärung ist aber bei der Klage auf Erteilung eines Buchauszugs, die die Auskunftsstufe einer Stufenklage darstellt, mit der der Handelsvertreter Provisionsansprüche geltend macht, nicht geboten. Der Buchauszug hat auch Kundengeschäfte zu enthalten, hinsichtlich derer Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob der Handelsvertreter daraus Provisionsansprüche herleiten kann; nur in zweifelsfreien Fällen können sie bei der Erteilung des Buchauszugs unberücksichtigt bleiben (Baumbach/Hopt, a. a. O., § 87 c Rdnr. 13; Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 1, 3. Aufl. 2000, Rn 1484,1486; MünchKommHGB-von Hoyningen-Huene, a. a. O., § 87c Rn. 39). Der Streit, ob im Einzelfall Provisionsansprüche bestehen, ist erst auf der Leistungsstufe auszutragen (vgl. Küstner/Thume, a. a. O., Rn 1484). Es ist, von eindeutigen Fällen abgesehen, zu denen der vorliegende Fall in diesem Punkt aber nicht gehört, auch sachgerecht und prozessökonomisch, die in Frage stehende Sachverhaltsaufklärung bei der Entscheidung über die Provisionszahlungsansprüche durchzuführen. 131

b. 132

Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger den Buchauszug für die Zeit bis zum 31.08.2009 zu erteilen, denn nach § 6 Abs. 4 des Handelsvertretervertrags hat der Kläger auch Anspruch 133

auf Provisionen für alle Umsätze, die noch zwölf Monate nach Beendigung des Vertrags mit vom Kläger akquirierten Kunden getätigt wurden.

3. 134

Die Art der Geschäfte, über welche die Beklagte im Buchauszug Auskunft zu erteilen hat, 135
ergeben sich aus dem Tenor des Senatsurteils, der dem angepassten Klageantrag entspricht.

Die Geschäfte der Beklagten können nach § 6 des Handelsvertretervertrags dann 136
provisionspflichtig sein und sind in den Buchauszug aufzunehmen, wenn sie im dort
genannten Arbeitsbereich Deutschland, Österreich und Schweiz mit zugunsten des Klägers
geschützten Kunden zustande gekommen sind.

Dass diese Geschäfte (zusätzlich) auch auf eine konkrete Vermittlungstätigkeit des Klägers 137
zurückzuführen sein müssen, sieht der Handelsvertretervertrag als Voraussetzung für das
Entstehen eines Provisionsanspruches nicht vor. Ein Provisionsanspruch sollte gem. § 7 Nr.
2 des Handelsvertretervertrages vielmehr bereits dann bestehen, wenn ein Vertrag zwischen
der Beklagten und einem geschützten Kunden zustande kam. Die Parteien haben damit eine
Provisionsregelung im Sinne von § 87 Abs. 2 HGB vereinbart, die dem Kläger einen
geschützten Kundenkreis zuwies.

Zugunsten des Klägers geschützte Kunden sind gem. § 6 des Handelsvertretervertrages zum 138
einen Kunden, welche der Kläger kontaktiert hat. Ferner gehören die dem Kläger von der
Beklagten übergebenen Kunden dazu. Dabei handelt es sich gem. § 6 Abs. 3 des
Handelsvertretervertrags um die in Anlage 1 (Bl. 28 GA) als "Major Accounts" aufgeführten
Kunden, die unstreitig Vertragsbestandteil geworden ist. Hinzu kommen die in den Listen auf
Bl. 29 – 32 GA genannten Kunden. Zwar wurden diese Kundenschutzlisten nicht vom Kläger
abgezeichnet, da er mit den handschriftlichen Ergänzungen des Geschäftsführers der
Beklagten nicht einverstanden war. Im Senatstermin vom 09.11.2009 haben die Parteien
jedoch übereinstimmend erklärt, dass auch die Kunden dieser Liste grundsätzlich zu den
geschützten und an den Kläger übergebenen Kunden gehören sollten. Mit den
handschriftlichen Anmerkungen des Geschäftsführers der Beklagten, über deren
Vereinbarung die Parteien streiten, sollten – so die Vorstellung der Beklagten – lediglich
bestimmte Geschäfte der Beklagten mit diesen Kunden von einer Provisionspflicht
ausgenommen werden. Das betraf die Geschäfte, die der Kläger zunächst noch für die G
GmbH vermitteln wollte, die dann aber aufgrund des von der Beklagten mit der G GmbH
vereinbarten Assetdeals (erst) von der Beklagten mit den vom Kläger akquirierten Kunden
abgeschlossen wurden. Diese Geschäfte sind vollständig in den Buchauszug mit
aufzunehmen. Der Streit darüber, ob diese Geschäfte nach dem Handelsvertretervertrag zu
verprovisionieren und ob evtl. Provisionsansprüche durch den Vergleich des Klägers mit der
G GmbH vom 11.11.2005 bereits abgegolten sind, ist erst auf der Leistungsstufe
auszutragen. Es handelt sich um Meinungsverschiedenheiten zu einzelnen Geschäften, die
auf der Leistungsstufe im Zusammenhang mit den Provisionsansprüchen, die der Kläger aus
den Geschäften herleitet, zu klären sind.

Die Pflicht, die im Tenor näher bezeichneten Angaben in den Buchauszug aufzunehmen, 139
ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Auszugsanspruchs. Danach muss der Buchauszug
alles enthalten, was nach den gesetzlichen Regelungen und der getroffenen
Provisionsvereinbarung für die Berechnung der Provision von Bedeutung sein kann (BGH
NJW 2001, 2333; Baumbach/Hopt, a. a. O., § 87 c Rdnr. 15). Die im Tenor genannten
Auskünfte erfüllen diese Voraussetzung.

Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass der Buchauszug in Form einer vollständigen, geordneten und übersichtlichen Zusammenstellung der geschuldeten Angaben zu erteilen ist (Baumbach/Hopt, a. a. O., § 87 c Rn 15). Eine bestimmte Darstellungsweise kann dem Unternehmer jedoch nicht vorgeschrieben werden, da er die Form wählen kann, die für ihn am günstigsten ist (MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, a. a. O., § 87c Rn 40; BGH NJW 2001, 2333).

V.	141
Die Kosten ihrer erfolglosen Berufung hat die Beklagte zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	142
Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist nicht erforderlich.	143