

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 54/75

URTEIL

Verkündet am

25. März 1977

Schnurr,
Justizhauptsekretär:

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns und Handelsvertreters Günther R. [REDACTED],
E. [REDACTED]straße 4, N. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

Firma Karl W. [REDACTED] & Co. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Wolfgang W. [REDACTED], D. [REDACTED] Straße 49,
W. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1977 durch die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Frhr. v. Gamm, Schwerdtfeger und Rebitzki

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 7. Januar 1975 aufgehoben.

Hinsichtlich der Entscheidung über den Schadensersatzanspruch wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs wird auf die Berufung des Beklagten unter teilweiser Abänderung des Urteils der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wiesbaden vom 20. Dezember 1962 die Klage als unzulässig abgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Beklagte war Handelsvertreter der Firma R■■■■, die Wäschepakete an Endverbraucher vertrieb. Er beschäftigte zahlreiche Untervertreter, die ihrerseits wieder Untervertreter (sogenannte Werber) hatten. Mit Vertrag vom 22. Juni 1959 wechselte der Beklagte mit Wirkung ab 1. Januar 1960 zur Klägerin, einem Konkurrenzunternehmen der Firma R■■■■, über. Er hatte damals 16 Untervertreter.

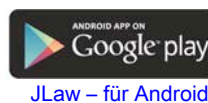
Seine Aufgabe war der Vertrieb von Aussteuerpaketen mit zumeist je drei Garnituren Bettwäsche, die überwiegend auf Raten verkauft wurden. Der Verkaufspreis betrug damals 504,-- DM pro Paket. Später erhöhte er sich. Der Beklagte erhielt für jedes verkaufte Paket eine Provision von 200,-- DM, aus der er auch seine Untervertreter zu entlohnen hatte.

Da der Umsatz sehr anstieg und die Klägerin nicht in der Lage war, die abgeschlossenen Teilzahlungsverträge in dem erforderlichen Umfang vorzufinanzieren, kamen die Parteien überein, den Umsatz auf 350 Pakete im Monat zu beschränken. Im Mai 1961 einigten sie sich auf eine weitere Herabsetzung des Umsatzes auf 250 Pakete im Monat. Dafür gestattete die Klägerin dem Beklagten, für die Zeit ihres "finanziellen Engpasses" auch wieder Wäschepakete der Firma R■■■■ oder auch von ihm selbst zusammengestellte (eigene) Pakete zu vertreiben.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Der Beklagte verkaufte daraufhin auch wieder Pakete für die Firma R. und vor allem nun auch Pakete auf eigene Rechnung. Dabei gewährte er den Untervertretern für den Vertrieb seiner eigenen Pakete eine Zeitlang eine höhere Provision als für den Vertrieb der Pakete der Klägerin oder der Pakete der Firma R. Außerdem stattete er seine eigenen Pakete pro Garnitur zusätzlich mit zwei Damast-Kopfkissenbezügen aus, ohne den Preis deswegen zu erhöhen. Zeitweise setzte er ihn sogar, ohne den Inhalt der Pakete zu ändern, unter den Preis der Pakete der Klägerin herab. Welche Vertreter mit eigenen Paketen ausgestattet wurden, bestimmte der Beklagte.

Während sich bis etwa Oktober 1961 der Umsatz von Paketen der Klägerin in einer Höhe von annähernd etwa 250 Paketen pro Monat hielt, sank er in den folgenden Monaten beträchtlich ab. Gleichzeitig nahmen die Stornos im Verhältnis zum Umsatz zu. Mißstimmigkeiten waren die Folge.

Mit Schreiben vom 22. Februar 1962 bat die Klägerin den Beklagten, er möge seinen nach ihrer Meinung im Verhältnis zum gesunkenen Umsatz viel zu hoch gewordenen Warenbestand etwas abbauen. Sie verlangte daher von ihm die Verminderung des ihm zur Verfügung gestellten Warenvorrates auf das Doppelte des Umsatzes der jeweiligen Vorwoche. Der Beklagte war damit nicht einverstanden und behielt sich Schadensersatzansprüche vor, mußte sich aber fügen.

Der Umsatz der Pakete der Klägerin ließ in der Folgezeit immer mehr nach und lag zuletzt erheblich unter 250 Paketen im Monat.

Mit Schreiben vom 8. Juni 1962 kündigte die Klägerin durch ihren Anwalt dem Beklagten das Vertragsverhältnis fristlos. Als Kündigungsgrund führte sie an, der Beklagte habe Vertreter, die vertragsgemäß für sie tätig seien, ausschließlich für den Verkauf seiner eigenen Pakete eingesetzt und diesen sogar verboten, weiterhin Pakete der Klägerin zu verkaufen. Mit Schreiben vom 19. Juni 1962 stützte die Klägerin die fristlose Kündigung auch darauf, der Beklagte habe die Erlaubnis, für die Dauer der Umsatzbeschränkung auch eigene Pakete und Pakete anderer Firmen zu vertreiben, dazu benutzt, sie durch unlauteren Wettbewerb zu schädigen, indem er ein Konkurrenzpaket mit zusätzlich zwei Kissenbezügen zum gleichen Preis herausgegeben und den Vertretern unterschiedliche Provisionen gezahlt habe. Ferner habe er die Forderung des Nachtragsvertrages, alle Untervertreter in ein unmittelbares Vertragsverhältnis zur Klägerin überzuführen, nicht erfüllt. Der Beklagte bestritt diese Vorwürfe und kündigte seinerseits Schadensersatzansprüche an. Ferner machte er einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB geltend, den er nicht bezifferte. In einer als vorläufige Endabrechnung bezeichneten Anlage zum Schreiben seines Anwaltes vom 10. Juli 1962 behauptete er sich eines Schadensersatzanspruches in Höhe von 36.000,-- DM wegen des ihm in den Monaten Februar bis Juni 1962 entgangenen Gewinns infolge der von der Klägerin verlangten Reduzierung des Warenbestandes auf jeweils das Doppelte des Umsatzes der Vorwoche, sowie eines weiteren Schadensersatzanspruches in Höhe von 72.000,-- DM wegen des ihm infolge der fristlosen Kündigung in den folgenden sechs Monaten (Juli bis Dezember 1962) entstehenden Gewinnausfalles.

Die Klägerin hat daraufhin Klage erhoben mit dem Antrag,

festzustellen, daß dem Beklagten gegen sie

1. aus der fristlosen Kündigung des Handelsvertretervertrages kein Schadensersatzanspruch zustehe;
2. wegen der Verminderung des Warenbestandes auf das Doppelte des letzten Wochenumsatzes kein Schadensersatzanspruch zustehe;
3. kein Ausgleichsanspruch zustehe.

Der Rechtsstreit befindet sich zum zweiten Mal in der Revisionsinstanz.

Nachdem die Vorinstanzen der Klage in vollem Umfange stattgegeben hatten, hat der damals zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs das Urteil des Oberlandesgerichts im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben und zurückverwiesen, als den Klageanträgen zu 1 und 3 stattgegeben worden war. Hinsichtlich der Entscheidung über den Klageantrag zu 2 ist das Urteil des Landgerichts rechtskräftig geworden.

Das Berufungsgericht - damals der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt - hatte die von der Klägerin ausgesprochene fristlose Kündigung mit der Begründung als gerechtfertigt angesehen, daß der Beklagte seine eigenen Pakete trotz gleicher Qualität oder aber unter Erweckung des Anscheins gleichartiger Qualität reichhaltiger ausge-

stattet und sie trotzdem zum selben oder gar niedrigeren Preis verkauft habe als die der Klägerin. Es hatte gemeint, diese Maßnahme sei geeignet gewesen, den Absatz der Pakete der Klägerin wesentlich zu beeinträchtigen; der Beklagte habe damit gegen die ihm gegenüber der Klägerin obliegenden vertraglichen Pflichten verstoßen. Einen weiteren Verstoß hatte es darin gesehen, daß der Beklagte zum Nachteil der Klägerin seinen Vertretern für den Vertrieb s e i n e r Pakete teilweise eine höhere Provision gewährt habe.

Dem ist der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nicht gefolgt. Er ist dabei - ebenso wie damals das Berufungsgericht - davon ausgegangen, daß die Untervertreter des Beklagten entweder Pakete der Klägerin oder solche der Firma R [REDACTED] oder Pakete des Beklagten vertrieben hätten. Bei dieser Sachlage - so hat der Bundesgerichtshof ausgeführt - hätten die Kunden gar keine Gelegenheit gehabt, den Absatz der Pakete der Klägerin beeinträchtigende Vergleiche zu ziehen. Außerdem habe jeder Untervertreter allen Anlaß gehabt, sich um einen möglichst großen Umsatz zu bemühen, gleichviel mit dem Vertrieb welcher Pakete er auch betraut gewesen sei.

Der Bundesgerichtshof hat den Rechtsstreit zur Klärung des von der Klägerin erhobenen Vorwurfs, der Beklagte habe für den Vertrieb s e i n e r Pakete die besseren, für den der Pakete der Klägerin aber nur die weniger erfolgreichen Vertreter eingesetzt, zurückverwiesen, weil ein solches Verhalten des Beklagten möglicherweise einen schuldhaften Vertragsverstoß darstellen könne.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung wiederum zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klageanträge zu 1 und 3 abzuweisen, weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht befaßt sich zunächst mit der Frage, ob die negative Feststellungsklage hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs (Klageantrag zu 1) noch zulässig ist, nachdem der Beklagte in dem Rechtsstreit gleichen Rubrums vor dem Oberlandesgericht Nürnberg - 3 U 202/73 - insoweit im Wege der Widerklage Leistungsklage erhoben hat.

In jenem Rechtsstreit hat die Klägerin 1964 Klage erhoben; sie hat vom Beklagten die Herausgabe von Wäschepaketen und - wegen stornierter Kundenverträge und unter Berufung auf eine vom Beklagten übernommene Delkredere-Haftung - die Zahlung von zuletzt 28.337,47 DM verlangt. Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 1966 (Blatt 238 der Nürnberger Akten) hat der Beklagte widerklagend u.a. beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an ihn 72.000,-- DM wegen des ihm in den Monaten Juli bis Dezember 1962 entstandenen Gewinnausfalls zu zahlen. Zu jenem Zeitpunkt befand sich der vorliegende Rechtsstreit bereits in der ersten Revisionsinstanz. Der Nürnberger Rechtsstreit gelangte ebenfalls in die Revisionsinstanz (VII ZR 103/71). Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg insoweit aufgehoben, als die Widerklage in Höhe von 28.800,-- DM abgewiesen worden

ist und in diesem Umfang die Sache zurückverwiesen. Das Oberlandesgericht Nürnberg hat daraufhin den Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Prozesses ausgesetzt.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der negativen Feststellungsklage aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit bejaht. Zwar ist eine negative Feststellungsklage in der Regel wegen Wegfalls eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses dann abzuweisen, wenn der Beklagte aus dem streitigen Rechtsverhältnis heraus eine Leistungsklage erhebt. Ausnahmsweise können aber die besonderen Umstände der konkreten Prozeßsituation dazu führen, gleichwohl eine Fortdauer des Interesses an der alsbaldigen Feststellung anzunehmen, und zwar insbesondere dann, wenn der Rechtsstreit bereits im wesentlichen zur Entscheidungsreife fortgeschritten war, als die Veränderung der tatsächlichen Situation eintrat (BGHZ 18, 22, 41, 42). Das trifft hier zu. Als der Beklagte die Leistungsklage erhob, lag die erste Berufungsentscheidung in dieser Sache seit neun Monaten vor und der Rechtsstreit befand sich bereits in der Revisionsinstanz.

II. Das Berufungsgericht ist bei der Prüfung der Frage, ob dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zusteht - anders als der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Nürnberg in der ersten Berufungsentscheidung und der Bundesgerichtshof in seiner Revisionsentscheidung - nicht davon ausgegangen, daß die Untervertreter des Beklagten entweder Pakete der Klägerin oder solche der Firma R. oder Pakete des Beklagten vertrieben haben. Aufgrund des im zweiten Berufungsrechts-

zug von den Parteien ergänzten Sachvortrags ist es vielmehr der Behauptung der Klägerin nachgegangen, der Beklagte habe Vertreter gleichzeitig für den Verkauf seiner Pakete und für den Verkauf der Pakete der Klägerin eingesetzt. Hierzu und über die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe für den Vertrieb seiner Pakete die besseren und für den Vertrieb der Pakete der Klägerin die weniger erfolgreichen Vertreter eingesetzt, hat das Berufungsgericht durch Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis erhoben. Es kommt zu der Schlußfolgerung, das Beweisergebnis reiche nicht aus, um Feststellungen treffen zu können, die eine fristlose Kündigung des Beklagten gerechtfertigt hätten. Der Sachverständige sei in seinem schriftlichen Gutachten zwar zu dem Ergebnis gelangt, daß 8 Vertreter zweitweise außer den W■■■■-Paketen noch andere Pakete verkauft hätten. Es lasse sich auch der Schluß ziehen, daß der Beklagte vorzugsweise zuerst die besseren Vertreter mit dem Vertrieb eigener (oder R■■■■-) Pakete eingesetzt habe und erst nach und nach die Mehrzahl der übrigen Vertreter für sich habe arbeiten lassen. Gegen diese Feststellungen des Sachverständigen habe der Beklagte jedoch nicht ohne weiteres von der Hand zu weisende Einwände vorgebracht. Zur Aufklärung wären weitere Maßnahmen, auf jeden Fall aber die vom Beklagten beantragte mündliche Anhörung des Sachverständigen nötig gewesen. Auch die übrigen Gründe, die die Klägerin für ihre Kündigung anführe, könnten als wichtige Gründe zumal ohne weitere Sachaufklärung, nicht anerkannt werden. Das Gericht sei jedoch der Ansicht, daß eine weitere mit zusätzlichen Kosten verbundene Aufklärung unterbleiben könne. Denn es lasse sich nicht feststellen, daß dem Beklagten aufgrund der fristlosen Kündigung ein Schaden entstanden sei, zu dessen Ersatz die Klägerin verpflichtet sei.

Der Beklagte habe vor der fristlosen Kündigung keinen Anspruch auf Steigerung des Umsatzes gehabt, er habe - wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil in der vorliegenden Sache ausgeführt habe - sogar die durch die Herabsetzung des Warenvorrats auf das Doppelte des Umsatzes der Vorwoche eintretenden Beschränkungen hinnehmen müssen. So könne ihm auch nach Ausspruch der fristlosen Kündigung ein Schadensersatzanspruch nicht deshalb zustehen, weil er seinen Umsatz mit den Paketen der Klägerin über das bisherige Maß hinaus hätte steigern können. Ebensowenig habe er einen Anspruch auf eine Vergrößerung seiner Vertreterorganisation gehabt. Es komme daher auch nicht darauf an, welche Ausweitung der Umsatz des Beklagten in den folgenden Jahren erfahren habe. Ebenso unerheblich sei es, ob der Beklagte - wie er behaupte - 20 Vertreter, die sich in jener Zeit bei ihm beworben hätten, nicht habe einstellen können. Ein Schadensersatzanspruch für die Zeit nach der fristlosen Kündigung käme daher nur dann in Betracht, wenn die vorhandene Vertreterorganisation des Beklagten nicht voll ausgelastet gewesen wäre, so daß er deswegen monatlich bis zu 80 Pakete der Klägerin zusätzlich hätte absetzen können und abgesetzt hätte. Das habe der Beklagte trotz Hinweises des Gerichts aber nicht dargetan. - Als Gradmesser für den Eintritt eines Schadens komme auch die Umsatzentwicklung des Geschäfts des Beklagten in Betracht. Wenn nämlich der Umsatz in den Monaten Juli bis Dezember 1962 nicht geringer gewesen sei als in den Vormonaten oder in vergleichbaren Zeiträumen der vergangenen Jahre, so habe der Beklagte auch keinen von der Klägerin zu ersetzenden Schaden erlitten. Der Auflage des Gerichts, entsprechende Umsatzzahlen zu machen, sei der Beklagte nicht nachgekommen; er habe lediglich angegeben, die Umsätze hätten nach der Kündigung ganz erheblich stagniert. Daraus müsse gefolgert

werden, daß die Umsätze zwar nicht gestiegen, aber immerhin gleich geblieben seien. Demnach sei es dem Beklagten möglich gewesen, die durch den Ausfall der W [REDACTED]-Pakete entstandenen Lücken durch den Einsatz eigener Pakete zu schließen. Dabei bedeute gleichbleibender Umsatz sogar eine Steigerung des Gewinns; denn an einem W [REDACTED]-Paket habe er 60,-- DM, bei seinen eigenen jedoch 150,-- DM verdient.

Im übrigen habe der Beklagte vorgetragen, daß das - nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs berechnete - Verlangen der Klägerin, den Warenbestand jeweils auf das Doppelte des Verkaufs der Vorwoche zu beschränken, früher oder später ohnehin zu einer Herabsetzung des Verkaufs der W [REDACTED]-Pakete auf Null geführt hätte. Ein Schadensersatzanspruch entfalle daher für die Zeit nach dem - allerdings nicht genau zu bestimmenden - Zeitpunkt, zu dem das Geschäft mit W [REDACTED]-Paketen ohnehin zum Erliegen gekommen wäre.

Gegen diese Würdigung wendet sich die Revision zu Recht.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß es für die Frage, ob dem Beklagten durch die fristlose Kündigung ein Schaden entstanden ist, darauf ankommt, ob er von Juli bis Dezember 1962 Pakete der Klägerin zusätzlich hätte absetzen können und abgesetzt hätte. Rechtlich fehlsam ist es indes bereits, wenn das Berufungsgericht meint, ein Schadensersatzanspruch könne dem Beklagten nur dann zugesprochen werden, wenn der zusätzliche Verkauf der W [REDACTED]-Pakete nicht zu einer Steigerung des Gesamtumsatzes des Beklagten geführt hätte, denn einen Anspruch auf Umsatzsteigerung habe er nicht gehabt. Diese

Auffassung findet insbesondere keine Stütze in den in diesem und im Nürnberger Rechtsstreit ergangenen Revisionsentscheidungen, auf die sich das Berufungsgericht hierfür berufen zu können glaubt. In seinem Urteil vom 7. Oktober 1968 (im vorliegenden Prozeß) hat der Bundesgerichtshof bei der Erörterung des Klageantrags zu 2 ausgeführt, die Klägerin habe im Rahmen der ihr als Unternehmerin zustehenden Entschließungsfreiheit gehandelt, als sie die Warenlieferungen an den Beklagten gedrosselt habe; Schadensersatzansprüche könne der Beklagte daraus nicht herleiten. In der Revisionsentscheidung im Nürnberger Rechtsstreit heißt es, der Beklagte könne nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag weiter gegolten hätte. Dann aber müsse der Klägerin für die Zeit von Juli bis Dezember 1962 die gleiche Entschließungsfreiheit zugebilligt werden, den Umsatz zu drosseln, wie in der Zeit vorher. Auf eine Umsatzgarantie könne sich der Beklagte nicht berufen. Somit komme für einen Schadensersatzanspruch des Beklagten für die Zeit von Juli bis Dezember 1962 nur der Gewinn in Betracht, der ihm entgangen sei, weil er außerstande gewesen sei, nicht einmal den von der Klägerin gedrosselten Umsatz zu erzielen. Das seien nach seinem eigenen Vortrag in der Zeit bis Juni 1962 durchschnittlich 80 Pakete pro Monat gewesen. - Wenn dort von "von der Klägerin gedrosseltem Umsatz" die Rede ist, so ist damit unmißverständlich ausschließlich der Umsatz in W■■■■-Paketen gemeint und nicht der Gesamtumsatz an Paketen überhaupt. Entscheidend ist, ob der Beklagte einen Gewinnausfall dadurch erlitten hat, daß ihm von Juli bis Dezember 1962 die W■■■■-Pakete nicht zur Verfügung standen. Unerheblich ist, ob der Beklagte in dieser Zeit einen Gesamtumsatz erzielt hat, der ebenso hoch oder höher war als vor der fristlosen Kündigung.

Rechtsfehlerhaft ist des weiteren die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch komme nur dann in Betracht, wenn die v o r h a n d e n e Vertriebsorganisation des Beklagten nicht voll ausgelastet gewesen wäre, so daß er deswegen monatlich bis zu 80 Pakete der Klägerin zusätzlich habe absetzen können; denn der Beklagte habe keinen Anspruch auf eine Vergrößerung seiner Vertreterorganisation gehabt. - Es ist nicht erkennbar, woraus das Berufungsgericht diese nicht näher begründete Einschränkung herleitet; sie ist durch nichts gerechtfertigt. Es ist rechtlich unerheblich, ob der Beklagte den Verkauf der W [REDACTED]-Pakete durch seine im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bestehende, durch eine zahlenmäßig erweiterte oder eingeschränkte Vertreterorganisation erzielt hätte. Das lag völlig in seinem Ermessen. Ihm obliegt lediglich der Beweis, daß er in der Lage gewesen wäre, die Pakete der Klägerin zusätzlich abzusetzen. Diesen Beweis hat er angetreten. Er hat ferner dafür Beweis angetreten, daß er die durch den Ausfall der W [REDACTED]-Pakete eingetretene Lücke nicht durch eigene Pakete habe ausgleichen können, da er nicht in der Lage gewesen sei, diese Pakete vorzufinanzieren.

Das Berufungsgericht weist schließlich darauf hin, daß nach dem eigenen Vortrag des Beklagten der Verkauf von W [REDACTED]-Paketen durch die nicht zu beanstandende Maßnahme der Klägerin, den Warenbestand jeweils auf das Doppelte des Verkaufs der Vorwoche zu beschränken, ohnehin früher oder später zum Erliegen gekommen wäre. Diese Erwägung wäre nur dann entscheidungserheblich, wenn der vom Beklagten erwartete Nullpunkt bereits im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung erreicht worden wäre. Das ist

aber nicht festgestellt. Vielmehr läßt sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht genau bestimmen, wann es zum Erliegen des Geschäfts mit W [REDACTED]-Paketen gekommen wäre.

Mit der bisherigen Begründung ist das Berufungsurteil in diesem Streitpunkt daher nicht aufrechtzuerhalten. Der Senat ist nicht in der Lage, selbst zu entscheiden, da es sowohl hinsichtlich der Berechtigung der fristlosen Kündigung als auch hinsichtlich des Gewinnausfalls des Beklagten an den erforderlichen Feststellungen fehlt.

III. Das Berufungsgericht hat einen Ausgleichsanspruch des Beklagten (§ 89 b HGB) verneint. Auch insoweit hat es - ohne sich ausdrücklich mit dieser Frage zu befassen - das Feststellungsinteresse der Klägerin bejaht. Hiergegen wendet sich die Revision zu Recht.

Ein etwaiger Ausgleichsanspruch des Beklagten ist gemäß § 88 HGB verjährt. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 27. Juni 1974 (Band V Bl. 883) die Einrede der Verjährung erhoben. Der Beklagte hat im Nürnberger Rechtsstreit (Nürnberger Akten Bd. IV BL 713) mit Schriftsatz vom 25. Januar 1974 - zu einer Zeit also, als sein Ausgleichsanspruch bereits verjährt war - gegenüber einem Zahlungsanspruch der Klägerin mit seiner Ausgleichsforderung aufgerechnet (§ 390 S. 2 BGB). Der Beklagte hat zwar bisher seinen Ausgleichsanspruch nicht beziffert. Es ist aber nichts dafür dargetan, daß er sich eines über 28.377,47 DM hinausgehenden Ausgleichsanspruchs berührt - das ist die Klageforderung, der gegenüber die Aufrechnung erklärt wurde -, oder ein begründeter Anlaß zu der Annahme bestünde, daß er trotz der von der Klägerin erhobenen Verjährungseinrede einen weitergehenden Ausgleichsanspruch gegen sie geltend machen wolle. Bei dieser Sachlage hat die Klägerin kein

rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, daß dem Beklagten kein Ausgleichsanspruch zustehe. Die Klage ist daher insoweit als unzulässig abzuweisen.

IV. Auf die Revision des Beklagten war daher das angefochtene Urteil aufzuheben. Hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs war die Klage durch Prozeßurteil abzuweisen. Im übrigen war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Alff

Merkel

v. Gamm

Schwerdtfeger

Rebitzki