

---

**Datum:** 22.09.2023  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 19. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 19 U 150/22  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2023:0922.19U150.22.00

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen das am 26.10.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (7 O 302/21) teilweise abgeändert und im Hauptsachetenor wie folgt insgesamt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger gemäß Finanzdienstleistungsvertrag vom 00.00.0000 mit Ablauf des 28.02.2021 endete.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 4.490,19 € zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 70% und die Beklagte zu 30%. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 29% und die Beklagte zu 71%.

Das Urteil und das angefochtene Urteil – Letzteres, soweit es im Zahlungsausspruch aufrecht erhalten bleibt - sind vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 6.414,56 € festgesetzt.

---

# Gründe:

|  |    |
|--|----|
| I.   | 1  |
| Der Kläger war als Handelsvertreter für die Beklagte tätig. Die Beklagte ist mit der Vermittlung von Bauspar- und Versicherungsverträgen, Kapitalanlagen, Investmentfonds und Immobilien befasst, wobei es sich um Produkte von Produktpartnern der Beklagten handelt. Bei erfolgreicher Vermittlung erhält die Beklagte eine Provision des jeweiligen Produktpartners, von der sie einen Teil der Provision an den Handelsvertreter weiterleitet und einen Teil als sog. „Overhead“ einbehält. Das von einem Handelsvertreter bei der Beklagten eingereichte Geschäft wird von der Beklagten intern mit sog. Einheiten („EH“) bemessen. | 2  |
| Die Parteien schlossen den Finanzdienstleistungsvermittlervertrag vom 00.00.0000 (im Folgenden: Vermittlervertrag). Dieser bestimmt auszugsweise:  | 3  |
| <i>„2. Rechtsstellung des Finanzdienstleisters</i>   | 4  |
| <i>2.1 Der Finanzdienstleister ist selbständiger Handelsvertreter im Nebenberuf im Sinne der §§ 84 ff., 92b HGB in Verbindung mit §§ 34d GewO, 59 ff. VVG. Ab Erlangung der Karrierestufe mit der Geschäftsbezeichnung „Financial Consultant Vergütungsstufe S“ übt der Finanzdienstleister seine Tätigkeit hauptberuflich aus.</i>  | 5  |
| (...)  | 6  |
| <i>5. Aufgaben und Befugnisse des Finanzdienstleisters</i>   | 7  |
| (...)  | 8  |
| <i>5.16 Der Finanzdienstleister ist für eine positive Bestandsentwicklung verantwortlich. Er trägt dafür Sorge, dass die Beitragseinnahmen in den einzelnen Sparten im Vergleich zum Vorjahr steigen und die Anzahl der versicherten Personen bzw. die Anzahl der Verträge wächst.</i>   | 9  |
| <i>5.17 Jeweils im letzten Quartal des laufenden Jahres erstellt die T. mit dem Finanzdienstleister für das kommende Jahr eine Bestandsentwicklungs- und Produktionsplanung, für deren Erfüllung sich der Finanzdienstleister einsetzt.</i>  | 10 |
| (...)  | 11 |
| <i>8. Allgemeine Pflichten des Finanzdienstleisters</i>  | 12 |
| <i>8.1. Der Finanzdienstleister bemüht sich ständig darum, der T. Verträge in allen Geschäftsbereichen zu vermitteln, die Gegenstand dieses Vertrags bilden. Gleichmaßen obliegt es ihm, für die Erhaltung der bestehenden Verträge Sorge zu tragen. Ebenso betreut er vorhandene Verträge und pflegt die Kundenbeziehungen sorgsam, indem er Bestandskunden in angemessenem Abstand systematisch mit dem Ziel aufsucht, wegen einer Anpassung des Versicherungsschutzes an veränderte Bedürfnisse nachzufragen und die Kunden bei der Anpassung und Ergänzung des Versicherungsschutzes zu beraten. (...)</i>                           | 13 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vermittlervertrag (Anlage K1) verwiesen.  | 14 |
|  | 15 |

Mit Schreiben vom 01.08.2020 erklärte der Kläger die Kündigung des Vermittlervertrages zum 28.02.2021 und wies darauf hin, dass die Kündigungsfrist in Nr. 20 des Vermittlervertrages aufgrund ihrer Länge unwirksam sei. Mit dem Schreiben vom 01.09.2020 wies die Beklagte die Kündigung zum Datum 28.02.2021 zurück und teilte als Kündigungszeitpunkt den 31.12.2021 mit.

In dem Zeitraum von September 2017 bis August 2020 erreichte der Kläger für Abschlussprovisionen 16.327 EH, was zu anteiligen Provisionseinnahmen der Beklagten (Overhead) von insgesamt 39.578,76 € bzw. 1.099,41 € monatlich führte. Von September 2020 bis Februar 2021 erzielte der Kläger lediglich 69 EH, der bei der Beklagten diesbezüglich verbliebene Overhead betrug 181,90 €.

Der Kläger hat behauptet, der Rückgang der Geschäftszahlen sei auf die Corona-Pandemie zurückzuführen, da diese einen persönlichen Kontakt zu den Kunden verhindert habe; auch sei eine Kontaktaufnahme per Telefon, E-Mail oder Telefax aus Rechtsgründen ausgeschlossen gewesen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die von ihm erklärte Kündigung habe den Vermittlervertrag zum 28.02.2021 beendet. Die Kündigungsfrist in Nr. 20 des Vermittlervertrages sei unwirksam.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger gemäß Finanzdienstleistungsvertrag vom 00.00.0000 aufgrund der ordentlichen Kündigung des Klägers bereits mit Ablauf des 28.02.2021 endete;

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Schadensersatz in Höhe von 3.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

1. festzustellen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Finanzdienstleistungsvermittlervertrag vom 00.00.0000 mit Ablauf des 31. Dezember 2021 sein Ende gefunden hat;

2. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte Schadensersatz wegen Verletzung der Bemühenspflicht in Höhe von 13.011,02 € zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe seit Ausspruch seiner Kündigung keine vertrieblichen Aktivitäten zugunsten der Beklagten mehr entfaltet. Der Kläger habe, wie andere Handelsvertreter nach Ausspruch einer Kündigung, Geschäft „geschoben“, um die der Beklagten zustehenden Overheadkosten einzusparen und nachfolgend Provisionen unter Ausschluss der Beklagten zu generieren. Den Bedarf der Kunden aufgrund einer Änderung

ihrer persönlichen Verhältnisse wie Heirat, Geburt eines Kindes, Umzug, Berufswechsel, was stets einen Anpassungsbedarf zur Folge habe, habe der Kläger nicht gedeckt.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Klausel zur Kündigungsfrist in Nr. 20 des Vermittlervertrages sei wirksam. Der Kläger habe mit der Einstellung seiner Tätigkeit nach dem Ausspruch der Kündigung die ihm obliegende Bemühenspflicht verletzt. Die Verletzung der Bemühenspflicht lasse sich sehr deutlich aufgrund der vom Kläger generierten EH ermitteln. Ihr Schaden bestehe in dem entgangenen Overhead für das vom Kläger (nicht) vermittelte Geschäft. Die Höhe des Schadens könne anhand eines Vergleichs zwischen dem Zeitraum vor der Einstellung der klägerischen Tätigkeit und dem Zeitraum danach bestimmt werden. Während in dem Zeitraum von 2013 bis 2019 die vom Kläger abgerechneten EH kontinuierlich zugenommen hätten bis auf 5.000 EH, sei ab Mai 2020 und insbesondere seit dem Ausspruch seiner Kündigung mit Schreiben vom 31.08.2020 ein erheblicher Abfall eingetreten und im Jahre 2021 hätten keine messbaren vertrieblichen Aktivitäten des Klägers mehr stattgefunden.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des Feststellungsantrags stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Widerklage hat das Landgericht den Kläger verurteilt, an die Beklagte 6.414,56 € zu zahlen, und die Widerklage im Übrigen abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht, soweit für das Berufungsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt, der Anspruch der Beklagten folge aus § 280 Abs. 1 BGB, § 86 HGB. In dem Zeitraum von September 2020 bis Februar 2021 habe der Kläger seine Bemühenspflicht verletzt. Dem dahingehenden Vortrag der Beklagten sei der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten, da er nicht dargelegt habe, dass er Bemühungen entfaltet habe, Abschlüsse für die Beklagte zu generieren. Die Behauptung, wegen der Corona-Pandemie seien ihm keine Kundenkontakte möglich gewesen, sei unsubstantiiert. Namentlich hätten in diesem Zeitraum nicht durchgängig pandemiebedingt Kontaktbeschränkungen geherrscht. Die Schadenshöhe könne gemäß § 287 ZPO auf den tenorierten Betrag geschätzt werden, da der Beklagten dieser als Overhead zugeflossen wäre, wenn der Kläger sich mit gleichem Einsatz wie in dem Zeitraum zuvor um Abschlüsse bemüht hätte.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen ursprünglichen Widerklageabweisungsantrag weiterverfolgt. Das Landgericht habe fehlerhaft eine Verletzung der Bemühenspflicht durch den Kläger angenommen. Die Beklagte habe zu den Bemühungen nicht vorgetragen, sondern lediglich auf Umsätze verwiesen. Jedoch habe der Kläger keine Abschlusserfolge geschuldet. Die Beweislast liege bei der Beklagten, wobei sie dieser nicht nachgekommen sei. Die Darstellung von Umsatzzahlen genüge hierfür nicht. Der lediglich nebenberuflich tätige Kläger werde an einem Umsatz gemessen, den allenfalls ein hauptberuflicher Berater erzielen könne. Neben der Vermittlung neuer Verträge habe der Kläger auch die Aufgabe gehabt, die sogenannten Strukturmitarbeiter zu schulen, auszubilden und zu fördern, zu denen u.a. die Herren D. und G. gezählt hätten. Zudem habe der Kläger zur Rettung notleidender Verträge tätig werden müssen, wobei der Kläger hierzu insbesondere zahlreiche Telefontermine mit Kunden wahrgenommen habe, sowie zur Schadensbearbeitung. Er, der Kläger, sei seinen Pflichten aus dem Vermittlervertrag bis zum Ende nachgekommen und habe auch das Büro regelmäßig aufgesucht. Er habe von September 2020 bis Februar 2021 eine Reihe von konkret benannten Kunden kontaktiert und aufgesucht, wobei für die Einzelheiten des klägerischen Vortrags auf Seiten 6/7 der Berufungsbegründungsschrift vom 26.01.2023 (Bl. 178 f. d.A.) verwiesen wird.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.10.2023, 7 O 302/21, insoweit aufzuheben, als der Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 6.414,56 € nebst Zinsen verurteilt worden ist und die Widerklage insoweit abzuweisen.

Die Beklagte beantragt, 36

die Berufung zurückzuweisen. 37

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Der Kläger sei hauptberuflich und nicht lediglich nebenberuflich für die Beklagte tätig gewesen, was der Kläger der Sache nach selbst vorgetragen habe. Die Beklagte müsse und könne nicht zu den Vermittlungsbemühungen des Klägers vortragen. Die Beklagte als Unternehmer genüge der ihr obliegenden Darlegungslast, erdrutschartig gesunkene Abschlusserfolge vorzutragen, um eine sekundäre Darlegungslast des Klägers auszulösen. Der Umsatzeinbruch sei in unmittelbarem Zusammenhang mit der Kündigung des Klägers erfolgt. Aus den erzielten Umsätzen ließen sich Rückschlüsse auf die Bemühungen des Klägers ziehen. Der klägerseitige Hinweis auf die Corona-Pandemie sei durch die während des Lockdowns von Februar bis April 2020 erzielten Umsätze widerlegt. Angebliche weitere Aufgaben und Verpflichtungen des Klägers seien für den Umsatzeinbruch nicht ursächlich. 38

II. 39

Die auf die zugesprochene Widerklageforderung beschränkte Berufung des Klägers ist zulässig und teilweise begründet. Die Beklagte hat lediglich einen Anspruch gegen den Kläger auf Schadensersatz in Höhe von 4.490,19 €.

Zutreffend hat das Landgericht in dem angegriffenen Urteil festgehalten, dass der Beklagten gegen den Kläger ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB, § 86 Abs. 1 Hs. 1 HGB in Verbindung mit dem Vermittlervertrag zusteht. Insoweit schließt sich der Senat den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts an, die lediglich Anlass zu folgenden Ergänzungen geben: 41

Ein Anspruch auf Schadensersatz der Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 BGB erfordert die Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Beklagten, namentlich einen Verstoß gegen die in § 86 Abs. 1 Hs. 1 HGB normierte Pflicht, sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen. Eine solche Pflichtverletzung ist vorliegend anzunehmen. 42

Die Darlegungs- und Beweislast für die Pflichtverletzung im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB trägt der Anspruchsteller (MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl., § 280 Rn. 38), vorliegend mithin die Beklagte. Soweit die Beklagte darauf abstellt, dass der Kläger - wie andere Handelsvertreter nach Ausspruch einer Kündigung – „Geschäft geschoben“ habe, um die der Beklagten zustehenden Overheadkosten einzusparen und nachfolgend Provisionen unter Ausschluss der Beklagten zu generieren, ist dieser Vortrag unsubstantiiert und damit unerheblich. Das gleiche gilt, soweit die Beklagte vorträgt, dass er den Bedarf der Kunden aufgrund einer Änderung der persönlichen Verhältnisse wie Heirat, Geburt eines Kindes, Umzug, Berufswechsel, nicht gedeckt habe. Allerdings ergibt sich aufgrund des unstrittigen Beklagtenvortrags, namentlich zu den vom Kläger generierten Einheiten (EH) in der Zeit von September 2017 bis August 2020 von 16.327 EH im Vergleich zu den erwirtschafteten Einheiten in der Zeit nach der Kündigung von September 2020 bis Februar 2021, dass der Kläger nach dem Ausspruch seiner Kündigung seine Tätigkeit für die Beklagte nur noch in einem Umfang ausübte, der nicht mehr den ihm obliegenden Pflichten aus dem 43

Vermittlervertrag entsprach. Zwar ist dem Kläger zuzugeben, dass ihn als Handelsvertreter nur eine Bemühenspflicht aber keine Abschlusspflicht trifft. Allerdings stellt der hier ganz erhebliche Einbruch der vom Kläger für die Beklagte vermittelten Abschlüsse im Zeitraum nach der Kündigung im Vergleich zu den erreichten Abschlüssen im Vergleichszeitraum von September 2017 bis August 2020 ein ausreichendes Anzeichen dafür dar, dass der Kläger seiner Bemühenspflicht ab der von ihm ausgesprochenen Kündigung gerade nicht mehr ausreichend nachgekommen ist. Es oblag danach dem Kläger im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, vorzutragen, warum dieser erhebliche Rückgang auf anderen Umständen beruhte als auf einer Einschränkung der von ihm entfalteten Tätigkeit. Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende die wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm ohne weiteres möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 08.03.2021 – VI ZR 505/19, zitiert nach juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19, zitiert nach juris Rn. 16). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beklagte hat naturgemäß keinen Einblick in die konkreten Tätigkeiten des Klägers, der die entsprechenden Angaben hingegen unschwer machen kann. Soweit sich der Kläger darauf beruft, dass der Rückgang der Abschlüsse im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie zu sehen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Zum einen fällt die Zeit des strengen Lockdowns gerade in den Vergleichszeitraum vor der Kündigung. Zum anderen fehlt es – worauf das Landgericht zu Recht hingewiesen hat – an jedweder Substantiierung des Vortrags, zumal in der Zeit von September 2020 bis Februar 2021 keine durchgängigen Kontaktbeschränkungen bestanden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis des Klägers, dass neben der Vermittlungstätigkeit auch die Schulung des ihm unterstellten Mitarbeiters und die Rettung notleidend gewordener Verträge zu seinen Aufgaben gehörten, da diese Tätigkeiten dann auch im Vergleichszeitraum angefallen sein müssten. Eine Verletzung der Bemühenspflicht belegt letztlich auch der eigene Vortrag des Klägers in der Berufungsinstanz, wonach er in der Zeit von September 2020 bis Februar 2021, also einem Zeitraum von 6 Monaten, insgesamt lediglich 13 Kunden zwecks Bedarfsermittlung aufgesucht habe.

Da sich die Verletzung der dem Kläger obliegenden Bemühenspflicht aus seinen deutlich unterschiedlichen Vermittlungserfolgen in der Zeit vor und nach der Kündigung ableitet, kann auch dahinstehen, ob der Kläger als Handelsvertreter im Nebenberuf oder im Hauptberuf anzusehen ist. Soweit er erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen hat, dass er seine vor der Kündigung im überobligatorischen Umfang erbrachte Tätigkeit für die Beklagte auf das ihm obliegende Maß reduziert habe, ist dieser Vortrag unabhängig davon, dass er gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt werden kann, schon nicht substantiiert.

Soweit sich das Landgericht bei der Schätzung der Schadenshöhe im Ausgangspunkt an der Differenz der generierten Einheiten und dem daraus abzuleitenden Overhead der Beklagten im Vergleichszeitraum von September 2017 bis August 2020 (36 Monate = 16.327 EH = Overhead von 39.578,76 €, somit durchschnittlich pro Monat 1.099,41 €) zu denjenigen aus der Zeit nach der Kündigung (September 2020 bis Februar 2021 = 6 Monate = 69 EH = Overhead von 181,90 €, somit durchschnittlich pro Monat 30,27 €) orientiert hat, ist dies nicht zu beanstanden. Allerdings kann nicht ohne weiteres die ermittelte Differenz der erwirtschafteten Einheiten und der sich daraus ergebende Minderanfall des Overheads für die Beklagte in Höhe von 6.414,56 € (= 6 Monate x 1.099,41 € = 6.596,46 € - 181,90 €) als Schaden der Beklagten angesehen werden. Vielmehr ist hier zu beachten, dass eine Pflichtverletzung des Klägers nicht bereits dann angenommen werden kann, wenn es in einzelnen Zeiträumen zu abweichenden Vermittlungserfolgen kommt. Denn der jeweilige

44

45

Tätigkeitsumfang, den ein Handelsvertreter zur ordnungsgemäßen Pflichterfüllung aufwenden muss, kann nicht starr festgelegt werden, sondern bewegt sich in einer gewissen Bandbreite. Hinzu kommt, dass der mit der Tätigkeit erzielte Erfolg des Handelsvertreters auch auf einem überobligatorischen Einsatz beruhen oder – zumindest zum Teil - glücklichen Umständen geschuldet sein kann. Somit kann bei Feststellung einer Pflichtverletzung nicht jede Abweichung nach unten bei den erwirtschafteten Einheiten bereits einen Schaden des Unternehmers darstellen. Vielmehr ist hier von einer Schwankungsbreite des Erfolgs auszugehen. Um diesen Umständen ausreichend Rechnung zu tragen hält der Senat es in Abwägung aller in dem vorliegenden Einzelfall relevanten Gesichtspunkte für notwendig und angemessen, bei der Schadensschätzung einen Abzug von 30% von der sich ergebenden Differenz der erwirtschafteten Einheiten bzw. des sich daraus ergebenden Overheads für die Beklagte bei Vergleich der Zeiträume vor und nach der Kündigung vorzunehmen. Danach ergibt sich ein Schaden von 4.490,19 €.

Soweit der Kläger eine weitergehende Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in Gestalt einer weitergehenden Abweisung der Widerklage begehrt, ist die Berufung aus den aufgezeigten Gründen unbegründet. Soweit er eine Abänderung hinsichtlich eines Ausspruchs zu Zinsen auf die Widerklageforderung beantragt, ist die Berufung schon deshalb unbegründet, weil das Landgericht keine Zinsen auf die Widerklageforderung zuerkannt hat. 46

III. 47

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 92, 97, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 48

IV. 49

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. 50