

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 11/65**URTEIL**

Verkündet am
26. Mai 1966
Horn
Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Karl-Heinz M [REDACTED] in
Mö [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Valentin M ä [REDACTED] in Mö [REDACTED],
J [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Mai 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 12. November 1964 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war auf Grund eines Vertrages vom 15. Juli 1959 alleiniger Handelsvertreter des E[REDACTED]-Werkes in Neersen. Nach § 1 des Vertrages übernahm er die Vertretung des Werkes auf dem Gebiete der Metallveredelung, wobei "zunächst die Werbung und Betreuung von Firmen auf dem Gebiet der E[REDACTED]-Veredelung und Galvanik in Frage" kommen sollte. Durch seine Vermittlung erwarb der mit ihm befreundete Beklagte das Werk im Juni 1960. Die Parteien setzten den Handelsvertretervertrag vom 15. Juli 1959 fort. Im November 1960 erwarb der Beklagte ferner ein E[REDACTED]-Werk in D[REDACTED] und übertrug auch dessen Alleinvertretung dem Kläger.

Der Kläger hatte einen dem Beklagten gehörenden Personenkraftwagen zur Verfügung. Am 10. Mai 1961 fuhr er mit diesem für drei Wochen in Urlaub nach Italien.

Mit Schreiben vom 2. Juni 1961 kündigte der Beklagte das Vertragsverhältnis fristlos, weil der Kläger, ohne ihn vorher zu verständigen, mit dem betriebseigenen Fahrzeug in Urlaub gefahren und dadurch die Kundschaft derart vernachlässigt worden sei, daß bei dem Werk in Neersen kaum noch Auftragseingänge zu verzeichnen seien.

Der Kläger hat mit der Klage beantragt, festzustellen, daß das Vertragsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung des Beklagten nicht erloschen sei.

Er hat vorgetragen: Er habe seine Vertretertätigkeit gewissenhaft und fleißig ausgeübt. Die schlechte Auftragslage habe er nicht ~~zu~~ vertreten. Sechs von ihm dem früheren Inhaber des Werkes in Neersen zugeführte Kunden, deren Aufträge allein genügt hätten, um das Werk auszulasten, seien wegen schlechter Belieferung abgesprungen. Seinen Urlaub habe er dem Beklagten am 20. April 1961 schriftlich angekündigt. Da der Pkw ihm ausschließlich zur Verfügung gestellt worden sei, habe er ihn auch in den Urlaub mitnehmen dürfen.

Der Beklagte ist dem Klagevorbringen entgegengetreten.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt.

Im zweiten Rechtszug hat der Beklagte mit Widerklage die Feststellung beantragt, daß das Handelsvertreterverhältnis durch seine fristlose Kündigung vom 2. Juni 1961 beendet worden sei. Beide Parteien haben daraufhin die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Das Berufungsgericht hat zunächst die Widerklage abgewiesen. Nachdem der erkennende Senat diese Entschei-



dung durch sein Urteil vom 17. Februar 1964 aufgehoben hatte, hat es nunmehr der Widerklage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte bit-
tet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Beklagte habe einen wichtigen Grund zur frist-
losen Kündigung gehabt. Das Werk in Neersen habe im
Frühjahr 1961 so wenig Aufträge gehabt, daß seine Lei-
stungsfähigkeit zum Teil weniger als zur Hälfte ausge-
nutzt worden sei. Die monatlichen Unkosten hätten im
Durchschnitt die Auftragssummen überstiegen. Innerhalb
eines Jahres sei ein Verlust von rund 100.000 DM ent-
standen. In dieser ihm bekannten, zuletzt noch bei einer
Besprechung am 5. Mai 1961 erörterten Lage sei der Klä-
ger, ohne den Beklagten vorher zu unterrichten, unter
unbefugter Mitnahme des im Betrieb benötigten firmen-
eigenen Personenkraftwagens für drei Wochen in Urlaub
gefahren und habe dadurch die Fortführung des Neersener
Werkes erheblich beeinträchtigt. Unter diesen Umständen
sei dem Beklagten eine Fortsetzung des Handelsvertreter-
verhältnisses auch nur bis zum 30. September 1961, dem
Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht zuzumuten
gewesen, zumal der Kläger der alleinige Handelsvertreter
gewesen sei.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Revision hat mit ihren dagegen gerichteten Angriffen keinen Erfolg.

1.) Sie meint, das Berufungsgericht hätte zu Gunsten des Klägers berücksichtigen müssen, daß er im Jahre 1960 auf seinen Urlaub verzichtet habe.

Das ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 3) ausdrücklich erwähnt. Es ist daher nicht anzunehmen, daß das Berufungsgericht es bei seiner Entscheidung nicht beachtet hätte. Der Vorwurf, der dem Kläger gemacht wird, geht im übrigen nicht dahin, daß er überhaupt in Urlaub gefahren ist, sondern daß er das getan hat, ohne es vorher dem Beklagten anzuzeigen und mit ihm in der schwierigen Lage des Betriebes über die Regelung seiner Vertretung zu sprechen, daß er ferner ebenfalls ohne Verständigung des Beklagten den für Kundenbesuche benötigten Personenkraftwagen mitgenommen hat.

2.) Die Revision macht ferner geltend, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob der Kläger sich bei der Mitnahme des Pkw in den Urlaub in einem entschuldigen Irrtum befunden habe.

Auch diese Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat zu Gunsten des Klägers unterstellt, bei Anschaffung des Wagens sei ihm gestattet worden, daß er das Fahrzeug auch für seine privaten Zwecke benutzen könne. Es nimmt aber in rechtsirrtumsfreier tatrichterlicher Würdigung an, damit sei der Kläger nicht ermächtigt gewesen, das Fahrzeug dem Betrieb bei der angespannten Auftragslage für drei Wochen völlig zu entziehen. Das ist dahin zu verstehen, daß der

Kläger selbst eine so weitgehende Ermächtigung den Umständen nach nicht annehmen konnte und durfte, daß er sich also insoweit nicht in einem entschuldbaren Irrtum befunden hat.

3.) Der Kläger hat in dem ihm nachgelassenen Schriftsatz vom 29. Oktober 1964 vorgetragen, es sei nicht seine Aufgabe gewesen, durch Hereinholung einzelner Aufträge für eine ausreichende Beschäftigung des Betriebes zu sorgen; er habe lediglich Kunden zu werben gehabt, die Aufträge seien von dem Fahrer des Betriebes hereingeholt worden.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen, soweit damit behauptet wird, mit dem Hereinholen der Aufträge sei nur der Fahrer beauftragt worden, er, der Kläger, habe nur werben sollen, unter Anwendung des § 279 ZPO zurückgewiesen.

Die Revision rügt, die Voraussetzungen dieser Vorschrift hätten nicht vorgelegen, weil sich bereits aus dem § 1 des im ersten Rechtszug vorgelegten Handelsvertretervertrages vom 15. Juli 1959 ergebe, daß dem Kläger nur die Werbung und Betreuung der Kunden obgelegen habe.

Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

Es kann dahingestellt bleiben, ob ein verspätetes Vorbringen vorliegt. Für eine bessere Beschäftigung des Betriebes kam es nicht entscheidend auf das dem Fahrer obliegende Abholen des zu eloxierenden Materials an, sondern vor allem auf die Werbung neuer Kunden, die nach dem § 1 des Vertrages jedenfalls dem Kläger oblag. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsfehler eine wesentliche Beeinträchtigung der Auftrags-

eingänge durch das plötzliche Wegfahren des Klägers in Urlaub annehmen.

4.) Das Berufungsgericht hat auf eine unzureichende Vertretertätigkeit des Klägers daraus geschlossen, daß dessen Nachfolger erheblich höhere Aufträge hereingebracht habe.

Die Revision beanstandet das mit dem Hinweis, nach allgemeiner Erfahrung sei nach einer Geschäftsübernahme eine bestimmte Anlaufzeit erforderlich; der Nachfolger des Klägers habe auf dessen Leistungen aufbauen können.

Das ist ein unzulässiger Angriff auf die Würdigung des Sachverhalts durch den Tatrichter, die rechtlich nicht zu beanstanden ist. Ein allgemeiner Erfahrungssatz des von der Revision behaupteten Inhalts besteht nicht.

II.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe bei der Prüfung, ob der Beklagte das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grunde kündigen konnte, den Vortrag des Klägers über eigene Vertragsverstöße des Beklagten nicht berücksichtigt.

1.) Der Beklagte führt in der Revisionsbeantwortung aus, das Revisionsgericht habe diesen Vortrag in seinem ersten Urteil nicht behandelt, der Kläger sei darauf nach der Zurückverweisung der Sache auch nicht mehr zurückgekommen.

Die Nichtbehandlung des Vortrages im ersten Revisionsurteil hinderte den Kläger nicht, ihn später wieder zu bringen; daß er ihn habe fallen lassen, ist nicht anzu-

nehmen. Die unbeschränkte Bezugnahme auf den Akteninhalt in dem neuen Berufungsurteil deckt auch den Parteivortrag im ersten Berufungsverfahren. Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Es bedarf also der Prüfung, ob das bezeichnete Vorbringen des Klägers für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sein könnte.

2.) Grundsätzlich spielt allerdings im Rahmen der in solchen Fällen gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände auch das eigene Verhalten des Kündigenden eine Rolle (vgl. dazu das Urteil des erkennenden Senats vom 29. November 1965, NJW 1966, 347). Der Senat hat andererseits bereits mehrfach ausgesprochen, daß eine fristlose Kündigung auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn dem Kündigenden selbst Verstöße gegen seine vertraglichen Verpflichtungen zur Last fallen, wenn ihm nämlich gleichwohl nicht zuzumuten ist, am Verträge festzuhalten, weil das Verhalten des Vertragsgegners das Vertrauensverhältnis zerstört hat. Eine solche Beurteilung kommt besonders dann in Betracht, wenn die beiderseitigen Vertragsverletzungen nicht in näherem Zusammenhang zu einander stehen (vgl. dazu die Urteile des Senats vom 15. November 1962, VII ZR 84/61 vom 24. Juni 1963, VII ZR 45/62 und vom 11. November 1963, VII ZR 109/62).

3.) Im vorliegenden Fall ging der Vortrag des Klägers, dessen Nichtberücksichtigung die Revision rügt, im wesentlichen dahin, er habe keinen höheren Umsatz erzielen können, weil im Betriebe des Beklagten schlecht gearbeitet worden sei.

Wenn die Behauptungen des Klägers zutreffen sollten, könnte das allerdings ursächlich dafür sein, daß seine Tätigkeit nicht erfolgreicher war. Das Berufungsgericht hat dem Kläger aber nicht zu geringe Erfolge, sondern ungenügenden Arbeitseinsatz bei der kritischen Lage des Betriebes zur Last gelegt und das nicht nur aus höheren Umsätzen seines Nachfolgers geschlossen, sondern auch daraus, daß der Kläger nach seinen eigenen Berichten in jedem Monat an einer Reihe von Arbeitstagen keine Vertretertätigkeit ausgeübt habe. Außerdem hat es sich hierfür auf die Bekundungen einiger Zeugen bezogen.

Der Hauptvorwurf des Berufungsgerichts geht zudem, wie bereits erörtert, dahin, daß der Kläger ohne vorherige Ankündigung unter unbefugter Mitnahme des Kraftwagens in Urlaub gefahren ist. Dieses Verhalten des Klägers steht in keinem Zusammenhang mit den von ihm behaupteten Mängeln im Betriebe des Beklagten. Die vom Kläger erhobenen Vorwürfe richten sich auch im wesentlichen nicht gegen den Beklagten persönlich und ziehen dessen Vertragstreue nicht in Zweifel.

Im einzelnen ist dazu folgendes zu bemerken:

Der Beklagte hat die Sachdarstellung des Klägers bestritten und behauptet, seit der Übernahme des Betriebes durch ihn seien so gut wie keine Reklamationen mehr vorgekommen. Der Kläger war daher darlegungs- und beweispflichtig.

a) Darauf, daß im ersten Rechtszug vorgebrachte, im Berufungsverfahren nicht wiederholte Beweisanträge außerachtgelassen worden sind, kann die Revision nicht gestützt werden (BGHZ 35, 103, 106).

b) Die Revision verweist auf die Behauptung des Klägers, der vom Beklagten eingestellte Eloxierer Esserbach sei ungeeignet gewesen und habe es durchgehen lassen, daß mangelhaft bearbeitetes Material an die Kunden zurückgeschickt wurde. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, Vertragsuntreue des Beklagten gegenüber dem Kläger darzutun. Aus demselben Grund kommt es nicht auf eine Vernehmung des Kraftfahrers Novender an, der bekunden sollte, Dauerkunden hätten ihm wiederholt erklärt, er brauche nicht mehr wiederzukommen, weil man mit der Arbeit nicht zufrieden sei. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß unstreitig in dem Betriebe vor der Übernahme durch den Beklagten viele Schlechtlieferungen vorgekommen sind. Bei der dadurch eingetretenen ungünstigen Lage, in der die Unkosten die Auftragssummen überstiegen, war es dem Beklagten naturgemäß nicht möglich, alle bestehenden Mängel kurzfristig abzustellen. Er mußte vielmehr unter Umständen auch Sparmaßnahmen treffen, die ungünstige Wirkung hatten, z.B. die Abschaffung regelmäßiger Fahrten mit einem Lieferwagen, die er als unrentabel ansah. Jedenfalls kann der Kläger sich auf solche Umstände nicht berufen, um seinem vom Berufungsgericht festgestellten Verhalten bei seinem Urlaubsantritt im Mai 1961 die Wirkung als wichtiger Kündigungsgrund zu nehmen.

c) Bei dieser Sachlage kann der Kläger auch nichts daraus herleiten, daß der Beklagte damals keine weiteren Betriebseinrichtungen angeschafft hat. Diesem stand als Unternehmer die freie Entscheidung zu, was er in dieser Hinsicht für zweckmäßig und tragbar hielt. Eine Vertragsuntreue des Beklagten, die ein Gegengewicht gegen das vertragswidrige Verhalten des Klägers darstellen könnte, ist daraus nicht zu entnehmen.

d) Ferner rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Klägers nicht beachtet, der Be-

klagte habe es an der erforderlichen Mitwirkung im Betrieb fehlen lassen. Sie verweist auf den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 24. August 1962 S. 9, der Beklagte sei eher in Gaststätten als im Büro zu erreichen gewesen, und hat sich zum Beweise dafür auf das Zeugnis des früheren Inhabers des Werkes in Neersen berufen, der den Beklagten trotz Anmeldung seines Besuches an zwei auf einander folgenden Tagen nur in einer Gaststätte habe erreichen können.

Aus einem derartigen Beweiserbieten für einen Einzelfall kann nichts für die hier zu treffende Entscheidung wesentliches gefolgert werden.

c) Schließlich beanstandet die Revision noch, es sei nicht gewürdigt worden, daß der Beklagte dem Kläger die Provision aus seiner Tätigkeit für das Eloxier-Werk in Düsseldorf vorenthalten habe.

Auch damit hat sie keinen Erfolg.

Der Beklagte hat von Anfang an behauptet, der Kläger habe für das Werk in Düsseldorf nichts getan. Demgegenüber wäre es Sache des Klägers gewesen, näher darzulegen, was er für dieses Werk geleistet habe und was durch seine Tätigkeit an Aufträgen hereingekommen sei, damit das Gericht die Bedeutung dieses angeblichen Verstoßes des Beklagten gegen vertragliche Verpflichtungen beurteilen konnte. Der Kläger durfte sich nicht mit der kurzen Bemerkung begnügen, es sei ihm die Provision aus seiner Tätigkeit für das Werk in Düsseldorf vorenthalten worden.

III.

Nach alledem ist die Revision des Klägers als ungegründet mit Kostenfolge aus dem § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Bundesrichter Erbel hat
seinen Urlaub angetreten
und kann deshalb nicht
unterschreiben.
Glanzmann

Vogt

Finke