

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 146/74

Versäumnisurteil

Verkündet am

17. Oktober 1975

Spengler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Alfred L [REDACTED], M [REDACTED],
O [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED] di S [REDACTED] S [REDACTED] die B [REDACTED]
V [REDACTED], Vannucchi G [REDACTED] & Co., M [REDACTED] (F [REDACTED]),
Viale L [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- im Revisionsrechtszug nicht vertreten -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1975 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. März 1974 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger war für die Beklagte vom 30. Juni 1967 bis Anfang November 1970 als Handelsvertreter im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland tätig. Auf das Vertragsverhältnis soll nach dem beiderseitigen Willen der Parteien deutsches Recht angewendet werden. Unter dem 5. November 1970 richtete die Beklagte ein Schreiben an den Kläger, das von beiden Seiten als fristlose Kündigung aufgefaßt wurde.

Mit Telegramm vom 15. November 1970 und mit einem Schreiben vom gleichen Tage wies der Kläger die

- 3 -

fristlose Kündigung als ungerechtfertigt zurück. Da die Beklagte nicht zahlte, erwirkte der Kläger am 15. März 1971 beim Landgericht München I (3 HK O 151/71) wegen behaupteter Ansprüche von rund DM 84.500,-- einen dinglichen Arrest, aufgrund dessen eine angebliche Geldforderung der Beklagten gegen eine Firma S■■■■ in Höhe von DM 81.124,61 gepfändet wurde.

Mit der vorliegenden Klage zur Hauptsache hat der Kläger in erster Linie restliche Provisionsansprüche von insgesamt DM 73.957,10 geltend gemacht und zusätzlich einen Betrag von DM 26.042,90 als Teil einer entgangenen Provision von DM 70.000,-- aus einem nach seiner Behauptung infolge der fristlosen Kündigung nicht zustandegekommenen Geschäft gefordert. Seine Klageforderung hat er hilfsweise - und mit der Bitte um Prüfung in dieser Reihenfolge - mit zwei weiteren Ansprüchen begründet, nämlich mit einem Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB in Höhe von mindestens DM 20.000,-- und einer Schadensersatzforderung von DM 10.000,-- aus der Erwägung, daß die ungerechtfertigte, fristlose Kündigung der Beklagten in der Zeit bis zur nächstmöglichen ordentlichen Kündigung zu einem Provisionsentgang in dieser Mindesthöhe geführt habe. Der Kläger hat jedoch ausdrücklich erklärt, daß er die Verurteilung der Beklagten auf einen Betrag von insgesamt DM 100.000,-- nebst Zinsen beschränkt sehen wolle und hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von DM 100.000,-- nebst 5 % Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger und Widerbeklagten zur Zahlung von



DM 26.059,06 nebst Zinsen hieraus zu verurteilen.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Der Kläger hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung der Beklagten in Höhe von 73.957,10 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 28. Juli 1972 aufrechterhalten. Im übrigen sind die Klage und die Widerklage zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter, soweit das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat.

Die Beklagte ist im Revisionsrechtszug nicht vertreten.

Entscheidungsgründe

I. Da die Revisionsbeklagte trotz ordnungsgemäßer und rechtzeitiger Ladung ihres Prozeßbevollmächtigten II. Instanz in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten war, mußte über den Antrag des Revisionsklägers gemäß §§ 331, 557 ZPO durch Versäumnisurteil entschieden werden (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

II. 1. Zur Begründung der Abweisung der Klage in Höhe von 26.042,40 DM führt das Berufungsgericht aus, soweit der Kläger in seiner Berufungserweiterung vorgetragen habe, ihm stünden noch weitere - in seiner Klage nicht berücksichtigte - Provisionsforderungen zu, sei keine Entscheidung zu treffen. Denn der Kläger habe diese Ansprüche im ersten Rechtszug nicht zur Entscheidung gestellt und seine Klage auch nicht im Wege der Anschlußberufung erweitert (BU 22).

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen der rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

Eine Anschlußberufung wäre nur erforderlich gewesen, wenn der Kläger hätte mehr erreichen wollen, als die Zurückweisung der Berufung der Beklagten, etwa weil er im zweiten Rechtszuge die Klage erweitert hätte. Das ist jedoch nicht der Fall.

Der Kläger begehrt die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 100.000,-- DM. Zur Begründung hat er im ersten Rechtszug geltend gemacht, er habe restliche Provisionsansprüche von 73.957,10 DM, ferner stehe ihm ein Betrag von 26.042,90 DM als Teil einer entgangenen Provision von 70.000,-- DM aus einem infolge der fristlosen Kündigung nicht zustande gekommenen Geschäft zu. Hilfsweise werde die Klageforderung mit einem Ausgleichsanspruch aus § 89 b HGB in Höhe von mindestens 20.000,-- DM und einem Schadensersatzanspruch von 10.000,-- DM begründet. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 100.000,-- DM verurteilt. In seiner Berufungserweiterung hat der Kläger vorgetragen (S. 5), nach dem von

der Beklagten vorgelegten Kontoauszug vom 16. April 1971 ergebe sich für ihn ein weiterer Provisionsanspruch von 2.756,70 DM. Ferner hat der Kläger in der Anlage 4 zur Berufungserwiderung darauf hingewiesen, daß sich der bisher geltend gemachte Betrag von 73.957,10 DM infolge Anwendung eines falschen Umrechnungskurses um die Kursdifferenz von 466,43 DM erhöhe.

Da der Kläger im zweiten Rechtszug lediglich die Zurückweisung der Berufung der Beklagten beantragt hat, dagegen seine auf Zahlung von 100.000,-- DM gerichtete Klage nicht um die beiden soeben genannten Beträge von 2.756,70 DM und 466,43 DM erhöht hat, sondern diese nur zur weiteren Begründung dafür vorgebracht hat, daß ihm ein Anspruch jedenfalls in Höhe von 100.000,-- DM zustehe, bedurfte es keiner Anschlußberufung des Klägers. Das Berufungsgericht hätte daher diese beiden Beträge berücksichtigen müssen, wenn es den Zahlungsanspruch nicht aus anderen Gründen in Höhe von 100.000,-- DM für gerechtfertigt hielt.

Schon aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben.

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen dem Kläger weder ein Ausgleichsanspruch noch Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung zu (BU 20), weil die Beklagte das Vertragsverhältnis zu Recht fristlos gekündigt habe (§ 89 a HGB).

a) Zur Begründung führt es aus, zwar könne dem Kläger weder die Inkassotätigkeit als solche noch die Einbehaltung von Teilbeträgen zur Befriedigung seiner Provisionsansprüche angelastet werden, da die Beklagte hiermit einverstanden gewesen sei. Die besondere Vertrauensstellung, die ihm durch die Verrechnungsbefugnis eingeräumt worden sei, habe eine laufende, unverzügliche und umfassende Abrechnung über die einbehaltenen Beträge erfordert. Das habe umsomehr gegolten, als die Beklagte gerade bei einem Auslandsvertreter in besonderem Maße auf eine zuverlässige Wahrung ihrer Interessen und auf einwandfreie Abrechnungen angewiesen gewesen sei. Diesen Anforderungen habe der Beklagte nicht genügt. So habe er der Beklagten unter anderem über einbehaltene Zahlungen des Kunden G. [REDACTED] vom 25. Mai und vom 19. Juni 1970 erst am 2. Juli 1970 eine Nachricht zukommen lassen, obwohl es immerhin um Beträge von 6.104,84 DM gegangen sei. Über die weiteren Zahlungen des Kunden G. [REDACTED] vom 4. August (DM 500,--) und vom 5. August 1970 (DM 3.000,--) sei die Beklagte erst am 24. August 1970 benachrichtigt worden. Auch eine Zahlung der Kundin R. [REDACTED] & B. [REDACTED] vom 12. Oktober 1970 (DM 1.322,--) sei der Beklagten erst am 30. Oktober 1970 mitgeteilt worden. Daß die Beklagte vom Kläger unzureichend unterrichtet worden sei, ergebe sich vor allem aus der Aussage des Zeugen F. [REDACTED]. Danach sei der Kläger anlässlich einer Unterredung im Büro des Gesellschafters V. [REDACTED] darauf aufmerksam gemacht worden, daß viele Kunden nicht zahlten. Der Kläger habe sich verpflichtet, diese Kunden nach seiner Rückkehr nach Deutschland mündlich zu mahnen. Als immer noch keine Zahlungen eingegangen seien, habe die Beklagte später die Kunden selbst gemahnt und hierauf die Antwort erhalten, es sei schon längst an

den Kläger gezahlt worden. Diese Aussage werde durch die von der Beklagten im ersten Rechtszug vorgelegten Mahnschreiben nebst Antwortschreiben der Gemahnten erhärtet.

Hierdurch wie überhaupt durch seine recht nachlässige Behandlung der Abrechnungstätigkeit habe der Kläger das Vertrauensverhältnis schuldhaft derart erschüttert, daß der Beklagten ein Festhalten am Verträge bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungszeitpunkt nicht mehr habe zugemutet werden können.

b) Die Revision erhebt gegen diese Ausführungen folgende verfahrensrechtlichen Rügen.

Das Berufungsgericht habe die Umstände über das Inkasso des Klägers und die Mitteilungen hierüber an die Beklagte bezüglich der Kunden G[REDACTED] und R[REDACTED] & B[REDACTED] den mit der Berufungserwiderung vom Kläger vorgelegten Anlagen übernommen, ohne diese Punkte in der mündlichen Verhandlung zu erörtern und insbesondere, ohne zum Ausdruck zu bringen, daß sie bei der Prüfung herangezogen werden sollten, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliege. Hätte das Berufungsgericht dies gemäß der ihm nach § 139 ZPO obliegenden Aufklärungspflicht getan, so würde der Kläger folgendes vorgetragen haben:

Gräbner habe im Einverständnis mit der Beklagten das Recht erhalten, unter sechsmonatigem Zahlungsaufschub, gerechnet ab Lieferung, in Raten zu zahlen. Der Kläger habe daher bezüglich der Beträge von 3.000,-- DM plus 3.000,-- DM + 104,84 DM Inkasso gemäß Vereinbarung zwischen ihm und der Beklagten ge-

wartet, bis jeweils sechs Monate nach Lieferung abzurechnen gewesen sei. Dies wäre in das Zeugnis der im Betriebe des Klägers tätigen Ehefrau des Klägers gestellt worden, die bei der Vereinbarung mitgewirkt habe.

Hinsichtlich der der Beklagten am 24. August 1970 mitgeteilten Zahlungen G[REDACTED] von 500,-- DM (am 4. August) und 3.000,-- DM (5. August) wäre unter Bezugnahme auf das Zeugnis der Ehefrau des Klägers vorgetragen worden, daß die Beklagte mitgeteilt habe, sie habe vom 8. bis zum 24. August 1970 Betriebsferien, ihre Magazine und Büros seien geschlossen. Er habe die Mitteilung daher zum frühestmöglichen Zeitpunkt gemacht.

Bezüglich der Kundin R[REDACTED] & B[REDACTED] habe das Berufungsgericht (BU 21) das Datum der Zahlung mit dem Datum der Rechnung verwechselt, die vom 12. Oktober 1970 datiere. Die Zahlung selbst sei - wie aus Anlage 11 Blatt 2 zur Berufungserwiderung unter lfd. Nr. 17 im Text der rechten Spalte ersichtlich - an den Vertreter T[REDACTED] erfolgt, der den Kläger am 26. Oktober 1970 hiervon unterrichtet habe. Der Kläger habe bei normaler Postlaufzeit am 28. Oktober 1970 Kenntnis erlangt und am 30. Oktober 1970 unter Übermittlung einer Fotokopie der Mitteilung des T[REDACTED] die Beklagte benachrichtigt. Schneller habe daher gar nicht gearbeitet werden können. Auch dies wäre in das Zeugnis der Ehefrau des Klägers gestellt worden.

Die von F[REDACTED] erwähnten Vorfälle seien nicht substantiiert. Das angefochtene Urteil enthalte hier-

zu keine Feststellungen. Sollte es auf die im Beweisbeschluß vom 5. November 1971 unter Ziff. II 2 genannten Fälle ankommen, so würde der in der Revisionsbegründung im einzelnen wiedergegebene Vortrag gebracht worden sein.

Diese Rügen sind begründet.

Wird das Vorbringen der Revision als richtig unterstellt, so hätte dem Kläger nicht der Vorwurf gemacht werden können, er habe die ihm obliegende Verpflichtung zur laufenden, unverzüglichen und umfassenden Abrechnung verletzt. Dann aber hätte das Berufungsgericht die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung nicht als begründet ansehen dürfen.

III. Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht auch folgendes berücksichtigen müssen, falls nach Aufklärung des Sachverhalts dem Kläger überhaupt noch verspätete Mitteilungen über die von ihm bei Kunden eingegangenen Zahlungen zur Last gelegt werden können. Zwar setzt die fristlose Kündigung nicht allgemein eine vorherige Abmahnung durch den Unternehmer voraus. Nach Art und Schwere der in Betracht kommenden Kündigungsgründe kann es aber dem zwischen den Vertragsparteien bestehenden Treueverhältnis entsprechen, daß der Unternehmer dem Handelsvertreter zunächst seine Unzufriedenheit über

die Ausführung seiner Tätigkeit zum Ausdruck bringt und Abstellung der Mängel fordert, statt plötzlich und unerwartet die fristlose Kündigung auszusprechen, durch die der Handelsvertreter häufig schwer betroffen wird.

Sollten dem Kläger nur einzelne verhältnismässig geringfügige Saumseligkeiten vorzuwerfen sein, so wird zu prüfen sein, ob diese nicht nur nach vorheriger fruchtloser Abmahnung zu einer Kündigung berechtigt hätten.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Schönberg

v. Gamm