

u 1

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 103/71

URTEIL

Schlußentscheidung

Verkündet am
15. November 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Günter R [REDACTED],
N [REDACTED], V [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers,
Berufungsbeklagten, Berufungs-
klägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Prof. Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

die Firma Karl W [REDACTED] GmbH, W [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den Geschäfts-
führer Wolfgang W [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 6. April 1971 insoweit aufgehoben, als die Widerklage in Höhe von 28.800 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen, soweit das nicht bereits durch Beschluß vom 4. Oktober 1973 geschehen ist.

Von den Kosten des gesamten Revisionsverfahrens hat der Beklagte 8/9 zu tragen. Die Entscheidung über das restliche Neuntel wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war auf Grund eines am 22. Juni 1959 von den Parteien geschlossenen Vertrages Handelsvertreter der Klägerin. Er hatte Aussteuerpakete mit Bett-

- 3 -

wäsche zu vertreiben und arbeitete mit zahlreichen Untervertretern, die ihrerseits wieder Untervertreter beschäftigten.

Da der Umsatz rasch stieg und die Klägerin nicht in der Lage war, die Geschäfte in dem erforderlichen Umfang vorzufinanzieren, kamen die Parteien im Jahre 1961 überein, den Umsatz erst auf 350 und dann auf 250 Pakete im Monat zu beschränken. Dafür gestattete die Klägerin dem Beklagten, für die Zeit ihres finanziellen Engpasses auch Wäsche anderer Hersteller zu vertreiben.

Mit Schreiben vom 22. Februar 1962 verlangte die Klägerin vom Beklagten die Verminderung des ihm zur Verfügung gestellten Warenvorrats auf das Doppelte des Umsatzes der jeweiligen Vorwoche. Der Umsatz der Pakete der Klägerin ließ darauf erheblich nach.

Mit Schreiben vom 8. Juni 1962 kündigte die Klägerin den Vertrag mit dem Beklagten fristlos mit der Begründung, der Beklagte habe sie in vertragswidriger Weise durch unlauteren Wettbewerb geschädigt. Der früheste ordentliche Kündigungszeitpunkt wäre der 31. Dezember 1962 gewesen. Der Beklagte hält die fristlose Kündigung für unberechtigt. Er ist der Auffassung, daß ihm die Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet sei. Außerdem machte er einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b HGB geltend.

In einem Vorprozeß hat die Klägerin vor dem Landgericht Wiesbaden (6 O 109/62) gegen den Beklagten auf Feststellung geklagt, daß diesem keiner der Ansprüche zustehe, deren er sich berühme. In jenem Prozeß hat der



erkennende Senat durch Urteil vom 7. Oktober 1968
- VII ZR 21/66 - Schadensersatzansprüche des Beklagten wegen der Herabsetzung des Warenvorrats durch die Klägerin rechtskräftig verneint. Dagegen hat er, soweit es sich um Ansprüche des Beklagten handelt, welche die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung der Klägerin voraussetzen, die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, wo sie noch anhängig ist.

Von dem gegenwärtigen Rechtsstreit interessiert in dieser Instanz nur die Widerklage des Beklagten. Mit ihr war ursprünglich beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 337.841 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Landgericht hat der Widerklage - unter ihrer Abweisung im übrigen - in Höhe von 10.425,37 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie - in der vom Beklagten zuletzt geltend gemachten Höhe von 303.816,46 DM nebst Zinsen - ganz abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte die Widerklage noch in Höhe von 267.816,46 DM nebst Zinsen weiter.

Der Senat hat die Revision in Höhe von 195.816,46 DM nebst Zinsen gemäß Entlastungsgesetz durch Teilentscheidung (Beschluß) vom 4. Oktober 1973 zurückgewiesen. Er entscheidet jetzt über die restlichen 72.000 DM nebst Zinsen sowie über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens.

Entscheidungsgründe:

1. Der Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin habe sich verpflichtet, monatlich mindestens 200 Pakete zur Verfügung zu stellen. Seit der fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses habe sie aber überhaupt nichts mehr geliefert. Da die sofortige Kündigung unberechtigt gewesen und eine ordentliche Kündigung erst zum 31. Dezember 1962 wirksam geworden sei, habe die Klägerin ihm den Gewinnentgang in der Zeit von Juli bis Dezember 1962 also von 6 Monaten x 200 = 1.200 Paketen à 60 DM = 72.000 DM zu ersetzen.

2. Das Berufungsgericht bezieht sich bei der Aberkennung dieses Anspruchs auf das Urteil des erkennenden Senats vom 7. Oktober 1968 - VII ZR 21/66 - im Vorprozeß. Darin war der vom Beklagten für die davor liegende Zeit (von Februar bis Juni 1962) erhobene Schadensersatzanspruch von 36.000 DM (5 Monate x 120 Pakete à 60 DM) verneint worden, weil die Herabsetzung des Warenbestandes noch innerhalb der der Klägerin zustehenden kaufmännischen Entschließungsfreiheit gelegen sei. Die Klägerin habe auch nicht willkürlich und ohne vertretbaren Grund den Interessen des Beklagten zuwidergehandelt; denn ihm sei der Vertrieb anderer Ware erlaubt worden, so daß seine Verkaufsorganisation durch die Maßnahme der Klägerin nicht gefährdet worden sei.

Das Berufungsgericht meint, das gleiche gelte für die Forderung von 72.000 DM, da diese Forderung auf dem gleichen Sachverhalt der Verminderung des Warenbestandes

beruhe und sich lediglich auf den anschließenden Zeitraum von Juli bis Dezember 1962 erstrecke. Infolgedessen brauche nicht entschieden zu werden, ob die von der Klägerin ausgesprochene fristlose Kündigung wirksam gewesen sei oder nicht.

3. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis teilweise mit Erfolg.

a) Sie rügt, das Berufungsgericht stütze seine Entscheidung auf die Rechtskraft des Senatsurteils vom 7. Oktober 1968 im Vorprozeß. So ist das Berufungsurteil jedoch nicht zu verstehen. Der Senat hat im Vorprozeß lediglich über den die Zeit von Februar bis Juni 1962 betreffenden Schadensersatzanspruch des Beklagten in Höhe von 36.000 DM rechtskräftig befunden. Wegen des Gewinnentgangs für die nachfolgende Zeit hat der Senat dagegen das oberlandesgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Davon geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus. Es versagt jedoch dem Beklagten den von ihm für die Zeit ab Juli 1962 verlangten Gewinnentgang aus den gleichen Gründen, die den erkennenden Senat damals bewogen haben, Ersatzansprüche des Beklagten für die vorangehenden Monate auszuschließen.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Sach- und Rechtslage sei für beide Zeiträume die gleiche, ist aber, wie die Revision mit Recht geltend macht, von Rechtsirrtum beeinflusst. Bis Juni 1962 nämlich hatte die Klägerin durch Herabsetzung der Warenbestände den Umsatz des Beklagten lediglich gedrosselt. Folgerichtig hatte der

Beklagte für die Zeit von Februar bis Juni 1962 auch nur den Gewinnentgang wegen des Minderumsatzes von monatlich 120 Paketen (à 60 DM) verlangt. Nach der fristlosen Kündigung hat die Klägerin den Beklagten dagegen überhaupt nicht mehr beliefert. Deswegen fordert er für die Zeit von Juli bis Dezember 1962 den Gewinnentgang wegen des vollen Umsatzausfalls von monatlich 200 Paketen, von dem er behauptet, er sei ihm garantiert worden. Während aber die Drosselung des Umsatzes auf eine bestimmte Höhe durch Verminderung der Warenbestände eine Maßnahme der Klägerin noch innerhalb der ihr vorbehaltenen kaufmännischen Entschließungsfreiheit war, beruht die vollständige Einstellung der Belieferung des Beklagten auf der Beendigung des Vertragsverhältnisses, also auf der fristlosen Kündigung. Das ist der Unterschied.

c) Gleichwohl kann der Beklagte keinesfalls den ganzen von ihm errechneten Betrag beanspruchen. Denn er kann nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag weitergegolten hätte. Dann aber muß der Klägerin für die Zeit von Juli bis Dezember 1962 die gleiche Entschließungsfreiheit zugebilligt werden, den Umsatz zu drosseln, wie in der Zeit vorher. Insofern, aber auch nur insofern gelten dieselben Gründe, die der Senat in seinem Urteil vom 7. Oktober 1968 im Vorprozeß dafür angeführt hat, daß der Beklagte aus der Verminderung der Warenbestände keine Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin herleiten könne. Auf eine Umsatzgarantie kann der Beklagte sich dabei nicht berufen. Eine solche ist den von der Revision angeführten Zeugenaussagen nicht zu entnehmen, wie schon das Landgericht zutreffend angenommen hat.

Somit kommt für einen Schadensersatzanspruch des Beklagten für die Zeit von Juli bis Dezember 1962 nur der Gewinn in Betracht, der ihm entgangen ist, weil er außerstande war, nicht einmal den von der Klägerin gedroselten Umsatz zu erzielen. Das sind nach seinem eigenen Vortrag in der Zeit bis Juni 1962 durchschnittlich 80 Pakete pro Monat gewesen. Sein durch die fristlose Kündigung bedingter Ausfall kann also höchstens $6 \times 80 = 4.800 \times 60 \text{ DM} = 28.800 \text{ DM}$ betragen.

d) Da er nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin in der Lage war, seinen gesamten Vertreterstab voll zum Vertrieb anderer Ware einzusetzen, kann ihm durch die fristlose Kündigung ein Schaden überhaupt nur entstanden sein, wenn er die Pakete der Klägerin zusätzlich hätte absetzen können und abgesetzt hätte. Das allerdings behauptet er (GA 575/576 der Akten LG Wiesbaden 6 O 109/62). Die Klägerin bestreitet es (GA 547, 639/641 aaO). Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage nicht befaßt.

4. Mit der bisherigen Begründung ist das Berufungsurteil in dem erörterten Streitpunkt somit nicht aufrechtzuerhalten. Es muß vielmehr, unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels, in dem angeführten Umfang aufgehoben werden. Die Sache ist insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird sich, unter der Voraussetzung, daß dem Beklagten durch die fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses überhaupt ein Schaden entstanden ist, nunmehr damit zu befassen haben, ob die Klägerin einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung gehabt hat.

Die Kostenverteilung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
Die Entscheidung über das restliche Neuntel der Kosten
des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht über-
tragen.

Vogt

Erbel

Girisch

Recken

Doerry