

Verkündet am 5. Juli 1962
[redacted] Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Alfred W [redacted], F [redacted] O [redacted]
[redacted]straße,

Beklagten, Berufungsklägers, Berufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [redacted]
[redacted]

gegen

die Firma von der I [redacted] Nachf., Inh. Carl B [redacted], I [redacted]
K [redacted]straße,

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted]

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1962 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heilmann-Trosion,
Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt am Main vom 16. Februar 1961 aufgehoben.

Zur neuen Verhandlung und Entscheidung über den
Abrechnungs- und den Ausgleichsanspruch des Beklag-
ten sowie über die Kosten der Revision wird die
Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Seit November 1954 war der Beklagte Bezirksvertreter der Klägerin für den Vertrieb des von dieser hergestellten Aktivöls, das zur Reinigung und Pflege von Baumaschinen dient. Der Bezirk des Beklagten umfaßte hauptsächlich das Land Hessen. Die von ihm erzielten Umsätze betrugen nach den Angaben der Klägerin 1955 rund 44.000 DM, 1956 rund 58.000 DM, 1957 (bis August) rund 18.000 DM. Der Beklagte erhielt eine Provision von 35 % der Rechnungsbeträge.

Mit Schreiben vom 4. September 1957 kündigte die Klägerin dem Beklagten das Vertreterverhältnis fristlos mit der Begründung, sie habe in der letzten Zeit feststellen müssen, daß er kein Interesse mehr an der Vertretung habe; trotz Anmahnung habe er seit Wochen kaum noch Aufträge hereingebracht.

Der Beklagte hatte im Jahre 1956 von der Klägerin einen Personenkraftwagen gekauft. Den Kaufpreis sollte er in Monatsraten von 300 DM abtragen. Über diese Raten hatte er der Klägerin Wechselakzepte gegeben. Die am 31. Juli und 31. August 1957 fällig gewordenen Wechselsummen von 600 DM nebst Zinsen hat die Klägerin im Wechselprozeß eingeklagt.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, zwischen den Parteien sei vereinbart worden, daß die Wechselforderungen der Klägerin mit seinen Provisionsansprüchen verrechnet werden sollten. Bei Fälligkeit der Klagewechsel habe ihm ein den Klagebetrag übersteigendes Provisionsguthaben zugestanden.

- 3 -

Der Beklagte ist durch Vorbehaltsurteil nach dem Klageantrag verurteilt worden.

Im Nachverfahren hat er Widerklage erhoben und u. a. beantragt, die Klägerin zu verurteilen,

1. ihm über alle in seinem Vertreterbezirk in der Zeit vom 4. September 1957 bis 31. Dezember 1957 abgeschlossenen Verkaufsgeschäfte in Aktivöl Abrechnung zu erteilen,
2. ihm eine Ausgleichszahlung im Teilbetrag von 1.000 DM zu leisten.

Zur Begründung der Widerklage hat der Beklagte geltend gemacht, die Klägerin habe keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gehabt. Das Vertreterverhältnis habe daher bis zum 31. Dezember 1957 fortbestanden. Die Klägerin sei ihm auch zur Zahlung eines angemessenen Ausgleichs verpflichtet.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen und festzustellen, daß dem Beklagten ein Ausgleichsanspruch nicht zustehe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klägerin verurteilt, die vom Beklagten geforderte Abrechnung zu erteilen. Den Ausgleichsanspruch des Beklagten in Höhe von 1.000 DM hat es abgewiesen und gemäß dem Antrag der Klägerin festgestellt, daß dem Beklagten auch kein weitergehender Ausgleich zustehe.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte seinen Ausgleichsanspruch auf 18.800 DM erhöht. Die Parteien haben



daraufhin das Feststellungsbegehren der Klägerin als in der Hauptsache erledigt erklärt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin auch den Abrechnungsanspruch des Beklagten abgewiesen. Ferner hat es das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte die von ihm im zweiten Rechtszug gestellten Anträge zur Widerklage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, der Beklagte habe durch schuldhaftes Untätigsein der Klägerin einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Vertreterverhältnisses gegeben. Er habe im Sommer 1957 fast überhaupt keine Aufträge mehr herbeingebracht und sich darum auch nicht bemüht. Das ergebe sich insbesondere daraus, daß der Generalvertreter und Organisationsleiter der Klägerin Burghardt im Bezirk des Beklagten allein in den Tagen von 27. bis 31. Mai 1958 19 Aufträge herbeingebracht habe, also das Mehrfache dessen, was der Beklagte in viel längerer Zeit zu erreichen imstande gewesen sei. Von den 19 Kunden sei nur zweien das Aktivöl der Klägerin bekannt gewesen. Der Beklagte habe mitunter an Orten, in denen mehrere Baufirmen vorhanden waren, nur eine besucht, obwohl nach den Erfahrungen von Burghardt auch von den anderen Aufträge zu erhalten gewesen wären.

2. Wie der erkennende Senat schon des öfteren ausgesprochen hat (vgl. z.B. die Urteile vom 22. Dezember 1960

VII ZR 253/59, vom 8. Juni 1961 VII ZR 55/60 und vom 28. Mai 1962 VII ZR 33/61), kann das Revisionsgericht eine Entscheidung des Tatrichters, durch die das Bestehen eines wichtigen Kündigungsgrundes bejaht oder verneint worden ist, nur in beschränktem Umfang nachprüfen. Die Wertung der Einzelheiten des Falles durch den Tatrichter bindet das Revisionsgericht. Dieses kann nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig angewandt hat, ob ihm Verfahrensverstöße unterlaufen sind oder ob ^{es} etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungssätze verletzt hat.

3. Auch bei einer Nachprüfung des angefochtenen Urteils unter diesen Gesichtspunkten muß die Revision Erfolg haben. Zwar lassen die unter 1) wiedergegebenen Ausführungen des Berufungsgerichts, für sich betrachtet, keinen Rechtsirrtum erkennen. Mit Recht rügt die Revision aber, daß das Berufungsgericht wesentliches Vorbringen des Beklagten nicht oder nicht ausreichend gewürdigt hat.

a) Der Beklagte hat vorgetragen, er habe im Sommer 1957 an einer Kiefervereiterung gelitten und sei dadurch an der Wahrnehmung der Interessen der Klägerin stark behindert gewesen. Dieser Hinweis geht nach der Meinung des Berufungsgerichts fehl, weil der Beklagte sich selbst ausdrücklich darauf berufen habe, bis zum 4. September 1957 ständig zum Kundenbesuch unterwegs gewesen zu sein. Dann aber müsse er es schuldhaft an der pflichtgemäßen Intensität seiner Bemühungen haben fehlen lassen.

Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht insoweit das Vorbringen des Beklagten unzureichend gewürdigt hat.

Es trifft zwar zu, daß der Beklagte im Schriftsatz vom 4. März 1958 (S. 6) sich gegenüber dem Vorwurf der Untätigkeit damit verteidigt hat, er sei bis zum 4. September 1957 ständig unterwegs gewesen. Schon im ersten Rechtszug, so im Schriftsatz vom 3. November 1958 (S. 2, 12, 13, 16), hat er sich aber auch eingehend darüber ausgelassen, daß er wegen der Kiefervereiterung nur beschränkt arbeits- und reisefähig gewesen sei. Er hat dazu des Näheren vorgebracht, er habe 16 Zähne verloren und sich zwei Prothesen anfertigen lassen müssen; 2 bis 3mal wöchentlich habe er den Zahnarzt aufsuchen müssen. Zeitweise habe er wegen des Fehlens der Zähne nicht ordentlich sprechen oder wegen seines geschwollenen Gesichts sich nicht bei der Kundschaft sehen lassen können. Er sei aber auch in dieser Zeit so viel wie möglich gereist. Der Beklagte hat ferner in der Berufungsbegründung (S. 3) erneut auf seine Kiefervereiterung hingewiesen und Fotokopie seines Schreibens vom 26. Juli 1957 vorgelegt, in dem er der Klägerin von seiner dadurch verursachten beschränkten Arbeitsfähigkeit Kenntnis gegeben hatte. Auch der Zeuge B. [REDACTED] hat erklärt, von der Kiefervereiterung des Beklagten erfahren zu haben.

Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht über den Einwand des Beklagten, er sei in der letzten Zeit vor der Kündigung erheblich krank gewesen, nicht, ohne die Art der Erkrankung und das nähere Vorbringen des Beklagten dazu überhaupt zu erwähnen, mit dem Hinweis hinweggehen, er sei nach eigener Erklärung ständig unterwegs gewesen. Die Zahnerkrankung des Beklagten mag seine Reisefähigkeit in der fraglichen Zeit nicht ganz ausgeschlossen haben; sie konnte aber eine erfolgreiche Werbe- und Verkaufstätigkeit erheblich beeinträchtigen und deshalb eine den Beklag-

ten entlastende Erklärung für den starken Umsatzrückgang im Sommer 1957 geben.

b) Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse im Bezirk des Beklagten nicht so günstig gewesen seien wie anderswo. Es meint aber, der von diesem behauptete "konjunkturelle" Rückgang hätte sich auch in anderen Vertreterbezirken auswirken müssen, dort allerdings möglicherweise in geringerem Umfang. Die übrigen Vertreter der Klägerin hätten jedoch im Sommer 1957 keine schwächeren Umsätze gehabt als früher.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die von dem Zeugen Burghardt bestätigte Behauptung des Beklagten übergangen, in Hessen sei damals das Geschäft besonders schwierig gewesen, weil keine Landeskredite für den Wohnungsbau bewilligt worden seien. Ein Vergleich mit anderen Bezirken sei daher nicht möglich gewesen. Wenn die Verhältnisse im Bezirk des Beklagten besonders schwierig gewesen seien, hätten die Umsätze in anderen günstigeren Bezirken nicht betroffen zu werden brauchen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind wohl dahin zu verstehen, daß der erhebliche Umsatzrückgang beim Beklagten im Sommer 1957 nicht allein auf die von ihm behauptete Ungunst der Verhältnisse in Hessen zurückgeführt werden könne, sondern wenigstens teilweise mit unzureichender Betätigung des Beklagten erklärt werden müsse.

Beruhe der Rückgang aber teilweise auch auf der Erkrankung des Beklagten, so kann das zu einer anderen Beurteilung der entscheidenden Frage führen, ob der Klägerin

angesichts der geringen Verkaufserfolge des Beklagten eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht, auch nicht bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (31. Dezember 1957) zuzumuten war.

c) Die Revision rügt in diesem Zusammenhang ferner, der Beklagte sei niemals "abgemahnt" worden. Der Umsatzrückgang habe die Klägerin nicht zu fristloser Kündigung "aus heiterem Himmel" berechtigt.

Hierzu ist zu bemerken: Es kann je nach Art und Schwere der in Betracht kommenden Kündigungsgründe dem zwischen den Vertragsparteien bestehenden Treuverhältnis entsprechen, daß der Unternehmer dem Handelsvertreter zunächst seine Unzufriedenheit über Gestaltung und Erfolg 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 (vgl. dazu RAG in Arbeitsrechtssammlung Bd. 33, S. 139; Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts Nr. 16 zu § 66 Betr.VerfG.).

Diesem Gesichtspunkt kann hier besondere Bedeutung zukommen, falls sich ergeben sollte, daß die Kiefernvereiterung des Beklagten und ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse in Hessen wesentlich zu dem Umsatzrückgang beigetragen haben. Der Beklagte hat zudem auf diese Gründe für den schlechten Auftragseingang die Klägerin in mehreren Schreiben im Laufe des Jahres 1957 hingewiesen. Es wird zu erwägen sein, ob die Klägerin, wenn sie die Mitteilungen des Beklagten nicht als ausreichende Erklärung für seine geringen Erfolge ansah, nicht mit ihm darüber hätte sprechen oder mindestens ihm ihren Standpunkt hätte bekannt-

geben müssen, bevor sie sich zu der fristlosen Kündigung entschloß. Der Zeuge B. hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts dem Beklagten lediglich im Februar 1957, also mehr als ein halbes Jahr vor der Kündigung, einmal darauf hingewiesen, es sei nicht angängig, nur "per Telefon" zu arbeiten; im übrigen hat er nach seiner Bekundung keine Mahnungen gegenüber dem Beklagten oder seiner Ehefrau ausgesprochen.

d) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, der Beklagte habe im Oktober oder November 1957 der Frau B. erklärt, er werde jetzt der Klägerin den Lebensnerv abschneiden und alles tun, daß sie "aus den Ämtern herauskomme". Der Beklagte könne dabei nicht an einen fairen Konkurrenzkampf gedacht, sondern nur eine unter keinen Umständen erlaubte Schädigung der Klägerin ins Auge gefaßt haben. Dieses Verhalten des Beklagten sei geeignet, den bereits gegebenen Kündigungsgrund zu verstärken.

Mit Recht rügt die Revision, daß eine solche Äußerung des Beklagten im Oktober oder November 1957 nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung der Klägerin mit Wirkung vom 4. September 1957 dienen kann. Ein erst nach Ausspruch der Kündigung eingetretener Umstand vermag die Kündigung frühestens vom Tage seines Eintritts an zu rechtfertigen; weiter aber wird vorausgesetzt, daß er mit dem bei der Kündigung geltend gemachten Grund im inneren Zusammenhang steht (vgl. dazu BGH in LM Nr. 1 zu § 89a HGB und das Urteil des erkennenden Senats vom 28. April 1960 VII ZR 218/59, abgedruckt in MDR 1961, 134).

An einem solchen Zusammenhang fehlt es hier. Die Kündigung der Klägerin war auf unzureichende Tätigkeit

des Beklagten gestützt. Aus der vorerwähnten Äußerung werden ganz andere Vorwürfe gegen ihn hergeleitet.

Beim Fehlen eines Zusammenhangs zwischen mehreren Kündigungsgründen wirkt der später eingetretene erst vom Zeitpunkt seiner Geltendmachung gegenüber dem Vertragsgegner an. Die Klägerin hat nach dem Inhalt der Akten sich auf die Äußerung des Beklagten gegenüber der Frau B. [REDACTED] als Kündigungsgrund erst lange nach dem 31. Dezember 1957 berufen. Dieser Grund kann daher nicht zur Beseitigung oder Einschränkung des Abrechnungsanspruchs des Beklagten führen, der auf die Zeit bis zum 31. Dezember 1957 befristet ist. Wohl aber kann er von Bedeutung gegenüber dem Ausgleichsanspruch des Beklagten sein.

Für dessen Beurteilung läßt die Fassung des angefochtenen Urteils offen, ob das Berufungsgericht den zusätzlichen Kündigungsgrund lediglich in der Äußerung des Beklagten und seinen damit zum Ausdruck gebrachten bösen Absichten oder auch in einem entsprechenden Tätigwerden erblickt. Im ersteren Falle wird zu erwägen sein, ob eine Äußerung, die auf den Ärger über die vorangegangene Kündigung zurückgeführt werden kann, allein oder zusammen mit anderen Umständen als wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ausreicht. Sollte das Berufungsgericht aber davon ausgehen, daß der Beklagte seine Androhungen auch in die Tat umgesetzt habe, so werden hierzu gegebenenfalls nähere Feststellungen erforderlich sein (vgl. in rechtlicher Beziehung die vorgenannte Entscheidung LM Nr. 1 zu § 89a HGB).

4. Das angefochtene Urteil kann auch insoweit keinen Bestand haben, als es das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt hat.

Das Landgericht hat in seinem Teilurteil im Nachverfahren über den Wechselanspruch, der dem Vorbehaltsurteil zugrunde liegt, nicht entschieden. Dieser Anspruch ist also nicht in die Berufungsinstantz gelangt. Die Parteien haben in dieser auch keine Anträge dazu gestellt (§§ 525, 537 ZPO).

Unter bestimmten Voraussetzungen kann allerdings ausnahmsweise das Berufungsgericht auch ohne Antrag der Parteien zugleich mit seiner andere Punkte betreffenden Entscheidung noch nicht in die Berufungsinstantz gediehene Anträge abweisen, wenn diesen durch seine Entscheidung im übrigen notwendigerweise die Grundlage entzogen wird (vgl. dazu BGHZ 12, 273, 276; 30, 213). Eines näheren Eingehens auf die diesbezügliche Rechtsprechung bedarf es hier nicht. Die Voraussetzungen zu einer Entscheidung des Berufungsgerichts über den noch nicht in die zweite Instanz gelangten Wechselanspruch lagen keinesfalls vor.

Dieser Wechselanspruch hängt nicht notwendig von der Entscheidung über die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche ab. Er kann nach dem Vorbringen des Beklagten auch dann unbegründet sein, wenn die Widerklage des Beklagten im vollen Umfang abzuweisen sein, die Klägerin also insoweit obsiegen sollte. Der Beklagte hat nämlich behauptet, die Klägerin habe vereinbarungsgemäß ihre Wechselforderungen mit Provisionsansprüchen verrechnen müssen, die ihm damals aus Geschäften, die er vor der Kündigung vermittelt habe, in einer den Klageanspruch übersteigenden Höhe zugestanden hätten.

Dazu fehlt es bisher an allen Feststellungen. Das Landgericht hat hierüber noch nicht entschieden. Das Beru-

fungsgesamt hat zwar in seinem Urteilstenor das Vorbehaltsurteil bestätigt; aus seinen Entscheidungsgründen ist aber keine auf tatsächlichen Feststellungen beruhende Begründung hierfür zu entnehmen.

Über den Wechsolanpruch wird hiernach zunächst das Landgericht zu befinden haben, es sei denn, daß die Parteien sich auch insoweit mit der Entscheidung durch das Berufungsgesamt einverstanden erklären (vgl. BGHZ 8, 383).

5. Nach alledem ist das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben. Die Sache ist aber nach dem zu 4) Gesagten nur hinsichtlich des Abrechnungs- und des Ausgleichsanspruchs des Beklagten an das Berufungsgesamt zurückzuweisen.

Für die neue Verhandlung sind noch folgende Hinweise angezeigt:

a) Das Berufungsgesamt hat keine ziffernmäßige Feststellungen über den Umfang des Umsatzrückgangs des Beklagten getroffen. Vergleichszahlungen aus anderen Gebieten geben u.U. kein richtiges Bild, weil die Bezirke wahrscheinlich verschiedene Größe und Besiedlungsdichte haben. Von Wert kann die von der Klägerin als Anlage zu ihrem Schriftsatz vom 20. Oktober 1958 vorgelegte Aufstellung über die Umsätze des Beklagten in den Jahren 1955 bis 1957 sein (vgl. dazu die Stellungnahme des Beklagten im Schriftsatz vom 3. November 1958 S. 5 - 7).

b) Sollte das Berufungsgesamt wiederum zur Verneinung eines Ausgleichsanspruchs des Beklagten kommen, so

wird es zu berücksichtigen haben, daß die Anträge der Parteien hierzu sich im zweiten Rechtszug geändert haben. Es genügt also in diesem Falle nicht, die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts lediglich zurückzuweisen.

Dem Berufungsgericht ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Finke