

Verkündet am 11. April 1960  
[REDACTED], Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinz S [REDACTED], H [REDACTED]-L [REDACTED],  
R [REDACTED]straße 1 A,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma H e [REDACTED] - Werke, Inhaber Karl He [REDACTED],  
E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 11. April 1960 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter  
Dr. Heidinger, Dr. Kuhn, Dr. Haager und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil  
des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts  
in Celle vom 9. Mai 1958 wird auf Kosten des  
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:  
-----

Die Klägerin, die Fahrräder, Mopeds und deren Ersatzteile herstellt, übertrug dem Beklagten durch Vertrag vom 1. Januar 1955 ihre Vertretung für einen bestimmten Bezirk. Sie richtete ihm ein "Kommisionslager" ein, für das folgende Bestimmungen galten:

"Für sämtliche getätigte Verkäufe müßten Sie uns eine Verkaufsmeldung auf unseren üblichen Auftragszetteln einsenden. Diese Verkaufsmeldung müßte sich von den üblichen Aufträgen durch einen deutlichen Vermerk "ab Lager geliefert am ..." unterscheiden. Diese Verkaufsmeldungen müssen täglich an uns eingesandt werden. Für evtl. von Ihnen zurückgenommene Ware müßte ebenfalls sofort eine entsprechende Meldung gemacht werden, damit hier bei uns die entsprechende Verbuchung vorgenommen werden kann. Per Ultimo eines jeden Monats wollen Sie uns bitte eine Lagerbestandsmeldung nach beiliegendem Muster einsenden."

Die Klägerin erklärte sich weiter bereit, ihre Erzeugnisse dem Beklagten auch auf Großistenbasis zu verkaufen.

Am 23. November 1956 ließ die Klägerin das Lager des Beklagten überprüfen. Auf dem Lager hätten 63 Fahrräder, 25 Mopeds, 3 Tachometer und 20 Beleuchtungen vorhanden sein müssen. Es waren aber nur 21 Fahrräder und 11 Mopeds vorhanden. Über den Rest der Waren - 42 Fahrräder, 14 Mopeds, 3 Tachometer und 20 Beleuchtungen - ließ sich aus den Unterlagen des Beklagten nichts entnehmen. Die Klägerin hatte keine Nachricht erhalten, daß diese Waren aus dem Lager entfernt worden waren. Die Bestandsmeldungen des Beklagten waren seit Monaten falsch.

Der Beklagte schrieb darauf am 24. November 1956 an die Klägerin, er werde selbstverständlich überprüfen, worauf die Differenz zurückzuführen sei. Es könne sich aber hier

- 3 -

nur um Kommissionsware handeln, die draußen stehe. Im übrigen sei es bisher immer so gewesen, daß er die Ware, die er vom Werkslager verkauft habe, abgerechnet und bezahlt habe. Er werde bis Mitte der nächsten Woche Aufklärung über die Werkslagerbestände geben. Die Klägerin ließ dem Beklagten durch ihren Anwalt am 26. November 1956 mitteilen, die Forderung aus den Lagerdifferenzen betrage 11 164,70 DM. Selbst wenn ein Teil der Kommissionsware sich in Kommission bei anderen Abnehmern befinden sollte, hätten wenigstens Unterlagen hierüber vorhanden sein müssen. Der Beklagte werde verstehen, daß die Klägerin außerordentlich besorgt sei. Der Beklagte möge bis Mittwoch dieser Woche (28. November 1956) erklären, wie er diese Forderung abtragen werde und welche Sicherheiten er leiste, wenn er den Gesamtbetrag nicht in bar zahle. Der Beklagte schrieb der Klägerin am 29. November 1956, er sei über den verletzenden Brief der Klägerin befremdet. Er habe sich deshalb veranlaßt gesehen, die Sache seinem Anwalt zu übergeben, von dem die Klägerin weiters hören werde. Dieser bat die Klägerin mit Schreiben vom 28. November 1956, weitere Antwort abzuwarten. Die Klägerin schrieb darauf am 30. November 1956, da der Beklagte verschiedene Termine nicht beachtet habe, die ihm ihr Anwalt zur Erledigung aufgegeben habe, sehe sie sich veranlaßt, das Vertreterverhältnis mit sofortiger Wirkung zu lösen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 12 456,14 DM nebst Zinsen zu verurteilen; sie verlangt mit diesem Betrag vor allem Bezahlung der Fehlbestände. Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er bestreitet die Forderung nicht. Er rechnet jedoch mit einem Anspruch auf, der ihm nach seiner Ansicht in Höhe von 17 000 DM gemäß § 89 b HGB als Ausgleichsanspruch zusteht.



Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:  
-----

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Forderung der Klägerin sei nicht durch Aufrechnung erloschen. Dem Beklagten stehe kein Ausgleichsanspruch zu, da für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Beklagten vorgelegen habe (§ 89 b Abs. 3 HGB). Der Beklagte habe gegen seine vertraglichen Verpflichtungen erheblich verstoßen. Ein derartiger Verstoß liege einmal darin, daß der Beklagte sich nicht um das Lager gekümmert, dieses vielmehr dem Lagerverwalter überlassen habe, den er nicht überwacht habe. Ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten sei weiter darin zu sehen, daß der Beklagte nach der Kontrolle des Lagers vom 23. November 1956 bis zum 30. November 1956 nicht aufgeklärt habe, wie es zum Fehlen des größten Teils des Lagers gekommen sei. Auch habe er das Verlangen der Klägerin nach Zahlung oder Sicherstellung nicht erfüllt, ja nicht einmal sachlich beantwortet, sondern nur Worte der Empörung gefunden.

1. Die Revision greift diese Ausführungen an. Sie ist der Ansicht, die Klägerin habe die Kündigung am 30. November 1956 ausschließlich darauf gestützt, daß der Beklagte die Termine nicht beachtet habe, die ihm ihr Anwalt aufgegeben habe. Die Klägerin könne daher die mangelhafte Verwaltung des Lagers nicht nachträglich heranziehen, um die Berechtigung der Kündigung darzutun; es sei unzulässig, Kündigungsgründe nachzuschieben. Der Ansicht der Revision

kann nicht zugestimmt werden. Der erkennende Senat (BGHZ 27, 220) hat entschieden, daß zur Begründung einer außerordentlichen Kündigung grundsätzlich die mit der Kündigungserklärung nicht bekanntgegebenen, zu diesem Zeitpunkt aber bereits vorhanden gewesenen Gründe nachträglich mit der Wirkung geltend gemacht werden können, daß sie die Kündigung für den Zeitpunkt ihres Ausspruchs rechtfertigen. Im Einzelfall kann sich allerdings nach Treu und Glauben eine Beschränkung auf den zunächst angegebenen Kündigungsgrund ergeben. Ein derartiger Fall kann gegeben sein, wenn der Empfänger der Kündigungserklärung nach Treu und Glauben annehmen darf, der Kündigende werde sich auf den angegebenen Grund beschränken. Diese Voraussetzung ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Klägerin hat die Kündigung in dem Schreiben vom 30. November 1956 darauf gestützt, daß der Beklagte der Klägerin nicht fristgemäß mitgeteilt habe, wie er die Forderung der Klägerin bezahlen oder sicherstellen wolle. Dieser Kündigungsgrund hängt mit der mangelhaften Verwaltung des Lagers zusammen. Die Fehlbestände, die durch die mangelhafte Verwaltung des Lagers eingetreten sind, haben die Forderung der Klägerin, die der Beklagte nicht bezahlt und für die er auch keine Sicherheit angeboten hat, zur Entstehung gelangen lassen. Der Beklagte war daher nicht berechtigt, die Kündigungserklärung dahin aufzufassen, die Klägerin werde die Mißstände, die sich bei der Lagerverwaltung ergeben hätten, nicht auch zum Anlaß der Kündigung nehmen wollen.

Die Revision meint, jedenfalls habe die Klägerin das Ergebnis der Lagerkontrolle nicht als Grund zur fristlosen Kündigung betrachtet. Sie habe nicht auf Grund dieses Ergebnisses gekündigt, sondern auf Grund späterer Vorkommnisse. Auch dieser Angriff der Revision kann keinen Erfolg haben. Die Klägerin hätte zwar voraussichtlich nicht gekündigt, wenn

der Beklagte die Fehlbestände, die durch die mangelhafte Verwaltung des Lagers entstanden waren, sofort bezahlt hätte. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, die Klägerin habe die unsorgfältige Verwaltung des Lagers nicht mit zur Begründung der Kündigung verwerten dürfen, als der Beklagte die auf Grund der Fehlbestände entstandene Forderung nicht bezahlte und auch keine Sicherheitsleistung anbot.

2. Die Revision meint, ein wichtiger Grund habe nicht vorgelegen, da der Beklagte kapitalstark und der Betrag von 11 164,70 DM nicht besorgniserregend gewesen sei. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt jedoch nicht übersehen. Es hat ausgeführt, die gute Finanzlage des Beklagten könne unterstellt werden. Der Beklagte hätte aber auch dann keine Mißstände bei der Verwaltung des Lagers einreißen lassen dürfen, wenn er in der Lage gewesen sei, den dabei eintretenden Schaden zu ersetzen. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die Revision ist der Auffassung, der Fehlbestand sei auch nur gering. Denn es habe sich bald ergeben, daß sich auf dem Eigenlager des Beklagten 40 Fahrräder und 10 Mopeds befunden hätten. Die Differenz sei also auf 2 Fahrräder und 4 Mopeds zusammengeschrumpft und habe sich damit als Bagatelle erwiesen. Mit diesen Ausführungen setzt sich die Revision in Widerspruch zu dem Vorbringen des Beklagten in den Tatsacheninstanzen und zu den Feststellungen des Berufungsgerichts. Hiernach hat sich nicht ergeben, daß sich von den Fehlbeständen 40 Fahrräder und 10 Mopeds auf dem Eigenlager des Beklagten befunden hätten. Es ist vielmehr bis jetzt ungeklärt, wo sich die fehlenden Bestände, die erheblich über die Hälfte des buchmäßigen Lagerbestandes betragen haben, befunden haben und befinden. Der Beklagte hat mit Schreiben vom 24. November 1956 mitgeteilt, die Bestände

müßten "draußen" stehen, also auf auswärtigen Kommissionslagern von Händlern, die die Ware an Dritte verkaufen wollten. Im Schriftsatz vom 21. Juni 1957 hat der Beklagte angegeben, das Weihnachtsgeschäft sei die Ursache dafür gewesen, daß die Bestände, die der Beklagte selbst verkauft habe, nicht karteimäßig abgerechnet worden seien. Im Schriftsatz vom 29. Oktober 1957 heißt es dann, 40 Fahrräder und 10 Mopeds hätten sich unverkauft im Eigenlager des Klägers befunden. Als die Klägerin diese Behauptung bestritt, führte der Beklagte im Schriftsatz vom 14. März 1958 aus, es sei richtig, daß die fehlenden Waren in auswärtigen Kommissionslagern gestanden hätten; es könne aber zwischen diesen Lagern und dem Eigenlager des Beklagten kein Unterschied gemacht werden. Mit Recht hat daher das Berufungsgericht (Berufungsurteil S. 17) ausgeführt, die Behauptungen des Beklagten bezüglich der Entstehung der Fehlbestände seien widerspruchsvoll; es sei nicht aufgeklärt worden, wo die fehlenden Waren geblieben seien.

3. Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich nach dem 23. November 1956 schuldhaft verhalten. Sie macht zunächst geltend, der Anwalt der Klägerin habe dem Beklagten nur ein einziges Mal, am Montag, den 26. November 1956, geschrieben und ihn gebeten, bis Mittwoch zu erklären, wie er die Forderung abtragen werde und welche Sicherheiten er gegebenenfalls leiste. Der Beklagte habe diese Bitte trotz der Kürze der Frist beachtet und ihm am Mittwoch, den 28. November 1956, durch seinen Anwalt antworten lassen. Auch habe er am 29. November 1956 selbst geantwortet. Die Briefe vom 28. und 29. November 1956 sind zwar geschrieben worden. In ihnen ist aber nicht die Frage beantwortet worden, die die Klägerin gestellt hat. Der Beklagte hat lediglich mitgeteilt, er habe die Sache seinem Anwalt übergeben, von dem die Klägerin

Näheres hören werde, und der Anwalt hat sich darauf beschränkt, die Klägerin zu bitten, weitere Antwort abzuwarten.

Die Revision meint, jedenfalls sei die Frist, die der Anwalt der Klägerin in seinem Schreiben vom 26. November 1956 gesetzt habe, zu kurz gewesen. Die Klägerin habe dem Beklagten keine Zeit lassen wollen und die fristlose Kündigung ausgesprochen, obgleich ihr nach der Sachlage zuzumuten gewesen sei, dem Beklagten zur Aufklärung und Überlegung die erforderliche Zeit zu lassen und ihm Gelegenheit zu geben, den Streitfall durch ein Übereinkommen zu regeln. Die Revision übersieht bei diesen Ausführungen, daß der Beklagte, worauf das Berufungsgericht mit Recht hingewiesen hat, in seinem Schreiben vom 24. November 1956 der Klägerin geschrieben hatte, er werde Mitte nächster Woche, also bis zum 28. November 1956, Aufklärung über die Lagerbestände geben. Der Beklagte ist also selbst der Auffassung gewesen, er werde bis zu diesem Zeitpunkt den Fehlbestand aufklären können. Da der Beklagte weiter vorträgt, er sei kapitalstark gewesen, so hätte er der Klägerin auch bis zu diesem Termin schreiben können, wie er sich die Bezahlung der Fehlbestände denke. Hierbei ist zu beachten, daß das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt hat, dem Beklagten sei zu diesem Zeitpunkt klar gewesen, daß er die Fehlbestände bezahlen müsse und nicht Verkäufe im fremden Namen für fremde Rechnung vorgelegen hätten, deren Meldung lediglich verzögert worden sei. Das Berufungsgericht führt daher ohne Rechtsirrtum aus, der Klägerin habe, als der Beklagte nur von seiner Empörung geschrieben, den Fehlbestand aber nicht aufgeklärt, auf das Zahlungsbegehren nicht eingegangen sei und die Klägerin durch seinen Anwalt auf später vertröstet habe, deutlich werden müssen, daß der Beklagte für die durch seine mangelhafte Beaufsichtigung

ermöglichten Vertragsverletzungen nicht habe eingestehen wollen; zumindest sei für die Klägerin erkennbar gewesen, daß sie sich auf den Beklagten nicht mehr habe verlassen können. Was die Revision hiergegen vorträgt, liegt auf tatsächlichem Gebiet und kann in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden.

4. Schließlich meint die Revision, es gehe nicht an, daß die Klägerin die Kündigung darauf zu stützen suche, daß der Beklagte nach der Aufrechnung nichts mehr zur Aufklärung des Sachverhalts getan habe. Vorgänge, die erst eingetreten seien, nachdem die fristlose Kündigung das Vertreterverhältnis aufgelöst habe, könnten an der Unrechtmäßigkeit der vorausgegangenen fristlosen Kündigung nichts ändern. Die Angriffe der Revision beruhen auf einem Mißverständnis. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte könne nicht damit durchdringen, daß er nach Erhalt des Kündigungsschreibens und der von ihm erklärten Aufrechnung nicht mehr zur Aufklärung verpflichtet gewesen sei; der Beklagte übersehe, daß die Kündigung wegen schuldhaften Verhaltens bereits vorher ausgesprochen und durch sie die Entstehung der Ausgleichsforderung verhindert worden sei. Das Berufungsgericht hat also das Verhalten des Beklagten nach dem 30. November 1956 nicht als Kündigungsgrund verwertet, sondern lediglich dargelegt, daß das spätere Verhalten des Beklagten den bereits entstandenen Kündigungsgrund nicht habe beseitigen können.

Nach alledem sind die Rügen der Revision unbegründet.  
Da das Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen läßt,  
war die Revision, mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO, zurück-  
zuweisen.

Dr. Nastelski Dr. Haidinger Dr. Kuhn Dr. Haager Dr. Reinicke