

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 72/69

URTEIL

Verkündet am

28. Januar 1971

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Rupert K [REDACTED], M [REDACTED],
G [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ludwig F [REDACTED] KG, Tabakwarengroß-
handlung, gesetzlich vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Ludwig F [REDACTED], M [REDACTED]-P [REDACTED], E [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 22. November 1968 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Auflösung des Handelsvertretervertrages der Parteien mit Wirkung vom 30. Januar 1963 an und das Nichtbestehen eines Anspruchs des Beklagten auf Zahlung einer Konkurrenzverbotsentschädigung festgestellt sowie ferner den Beklagten zur Zahlung von 4.891 DM nebst Zinsen verurteilt hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Hälfte der Kosten der Revision zu tragen. Die Entscheidung über die andere Hälfte dieser Kosten wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte war seit Dezember 1958 Handelsvertreter der Klägerin, die Tabakwaren teils an Großhandelskunden, teils durch Automaten vertreibt. Dem Beklagten oblag es, die Großhandelskunden zu werben und zu beliefern sowie die Automaten zu füllen, das Geld aus ihnen zu entnehmen und es an die Klägerin abzuführen (vgl. den schriftlichen Vertrag der Parteien vom 8. August 1962: BU 5-8).

Die Klägerin kündigte nach ihrer Behauptung das Vertragsverhältnis der Parteien am 30. Januar 1963 fristlos, weil sie - ebenso wie schon bei einer früheren Prüfung am 3. Juli 1962 - Fehlbestände beim Beklagten festgestellt habe.

Die Klägerin hat mit der Klage beantragt:

I. festzustellen, daß der Handelsvertretervertrag der Parteien durch ihre fristlose Kündigung am 30. Januar 1963 aufgelöst worden sei,

II. den Beklagten zu verurteilen, ihr 7.408,03 DM nebst Zinsen zu zahlen,

III. festzustellen, daß dem Beklagten ihr gegenüber folgende Forderungen nicht zuständen:

1. auf Zahlung eines Ausgleichs nach § 89 b HGB,
2. auf Schadensersatzleistung wegen der Verwertung des PKW Opel-Rekord,
3. auf Zahlung einer Entschädigung für ein Wettbewerbsverbot gemäß § 90 a HGB,
4. auf Zahlung weiterer 27.096,95 DM.



Der Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin habe ihm am 30. Januar 1963 nicht fristlos gekündigt, das Vertragsverhältnis sei vielmehr an diesem Tage im beiderseitigen Einvernehmen aufgehoben worden. Die Klägerin habe auch keinen wichtigen Grund zu einer fristlosen Kündigung gehabt. Fehlbestände hätten nicht vorgelegen, vielmehr seien die Abrechnungen der Klägerin unrichtig.

Der Beklagte hat die Richtigkeit der eingeholten Sachverständigengutachten über das Abrechnungsverhältnis der Parteien in Zweifel gezogen. Hilfsweise hat er mit Gegenansprüchen aufgerechnet.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Feststellungsanträgen der Klägerin entsprochen und den Beklagten unter Abweisung eines Teiles des Zahlungsanspruchs zur Zahlung von 5.153,76 DM nebst Zinsen verurteilt. Im zweiten Rechtszug haben die Parteien hinsichtlich des Klageantrags III Nr. 1 die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt (BU 25). Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von nur 4.891 DM nebst Zinsen verurteilt. Im übrigen hat es die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt vorab die Verletzung des § 308 ZPO.

Damit hat sie keinen Erfolg, nachdem die Klägerin im zweiten Rechtszug in vollem Umfang Zurückweisung der Berufung des Beklagten beantragt hat (BU 24) (vgl. dazu RGZ 157, 23; LM Nr. 3 zu § 308 ZPO).

II.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Beklagte habe am 30. Januar 1963 aus den Erklärungen des persönlich haftenden Gesellschafters der Klägerin und aus den Begleitumständen eindeutig erkennen können, daß die Klägerin "von der außerordentlichen Lösungsbefugnis des § 89 a HGB Gebrauch mache" (BU 29). Diese tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts bindet das Revisionsgericht. Die Revision hat demgegenüber keinen Erfolg mit der Rüge, dem Beklagten sei nicht klar geworden, daß ihm gegenüber eine Kündigung aus wichtigem Grunde ausgesprochen werde.

III.

1. Das Berufungsgericht bejaht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch einen wichtigen Kündigungsgrund für die Klägerin. Es hat dazu ausgeführt (BU 30): Nach den beiden Sachverständigengutachten habe sich am 30. Januar 1963 aus der Tätigkeit des Beklagten ein Fehlbe-

stand von 33.866,06 DM ergeben. Dieser sei höher gewesen als der bei der früheren Abrechnung am 3. Juli 1962 ermittelte, der sich nach dem Gutachten Dr. L. auf ca. 28.000 DM belaufen habe. Der Beklagte habe selbst einen weiteren namhaften Fehlbestand am 30. Januar 1963 "zumindest in nicht genau festgelegter Höhe" anerkannt, indem er die Inventuraufnahmen an diesem Tage unterschrieben, gegen die Höhe der Schuld nichts eingewandt und sich darüber Gedanken gemacht habe, wie er die neuerliche Schuld abwickeln könne. In diesem Zusammenhang könne außer Betracht bleiben, daß der Gesamtsaldo für den Beklagten unter Berücksichtigung seiner Zahlungen für frühere Inventurdifferenzen "sich anders darstellte". Die Wirksamkeit der Kündigung hänge nicht davon ab, ob und in welcher Höhe der Vertreter durch andere Zahlungen frühere Fehlbestände abgedeckt, sondern vornehmlich davon, ob er die Rechenschaftspflicht über neuerliche Inventurdifferenzen verletzt habe.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen bei Berücksichtigung der gesamten Umstände die Bejahung eines der Klägerin zustehenden wichtigen Kündigungsgrundes nicht zu tragen vermögen.

a) Das Berufungsgericht geht zwar von dem zutreffenden allgemeinen Grundsatz aus, ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung eines Handelsvertretervertrags sei anzunehmen, wenn einem Vertragsteil die weitere Fortsetzung des Vertrags bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten sei.

b) Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts leiden aber an wesentlichen Mängeln und Unklarheiten. Ein solcher Mangel ist zwar nicht schon in der Nichtberücksichtigung der von der Klägerin erstellten Zwischenabrechnungen durch die beiden Sachverständigen zu erblicken, wie die Revision meint. Das Berufungsgericht konnte ohne Rechts- oder Verfahrensverstoß seiner Urteilsbildung die Feststellungen der Sachverständigen über das Gesamt-Abrechnungsergebnis bei Beendigung der Vertragsbeziehungen der Parteien am 30. Januar 1963 zugrunde legen.

c) Beide Sachverständige haben aber, wie die Revision mit Recht rügt, das von der Klägerin geführte Sonderkonto nicht geprüft und in ihre Beurteilung einbezogen. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt, ohne es in verständlicher Weise zu begründen. Das Urteil enthält insbesondere keine klaren Feststellungen darüber, welchen Zweck die Einrichtung des Sonderkontos hatte. Das war nach Lage der Sache unerlässlich. Die Klägerin hat selbst in den Vorinstanzen nicht etwa Zahlung des von den Sachverständigen per 30. Januar 1963 ermittelten "Fehlbestandes", sondern unter Berücksichtigung der dem Beklagten auf dem Sonderkonto erteilten Gutachten nur Zahlung eines erheblich geringeren Betrages verlangt. Das Berufungsgericht hat ihr nach Abzug vom Beklagten nach dem 30. Januar 1963 gezahlter Beträge 4.891 DM nebst Zinsen zugesprochen.

d) Dazu kommt, daß das angefochtene Urteil klare und widerspruchsfreie Feststellungen über die Entwicklung des Schuldsaldos des Beklagten insbesondere in der Zeit vom 3. Juli 1962 (Tag der vorletzten Zwi-

schenrechnung der Klägerin) bis zum 30. Januar 1963 (Tag der letzten Abrechnung und der fristlosen Kündigung) vermissen läßt. Der Beklagte hat zutreffend darauf hingewiesen (BU 27), nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin habe seine Schuld am 3. Juli 1962 6.399,01 DM (Schriftsatz der Klägerin vom 16. September 1968 S. 3), am 30. Januar 1963 habe sie 6.385,17 DM betragen (S. 7 desselben Schriftsatzes der Klägerin). Das erklärt sich, wie die Klägerin ebenfalls selbst im Schriftsatz vom 7. Oktober 1968 S. 3 angegeben hat, daraus, daß der Beklagte nach dem 3. Juli 1962 zunächst Zahlungen geleistet hatte, dann aber seine Schuld wieder ungefähr auf den Stand an diesem Tage gestiegen war.

e) Auch in den ersten Jahren des Vertragsverhältnisses der Parteien hat nach dem Gutachten Dr. L. [REDACTED] schon mehrfach ein höherer Saldo der Warenkonten des Beklagten (Automaten und Großhandel) bestanden. Das ergab sich bis zu einer Höhe von etwa 20 bis 25.000 DM nach den Bekundungen von Dr. L. [REDACTED] ohne weiteres daraus, daß dem Beklagten die ihm zur Verfügung gestellten Tabakwaren zunächst belastet und erst nach deren Verkauf und Ablieferung der Erlöse die entsprechenden Beträge gutgeschrieben wurden.

f) Unter diesen Umständen bestehen im Hinblick auf die Gesamtentwicklung der vertraglichen Beziehungen der Parteien durchgreifende Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht der Klägerin die Befugnis zur fristlosen Kündigung am 30. Januar 1963 zuerkannt hat. Es hätte prüfen müssen, ob die Klägerin nicht zunächst dem Beklagten eine angemessene Frist zur Ermäßigung des Schuldsaldos hätte setzen müssen, statt ihm ohne vor-

herige Warnung plötzlich fristlos zu kündigen (vgl. dazu das Urteil des Senats vom 5. Juli 1962 VII ZR 70/61). Das angefochtene Urteil läßt es jedenfalls an den Umständen nach erforderlichen Darlegungen dazu fehlen, weshalb der Klägerin das, was sie lange Zeit hingenommen hatte, plötzlich am 30. Januar 1963 nicht mehr zumutbar gewesen sein soll.

Es trifft zwar zu, daß der Beklagte nach dem Vertrag vom 8. August 1962 Ziff. 4 die Inkassobeträge unverzüglich an die Klägerin abzuführen hatte. Eine entsprechende Verpflichtung des Beklagten hat offenbar auch vorher schon bestanden, ist aber, wie die Abrechnungen ergeben, auch von der Klägerin, soweit ersichtlich, in den ganzen Jahren nicht ernst genommen worden. Mit den Bekundungen des Zeugen H. hat sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht näher befaßt; diese lassen auch keine eindeutigen Schlüsse zu. Es ist jedenfalls nicht festgestellt, von der Klägerin auch nicht vorgetragen, daß sie aus dem im Herbst 1962 erstatteten Gutachten der Datag bis zum 30. Januar 1963 dem Beklagten gegenüber eindeutige Folgerungen gezogen und entsprechende Maßnahmen angekündigt hätte.

g) Das Berufungsgericht läßt zwar an mehreren Stellen (insbesondere BU 30, 34) erkennen, daß es dem Beklagten weniger die Höhe des Fehlbestandes als die Unmöglichkeit der Rechenschaftslegung darüber vorwirft. Dem Beklagten wird demgegenüber aber möglicherweise die auch nach der Auffassung der beiden Sachverständigen komplizierte und unklare Buchführung der Klägerin zugute zu halten sein. Ein böswilliges oder

gar strafbares Verhalten des Beklagten hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht. Eine fristlose Kündigung setzt zwar kein schuldhaftes Verhalten des Vertragsgegners voraus. Andererseits rechtfertigt nicht jedes schuldhafte Verhalten eine fristlose Kündigung. Unter den hier gegebenen Umständen bedarf es näherer Prüfung, ob die Klägerin bei Berücksichtigung des zwischen den Parteien bestehenden Treueverhältnisses dem Beklagten am 30. Januar 1963 plötzlich ohne vorherige Warnung oder Fristsetzung zur Abtragung seiner Schuld fristlos kündigen durfte.

3. Die abschließende tatrichterliche Würdigung unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten ist dem Berufungsgericht zu überlassen.

Das Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit dieses die Auflösung des Handelsvertretervertrages der Parteien durch die fristlose Kündigung der Klägerin mit Wirkung vom 30. Januar 1963 an festgestellt und ferner den Beklagten zur Zahlung von 4.891 DM nebst Zinsen verurteilt hat. Sollte sich nämlich ergeben, daß die Klägerin zu der fristlosen Kündigung nicht berechtigt war, so kommen Gegenansprüche des Beklagten in Betracht, die möglicherweise nicht geringer sind als die Summe, zu deren Zahlung das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt hat, und zwar ein Ausgleichsanspruch des Beklagten und ein Entschädigungsanspruch wegen Wettbewerbsbeschränkung (§§ 89b, 90a HGB). Der Beklagte hat diese Ansprüche zwar nicht klageweise geltend gemacht, aber zur Aufrechnung gestellt (BU 26).

Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache ist daher auch insoweit geboten, als das Berufungsgericht festgestellt hat, dem Kläger stehe keine Forderung auf Zahlung einer Konkurrenzverbotsentschädigung zu. Ein Ausspruch hinsichtlich eines Ausgleichsanspruchs des Beklagten ist nicht erforderlich, weil die Parteien insoweit die Hauptsache für erledigt erklärt haben.

IV.

Dagegen ist die Revision des Beklagten im übrigen unbegründet.

1. Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen der Verwertung des PKW Opel-Rekord, weil er mit der Verwertung zur Tilgung seiner Schuld einverstanden gewesen sei und bei dem Alter des Fahrzeuges eine Benutzung durch die Klägerin in der Zeit vom 30. Januar 1963 bis zum Zeitpunkt der Schätzung (27. März 1963) den Schätzwert nicht beeinflusst habe, der Beklagte jedenfalls dafür nichts dargetan habe.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht konnte die Schätzung nach § 287 ZPO mangels hinreichenden Sachvortrages des Beklagten dahin vornehmen, daß der Wert des Fahrzeuges in der genannten Zeit nicht geringer geworden sei.

Die Revision kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht auf die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes berufen. Es hat hier kein Abzahlungskauf stattgefunden,

sondern der Beklagte hat seinen Wagen der Klägerin zur Verwertung zwecks Tilgung seiner Schuld überlassen.

2. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die auf die Gutachten der Sachverständigen gestützt sind, steht dem Beklagten - außer etwaigen Ansprüchen auf Ausgleich und Entschädigung für Wettbewerbsbeschränkung (vgl. III 3) - keine weitere Forderung aus den Vertragsbeziehungen der Parteien zu.

Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe haben keinen Erfolg.

a) Wie bereits erörtert (III 2 b) konnte das Berufungsgericht die Zwischenrechnungen der Klägerin unberücksichtigt lassen.

b) Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob der Vertrag der Parteien wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig gewesen sei. Weder das Vorbringen des Beklagten in den Tatsacheninstanzen noch die Revisionsbegründung ergibt aber, inwiefern die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB gegeben sein sollten.

c) Die Revision verweist auf den Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 27. September 1968 Seite 13, wonach ein Betrag von 5.000 DM nicht berücksichtigt worden sei. Dieses Vorbringen ist aber ebenfalls nicht schlüssig. Aus ihm ist zu entnehmen, daß der Beklagte sich an einer Abfindung für die Firma Z[REDACTED]

beteiligen sollte, die 5.000 DM also ohne einen Anspruch auf Rückerstattung gezahlt hat.

d) Für die Frage, ob der Beklagte der Klägerin noch etwas schuldet oder ob er eine Forderung an sie hat, ist es unerheblich, daß der Beklagte das Delkredere übernommen hat. Ob das für die Entscheidung darüber von Bedeutung ist, ob die Klägerin einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung hatte, wird das Berufungsgericht noch zu prüfen haben.

e) Auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen Provisions- und Delkredereanspruch von 4.694,40 DM verneint hat (BU 41), sind rechtlich nicht zu beanstanden. Der Beklagte konnte aus den Abrechnungen der Klägerin während der ganzen Vertragsdauer erkennen, welche Auslegung diese dem Vertrag hinsichtlich der Höhe des Delkredere gab. Die jahrelange widerspruchslose Hinnahme der Abrechnungen durch ihn konnte daher als Einverständnis mit dieser Auslegung angesehen werden. Auch in diesem Zusammenhang bot der Vortrag des Beklagten keinen hinreichenden Anlaß zur Prüfung einer etwaigen Nichtigkeit nach § 138 BGB. Ein Verstoß gegen § 86 b HGB ist gleichfalls nicht ersichtlich.

f) Die weiteren Posten, bezüglich deren das Berufungsgericht zu Ungunsten des Beklagten entschieden hat, hat die Revision nicht mehr aufgegriffen.

g) Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft; er hat aber keine für durchgreifend erachtet.

V.

Die Revision hat hiernach wie unter III und IV im einzelnen dargelegt teils Erfolg, teils ist sie unbegründet.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 ZPO.

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Schmidt