

VIII ZR 132/61

V e r k ü n d e t
am 27. März 1963
Fieser, Justizange-
stellter als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2229 066

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

In dem Rechtsstreit

des Diplomkaufmanns Theodor P [REDACTED] in F [REDACTED]/M [REDACTED],
O [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Spielbanksekretär Walter K [REDACTED] in W [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. März 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Messner
und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main
vom 7. April 1961 hinsichtlich der Kostenentscheidung
und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung
von 5 127 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 1. No-
vember 1960 verurteilt ist.

In diesem Umfange wird die Sache an das Berufungsge-
richt zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zu-
rückverwiesen.

Im übrigen werden die Revision des Beklagten und die
Anschlußrevision des Klägers zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfah-
rens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1949 bis 1955 betrieb die "Ka[REDACTED]-GmbH" in dem in W[REDACTED], Wi[REDACTED]straße [REDACTED], gelegenen Hause der Erbengemeinschaft L[REDACTED] (im folgenden: Erbengemeinschaft) auf Grund eines Mietvertrages mit den Grundstückseigentümern das Café Ka[REDACTED]. Dieses Café ging nebst Inventar im Jahre 1955 auf den Kläger über, der es dann im Mai 1958 dem Beklagten übertrug. Diese Übertragung ging in der Weise vor sich, daß die Parteien einen Kaufvertrag über den dem Kläger gehörigen Teil des Inventars schlossen, der Beklagte weiteres Inventar von der Kö[REDACTED] Brauerei auf Grund eines Leihpachtvertrages erhielt und die Räume von der Erbengemeinschaft mietete. Dieser Mietvertrag lief nur bis zum 31. Dezember 1958. Die Erbengemeinschaft hatte jedoch eine Verlängerung des Mietvertrages bis zum 31. Dezember 1960 in Aussicht gestellt, die bis zum 15. August 1958 schriftlich vereinbart werden sollte. Im Vertrag der Parteien vom 3. Mai 1958 war für das Inventar ein Kaufpreis von 20 000 DM vereinbart, von dem ein Teilbetrag von 10 000 DM sofort gezahlt wurde und dessen Rest am 15. August 1958 fällig war. Dieser Zeitpunkt wurde, wie es in § 2 des Vertrages heißt, im Hinblick auf die bis zu diesem Termin zugesagte schriftliche Verlängerung des Mietvertrages gewählt. Ebenfalls mit Rücksicht auf die in Aussicht gestellte Verlängerung des Mietvertrages war in § 5 des Vertrages wörtlich bestimmt:

"Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, daß dieser Kauf- und Übergabevertrag darauf beruht, daß die Grundstücksgemeinschaft zwar eine Pachtverlängerung um 2 Jahre über den 31.12.1958 zugesagt hat, z.Zt. aber eine Schriftform hierüber ablehnt."

Die Erbengemeinschaft war indes im August 1958 zu einer Verlängerung des Mietvertrages nicht bereit und erklärte sich lediglich damit einverstanden, daß der Beklagte die Mieträume gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung weiter benutzte. Nach Veräußerung des Grundstücks durch die Erbengemeinschaft lehnte es der neue Eigentümer ab, einen Mietvertrag mit dem Beklagten zu schließen. Am 31. Oktober 1960 räumte der Beklagte das Café auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs.

Der Beklagte weigerte sich, die weiteren 10 000 DM für das Inventar zu zahlen. Der Kläger klagte daraufhin diesen Betrag nebst Zinsen seit dem 15. August 1958 ein.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz haben die Parteien sich in einem Zwischenvergleich dahin geeinigt, daß das streitige Inventar veräußert und der Erlös hinterlegt werden sollte. Die hierauf durchgeführte Versteigerung hat einen Erlös von 5 666 DM erbracht, der vereinbarungsgemäß hinterlegt worden ist. Der Kläger hat sodann neben dem Hauptantrag den Hilfsantrag gestellt, den Beklagten außer zur Zahlung der 10 000 DM weiterhin zu verurteilen, seine Einwilligung zu der Auszahlung des hinterlegten Betrages an ihn, den Kläger, zu geben. Das Berufungsgericht hat in Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zur Zahlung von 8 750 DM nebst Zinsen seit dem 1. November 1960 verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben der Beklagte Revision und der Kläger Anschlußrevision eingelegt. Der Kläger verfolgt seinen Hauptanspruch nebst Zinsen, soweit dieser abgewiesen ist, weiter, während der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfang erstrebt. Beide Parteien haben jeweils die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels beantragt.



Entscheidungsgründe:

I. Beide Vorinstanzen haben den Vertrag der Parteien vom 3. Mai 1958 als einen Kaufvertrag und den Klageanspruch rechtsirrtumsfrei als einen Restkaufpreisanspruch gewürdigt. Das Landgericht ist bei der Auslegung des Vertrages, insbesondere der §§ 2 und 5, zu dem Ergebnis gelangt, der Kaufvertrag sei unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß der Mietvertrag des Beklagten mit der Erbengemeinschaft über den 31. Dezember 1958 hinaus bis zum 31. Dezember 1960 verlängert werde. Im Gegensatz zu der landgerichtlichen Auffassung vertritt das Berufungsgericht den Standpunkt, der Kaufvertrag enthalte keine Bedingung im Sinne der §§ 158 ff BGB, weil sowohl der Wortlaut der §§ 2 und 5 des Vertrages als auch die Interessenlage und das Verhalten der Parteien nach dem 15. August 1958 einer solchen Auslegung entgegenständen. Wäre wirklich eine Bedingung vereinbart worden, so hätte der Beklagte, so meint das Berufungsgericht, unverzüglich klare Verhältnisse geschaffen, d.h., sich darauf berufen, daß er die zweite Kaufpreisrate nicht schulde und auch für die Vergangenheit nur zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung verpflichtet sei. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Parteien hätten in §§ 2 und 5 des Kaufvertrages lediglich zum Ausdruck bringen wollen, daß sie die Verlängerung des Mietvertrages bis zum 31. Dezember 1960 als Voraussetzung ihrer vertraglichen Abmachungen betrachteten. Da diese Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages weggefallen sei, müßten die vertraglichen Verpflichtungen der Parteien der veränderten Lage angepaßt werden. Bei dieser auf § 242 BGB beruhenden Beurteilungsweise sei aber von ausschlaggebender Bedeutung, daß es dem Beklagten gelungen sei, die Caféräume trotz Versagung einer Verlängerung des Mietvertrages nahezu für die ganze, ihm in Aussicht gestellte Mietdauer zu behalten. Unter diesen Umständen könne sich der Beklagte

daher nicht vom Kaufvertrage lossagen und den Kläger auf eine bloße Nutzungsentschädigung verweisen. Da er das Inventar aber immerhin nicht während der gesamten vorgesehenen Zeit habe nutzen können, müsse ihm gestattet sein, den Kaufpreis entsprechend zu mindern. Das Berufungsgericht hält eine Minderung um $\frac{2}{32}$ des Kaufpreises für angemessen. Das entspricht dem Bruchteil der von den Parteien vorgesehenen Mietzeit, um den der Beklagte die Caféräume hat früher räumen müssen. In Höhe von $\frac{2}{32}$ des Kaufpreises von 20 000 DM, also in Höhe von 1 250 DM, hat es daher die Klage abgewiesen.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten entgegen den Angriffen der Revision und der Anschlußrevision einer rechtlichen Nachprüfung stand. Es begegnet entgegen der Ansicht der Revision keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht die streitigen Klauseln des Kaufvertrages als Festlegung einer bestimmten Geschäftsgrundlage gedeutet hat. Es ist ersichtlich davon ausgegangen, daß die Parteien bestimmt damit rechneten, die Erbengemeinschaft werde am 15. August 1958 einen schriftlichen Mietvertrag bis zum 31. Dezember 1960 abschließen, und daß sie diese Erwartung nur zur Klarstellung in den Vertrag aufnahmen. Wie die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts erkennen lassen, hat es sich bei seiner Auslegung von der Erwägung leiten lassen, daß die Parteien keine Bestimmungen über die rechtlichen Folgen getroffen haben, die dann eintreten hätten, wenn sich ihre Erwartung nicht erfüllte, und daß insoweit, weil eine solche Regelung bewußt unterblieben sei, auch keine der ergänzenden Auslegung zugängliche Vertragslücke vorliege. Bei einer solchen Sachlage, wenn also davon auszugehen ist, daß die Parteien nur Gewißheit darüber schaffen wollten, welcher Umstand Vertrags-

grundlage gewesen ist, und wenn es an einer Regelung darüber fehlt, was beim Nichteintritt der zur Grundlage des Vertrages gemachten Voraussetzung gelten soll, bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, die Grundsätze über den Wegfall der Vertragsgrundlage anzuwenden (vgl. BGH Urt. vom 14. Juli 1953 - V ZR 72/52 - LM BGB § 242 (Bb) Nr. 18; RGZ 168, 121, 127; BGB RGRK 11. Aufl. § 242 Anm. 59).

Die Auslegung des Berufungsgerichts verstößt auch nicht gegen anerkannte Auslegungsregeln oder gegen die Denkgesetze. Sie ist mit dem Wortlaut der Vertragsbestimmungen sogar besser zu vereinbaren als die Annahme einer Geschäftsbedingung, und zwar selbst dann, wenn man abweichend von der Ansicht des Landgerichts keine aufschiebende, sondern im Einklang mit der Revision eine auflösende Bedingung in Erwägung zieht. Denn in den Vertragsbestimmungen (§§ 2 und 5) fehlt nun einmal eine Regelung des Vertragsschicksals für den Fall, daß das im Vertrage hervorgehobene Ereignis (Verlängerung des Mietvertrages) ausbleiben sollte. Voraussetzung für die Annahme einer Bedingung ist aber gerade eine Vertragsbestimmung, nach welcher die Wirksamkeit des Vertrages von dem Eintritt oder dem Ausbleiben eines bestimmten Ereignisses abhängen soll. Demgegenüber haben die Parteien lediglich die Erwartung selbst festgelegt, ohne eine Vereinbarung dahin zu treffen, daß vom Eintritt oder Ausbleiben des erwarteten Umstandes die Wirksamkeit des Vertrages abhängen soll. Es kann also keine Rede davon sein, daß, wie die Revision meint, der Wortlaut des Vertrages zwingend auf eine Bedingung im Sinne der §§ 158 ff BGB hinweise.

Es ist auch kein Rechtsfehler, wenn sich das Berufungsgericht für sein Auslegungsergebnis auf die Interessenlage der Parteien beruft. Es ist ganz unverkennbar, daß dem Beklagten nicht daran gelegen sein konnte, das Inventar am 15. August 1958 an den Kläger herauszugeben, falls sich die Erbsengemeinschaft nicht zu einer Verlängerung des Mietver-

trages entschließen sollte. Dem steht allein schon der Umstand entgegen, daß der Beklagte durch den Mietvertrag mit der Erbengemeinschaft bis zum 31. Dezember 1958 gebunden war, und daß er auf alle Fälle damit rechnen konnte - was auch eingetroffen ist -, die Mieträume selbst dann noch geraume Zeit über den 31. Dezember 1958 hinausbehalten zu können, wenn die Erbengemeinschaft die Verlängerung des Mietvertrages ablehnte.

Auch der Interessenlage des Klägers hätte der Abschluß eines bedingten Vertrages widersprochen; denn die Rechtsstellung des Klägers verschlechterte sich naturgemäß, wenn er infolge des Nichteintritts einer aufschiebenden oder des Eintritts einer auflösenden Bedingung seine Ansprüche aus dem Kaufvertrag verlor und auf gesetzliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen war.

Die Beurteilung ändert sich auch nicht, wenn man zu Gunsten des Beklagten unterstellt, daß die Erbengemeinschaft sowohl beim Abschluß des Mietvertrags als auch am 15. August 1958 eine schriftliche Zusage über die Verlängerung des Mietvertrages nur deshalb verweigerte, weil sie sich die Möglichkeit zum Verkaufe des Hauses offen halten wollte. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe ein sich auf dieses Vorbringen beziehendes Beweisangebot des Beklagten übergangen, ist daher nicht begründet.

Ohne Erfolg bleibt auch die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Verhalten des Beklagten nach dem 15. August 1958 rechtsfehlerhaft gewürdigt. Die Revision bezieht sich auf die Erwägungen des Berufungsgerichts, es hätte, falls eine Bedingung vereinbart gewesen sei, nichts näher gelegen, als daß der Beklagte sofort nach dem

15. August 1958 klare Verhältnisse geschaffen, den Wegfall des Kaufvertrages geltend gemacht und unter teilweiser Rückforderung der bereits gezahlten 10 000 DM eine Nutzungsentschädigung für das Inventar angeboten hätte. Sie rügt indes vergeblich, aus der vom Berufungsgericht nur zum Teil gewürdigten Korrespondenz ergebe sich, daß der Beklagte sich in der vom Berufungsgericht geforderten Art und Weise verhalten habe. Dafür, daß das Berufungsgericht irgendwelche Schreiben der Parteien übersehen haben könnte, besteht kein Anhaltspunkt. Es ist aber auch kein Rechtsfehler, wenn es die einzelnen Schreiben nicht in dem von der Revision für richtig gehaltenen Sinne gewürdigt hat. In dem von der Revision in erster Reihe angezogenen Schreiben vom 30. August 1958 bietet der Beklagte zwar die Rückgabe des Inventars Zug um Zug gegen Rückzahlung der 10 000 DM zum 1. September 1958 an, ohne allerdings seine Bereitschaft zur Gewährung einer Nutzungsentschädigung zu erklären. Die Revision berücksichtigt aber nicht, daß diesem Schreiben eine Besprechung vorausgegangen ist, in der die Parteien die Möglichkeiten, der veränderten Lage Rechnung zu tragen, erörtert haben. Es handelt sich also keineswegs um ein Anerbieten, das der Beklagte von sich aus nach dem Scheitern der Mietvertragsverlängerung in der Erkenntnis gemacht hat, daß er infolge Unwirksamkeit des Kaufvertrages zur Herausgabe des Inventars verpflichtet sei. Das Berufungsgericht hat vielmehr mit Recht dem Schreiben des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, des Rechtsanwalts Dr. B., vom 14. August 1958 besondere Bedeutung beigemessen, in welchem ein solches Angebot gerade nicht enthalten ist, sondern lediglich darauf hingewiesen wird, daß die zweite Kaufpreisklausel bei der veränderten Sachlage nicht fällig geworden sei. Erst recht nicht kann sich die Revision mit Erfolg auf das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. B. vom 19. Dezember 1958 berufen. Denn daraus, daß der Beklagte Ende des Jahres 1958

bereit gewesen sein mag, das Inventar herauszugeben, rechtfertigt sich nicht der Schluß, daß er von vornherein das Risiko übernommen hat, am 15. August 1958, als der Mietvertrag mit der Erbgemeinschaft noch bis zum 31. Dezember 1958 lief, das Inventar an den Kläger herauszugeben und vor der Notwendigkeit zu stehen, sich neues Inventar beschaffen oder die Miete zahlen zu müssen, ohne die Räume nutzen zu können. Im übrigen läßt die Revision unbeachtet, daß das Verhalten des Beklagten nicht nur seinen Niederschlag in dem Briefwechsel findet, sondern auch in seiner sonstigen Handlungsweise, auf die das Berufungsgericht ebenfalls abgestellt hat. Dieses Gesamtverhalten des Beklagten war aber keineswegs eindeutig. Er mag zeitweise bereit gewesen sein, das Inventar unter Verrechnung von Anzahlung und Nutzungsschädigung herauszugeben. Auf der anderen Seite hat er aber hiermit niemals Ernst gemacht, sondern im Gegenteil das Café mit dem vom Kläger gekauften Inventar weiterbetrieben. Deshalb ist die Auslegung des Berufungsgerichts, auch soweit sie sich auf den Schriftwechsel und die nachträgliche Einstellung der Parteien zu der ausgebliebenen Mietvertragsverlängerung stützt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Der von der Revision ebenfalls als übergangen gerügte Vortrag des Beklagten, daß der Kläger die Zahlung des Hauptteiles der dem Vermittler Wa. [REDACTED] zustehenden Provision bis zum 15. August 1958 hinausgeschoben habe, ist in diesem Zusammenhang rechtlich ohne Bedeutung, denn diese Maßnahme findet zwanglos eine Erklärung darin, daß auch die zweite Kaufpreisrate bis zu diesem Termin gestundet war.

Das Berufungsgericht ist somit rechtsirrtumsfrei davon ausgegangen, daß die Voraussetzung, welche die Parteien als die Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages angesehen haben, nicht eingetreten ist. Es ist aber auch entgegen der Ansicht

der Anschlußrevision kein Rechtsverstoß, wenn es hieraus den Schluß zieht, daß der Beklagte nach den Grundsätzen des § 242 BGB nicht an dem unveränderten Vertrag festgehalten werden darf. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den von der Rechtsprechung über die rechtlichen Folgen eines Irrtums der Parteien über die Geschäftsgrundlage oder den Wegfall der Vertragsgrundlage entwickelten Grundsätzen, wonach ein Abgehen vom Vertrage nur ausnahmsweise zulässig ist, um untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbare Ergebnisse zu vermeiden (vgl. BGH Urt. v. 11. Juli 1958 - VIII ZR 96/57 - LM BGB § 242 (Bb) Nr. 27). Ob ein solcher Sachverhalt angenommen werden kann, beurteilt sich nämlich nach den Verhältnissen, wie sie am 15. August 1958 bestanden. Denn in diesem Zeitpunkt sollte sich entscheiden, ob die Voraussetzung (Verlängerung des Mietvertrages) eintreten werde oder nicht. Da die Verlängerung ausblieb, stand der Beklagte damals vor der Gefahr, das Inventar schon nach 10 Monaten nicht mehr nutzen zu können, obwohl die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen waren, die Nutzungszeit werde mindestens 32 Monate betragen. Sein Verlangen, daß der geänderten Sachlage Rechnung getragen werden sollte, war daher berechtigt. Bei der Beurteilung der dann im Prozeß zu entscheidenden Frage, wie die Rechtslage endgültig zu gestalten ist, durfte entsprechend dem Gedankengang des Berufungsgerichts die weitere Entwicklung nach dem 15. August 1958 allerdings nicht unberücksichtigt bleiben. Mit Recht hat das Berufungsgericht den Stand der Dinge im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als maßgebend angesehen.

Seine Erwägungen, daß eine Anwendung der Grundsätze des § 242 BGB dazu führe, den Beklagten grundsätzlich am Vertrage festzuhalten, weil er den weitaus größten Teil der vorgesehenen Mietzeit von 32 Monaten hatte ausnutzen

können, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie werden auch von der Revision nicht ausdrücklich angegriffen. Es ist insbesondere aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht dem Umstande keine entscheidende Bedeutung beimißt, daß der Beklagte den Cafébetrieb über den 31. Dezember 1958 hinaus nur in der Ungewißheit aufrecht erhalten konnte, in absehbarer Zeit räumen zu müssen. Es ist keine Verkennung des Begriffes von Treu und Glauben, wenn es entscheidend darauf abstellt, daß der Beklagte das Inventar tatsächlich 30 Monate nutzen und das mit dem Abschluß des Vertrages bezweckte wirtschaftliche Ergebnis im wesentlichen erreichen konnte.

Wenn das Berufungsgericht andererseits dem Beklagten gestattet, den Kaufpreis um 2/32 zu mindern, so hat es sich damit entgegen der Rüge der Anschlußrevision innerhalb des ihm als Tatrichter zustehenden Ermessensspielraumes gehalten. Das Berufungsurteil kann deshalb auch insoweit aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Dasselbe gilt für den weiteren Angriff der Anschlußrevision, das Berufungsgericht hätte dem Kläger, wenn schon ein Abzug vom Kaufpreis vorgenommen werde, wenigstens einen entsprechenden Anteil an dem Erlös der Inventarversteigerung zubilligen müssen. Es lag vielmehr allein im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es dem Kläger den von der Revisionserwiderung auf rund 354 DM errechneten Anteil an dem Versteigerungserlös zubilligen wollte oder nicht. Ebenso wenig enthält es einen Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht die Verzinsung des zuerkannten Betrages erst am 1. November 1960 beginnen läßt. Die Anschlußrevision war daher zurückzuweisen.

II. Dagegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht die vom Beklagten in Höhe von 5 127 DM

erklärte Eventualaufrechnung nicht hat durchgreifen lassen, einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Aufgerechnet hat der Beklagte mit einer angeblichen Schadensersatzforderung in Höhe von 5 127 DM, die er darauf gestützt hat, der Kläger habe ihm Teile des von der Brauerei übernommenen Inventars, nämlich zwei Kassen, einen Eisschrank und einen Starmix vorenthalten und habe vertragswidrig 30 Tischdecken ausgetauscht. Das Berufungsgericht hat die Gleichartigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderung mit der Klageforderung verneint und die Aufrechnung hieran scheitern lassen. Es hat angenommen, daß der Beklagte höchstens einen Anspruch auf Übergabe der vier erstgenannten Gegenstände und auf Herausgabe der Tischdecken habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die streitigen Gegenstände nicht mehr beschafft werden könnten. Das sei, soweit ersichtlich, unstreitig. Falls dies zweifelhaft sei, liege zumindest eine Verletzung der Fragepflicht (§ 139 ZPO) vor. Der Beklagte hätte, zur Aufklärung aufgefordert, vorgetragen und erforderlichenfalls unter Beweis gestellt, daß die Gegenstände nicht mehr zu beschaffen seien.

Wenn das Berufungsgericht die Aufrechnung an der angeblich fehlenden Gleichartigkeit von Klageforderung und Gegenforderung scheitern läßt, so beachtet es nicht, daß der Beklagte einen Geldanspruch und nicht Herausgabeansprüche oder Ansprüche auf Vertragserfüllung zur Aufrechnung gestellt hat. Die Voraussetzung der Gleichartigkeit ist daher gegeben. Falls das Berufungsgericht aber eine Entscheidung dahin treffen wollte, daß dem Beklagten die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht zustehe, so trifft es, wie die Revision mit Recht rügt, der Vorwurf, den Prozeßstoff nicht ausreichend gewürdigt zu haben. Das

Berufungsgericht hätte insbesondere zu dem Vorbringen des Klägers im Berufungsrechtszuge Stellung nehmen müssen, der Kläger habe die beiden ursprünglich vorhandenen Kassen veräußert und mit dem Erlös und einer nicht unbeträchtlichen Zuzahlung zwei neue Kassen angeschafft, die im Einvernehmen mit der Beklagten nicht mehr Gegenstand des "Leihpachtvertrages" mit der Brauerei geworden seien. Zumindest ergibt dieser Vortrag, daß der Kläger nicht bestreitet, bei der Veräußerung zweier Kassen einen bestimmten Betrag erlöst zu haben und daß er möglicherweise nicht einmal die Höhe dieses Betrages, der vom Beklagten mit 3 477 DM angegeben wird, bestreiten will. Es läßt sich auch nicht verkennen, daß entsprechend dem Hinweis der Revision der Akteninhalt Anhaltspunkte dafür bietet, daß sich die übrigen zwischen den Parteien noch streitigen Gegenstände des Leihpachtvertrages mit der Brauerei nicht mehr im Besitze des Klägers befinden. Ist das aber der Fall, so hätte sich das Berufungsgericht der Prüfung nicht entziehen dürfen, ob dem Beklagten ein Anspruch auf Schadens- oder Wertersatz zusteht.

Bei dieser Sachlage konnte das Urteil, soweit der Beklagte in Höhe der zur Aufrechnung gestellten Forderung verurteilt worden ist, nicht aufrecht erhalten werden. Es war daher insoweit einschließlich der Kostenentscheidung aufzuheben. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht, an das die Sache in diesem Umfang zurückverwiesen werden muß, den Sachverhalt unter Beachtung obiger Gesichtspunkte zu prüfen haben. Bei der Kostenentscheidung wird es beachten müssen, daß der Streitwert des zweiten Rechtszuges im Hinblick auf den Hilfsantrag des Klägers $10\,000 + 5\,666\text{ DM} = 15\,666\text{ DM}$ beträgt. Demnach sind bei der Verteilung der Kosten für die erste und die zweite

Instanz verschiedene Maßstäbe anzulegen. Auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Messner

Mormann