

21

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

2035 041

ZPO §§ 254, 322

Bei einer Stufenklage schafft das Urteil, durch das der Rechnungslegungsanspruch zuerkannt wird, keine Rechtskraft für den Grund des Zahlungsanspruchs.

HGB §§ 89, 89 a

Zu der Frage, ob ein Unternehmer, der das Handelsvertreterverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt gekündigt hat, danach noch zu einem früheren, ebenfalls noch zulässigen Zeitpunkt kündigen kann.

BGH, Urt. v. 20. Februar 1969 - VII ZR 101/67 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 101/67

URTEIL

Verkündet am

20. Februar 1969

Horn,

Justizhauptsekretär:

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Arthur F. K [REDACTED], H [REDACTED]-F [REDACTED],
E [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W. K ü [REDACTED] & Co, Inhaberin Winifred Ec [REDACTED],
B [REDACTED]-Fr [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr
von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 14. April 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt insbesondere Postkarten, Glückwunschkarten und Adventskalender her, die sie an den Großhandel und an Warenhäuser verkauft. Diese Artikel vertreibt u. a. auch die Firma Christian P., für die die Klägerin seit 1952 in Berlin und Frankfurt a. M. als Handelsvertreterin tätig war.

Durch Vertrag vom 15. August 1955 übernahm die Klägerin auch die Alleinvertretung der Beklagten in Berlin.



Nach § 6 des Vertrages der Parteien sollte die Klägerin die Großhändler, nicht jedoch Warenhäuser besuchen; seit 1956 ermächtigte die Beklagte die Klägerin jedoch nach und nach, auch einzelne Warenhäuser zu besuchen. Nach § 7 des Vertrages war die Klägerin verpflichtet, kein Konkurrenzunternehmen, das sich mit der Herstellung von Postkarten, Glückwunschkarten, Reliefs oder Adventskalendern befaßt, gleichzeitig zu vertreten.

Der Beklagten war indessen bekannt, daß die Klägerin die Vertretung der Firma P. im bisherigen Umfang beibehielt.

Geraume Zeit später, am 12. April 1961, schrieb die Beklagte der Klägerin, aus der neuerlichen Gestaltung der Kollektion der Firma P. ergebe sich, daß die Klägerin gleichzeitig ein teilweise mit ihr konkurrierendes Unternehmen vertrete.

Die Beziehungen der Parteien wurden jedoch unverändert fortgesetzt.

Am 28. Januar 1964 schrieb die Beklagte der Klägerin, seit dem Abschluß des Vertretervertrages hätten sich die Verhältnisse in bezug auf die Firma P. wesentlich verändert. Deren Angebot scheine sich mehr und mehr in Richtung ihrer - der Beklagten - Produktion auszurichten. Um einen klaren Überblick zu erhalten, müsse sie darauf bestehen, daß die Klägerin ihr Einblick in ihre diesbezüglichen Verkaufsunterlagen gewähre.

Die Klägerin erwiderte am 5. Februar 1964, die Umstände, die bei Vertragsschluß vorgelegen hätten, hätten

sich nicht verändert. Die Erzeugnisse der Firma P[REDACTED] seien weder der Art noch der Preislage nach eine Konkurrenz für die Beklagte. Sie wolle die Firma P[REDACTED] jedoch bitten, ihre gesamte Kollektion, die sie - die Klägerin - vertreibe, durch die Beklagte ansehen zu lassen.

Bei einer Besprechung am 16. Februar 1964 eröffnete die Beklagte der Klägerin, sie müsse sich für eine der beiden Firmen entscheiden; wenn sie sich für die Beklagte entscheide, werde man ihr ein Verkaufsbüro in Berlin einrichten. Die Klägerin teilte jedoch am 18. Februar 1964 mit, daß sie die Vertretung der Firma P[REDACTED] nicht aufgeben wolle.

Die Beklagte kündigte darauf mit Schreiben vom 28. April 1964 das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1964. Sie wies zur Begründung darauf hin, es sei mit ihren Interessen nicht vereinbar und auch nach dem Vertrag nicht zulässig, daß die Klägerin zugleich ein Konkurrenzunternehmen vertrete, zu dem die Firma P[REDACTED] sich entwickelt habe. Diese sei inzwischen zur Eigenproduktion von Post- und Glückwunschkarten übergegangen und bediene zu einem wesentlichen Teil seit geraumer Zeit den gleichen Kundenkreis. Ferner bat die Beklagte die Klägerin, während der Restvertragsdauer ihren Nachfolger in den Berliner Kundenkreis einzuführen. Wenn das geschehen sei, werde sie ihr erlauben, die Arbeit schon vorzeitig bei voller Provisionszahlung bis zum Jahresende 1964 einzustellen.

Die Klägerin erklärte sich mit Schreiben ihres Verbandes vom 29. Mai 1964 einverstanden, den Nachfolger einzuarbeiten und ihre Tätigkeit vorzeitig einzustellen, sofern

man sich über die Ausgleichsentschädigung verständige; andernfalls müsse sie darauf bestehen, ihre Tätigkeit bis zum 31. Dezember 1964 auszuüben.

Darauf forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 5. Juni 1964 auf, ihre Tätigkeit für sie sofort einzustellen. Sie erklärte dazu, daß sie Provisionen nur noch bis Ende Mai 1964 zahlen werde, sie sei auch früher schon zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil die Klägerin gegen den § 7 des Vertrages verstoßen habe.

Die Klägerin hat mit der Klage zunächst Provisionsabrechnung und sodann Zahlung der Provisionen bis 31. Dezember 1964 in Höhe von 12.254,45 DM nebst Zinsen sowie Zahlung eines Ausgleichs beansprucht. Sie hält die fristlose Kündigung der Beklagten für rechtsunwirksam.

Die Beklagte hat demgegenüber ihre fristlose Kündigung als gerechtfertigt bezeichnet, insbesondere weil die Klägerin sie über die inzwischen eingetretene Konkurrenzsituation zwischen der Firma P. und ihr irregeführt und es abgelehnt habe, einen der beiden Verträge zu lösen. Die Weigerung der Klägerin, ihren Nachfolger einzuführen und dann ihre Tätigkeit vorzeitig einzustellen, habe eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehungen vollends unzumutbar gemacht.

Mit ihrer Widerklage verfolgt die Beklagte Schadensersatzansprüche, die sie aus der Tätigkeit der Klägerin für die Firma P. herleitet. Sie hat beantragt, die Klägerin zu verurteilen, ihr die Unterlagen (Rechnungskopien) über sämtliche seit Anfang 1960 von der Firma P. für die Klägerin in Berlin provisionspflichtig ausgeführten Aufträge

vorzulegen und ihr den sich daraus zu errechnenden Gewinnausfall zu erstatten.

Das Landgericht hat zunächst durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil die Beklagte verurteilt, der Klägerin Provisionsabrechnung bis zum 31. Dezember 1964 zu erteilen, und sodann durch weiteres Teilurteil die Beklagte zur Zahlung von 12.254,45 DM Provisionen nebst Zinsen verurteilt; die Widerklage hat es abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge weiter, die Klage abzuweisen, soweit das Oberlandesgericht ihr stattgegeben hat, und der Widerklage zu entsprechen. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht bejaht die Provisionsansprüche der Klägerin für die Zeit bis zum 31. Dezember 1964, weil die Beklagte mit Schreiben vom 28. April 1964 zum 31. Dezember 1964 gekündigt habe und ihrer am 5. Juni 1964 ausgesprochenen fristlosen Kündigung der wichtige Grund gefehlt habe.

I.

Das Berufungsgericht hat zunächst erörtert, ob die rechtskräftige Verurteilung der Beklagten zur Rechnungslegung auch Rechtskraftwirkung für den auf Grund der

Rechnungslegung erhobenen Zahlungsanspruch habe. Es hat die Frage verneint. Die Klägerin hat um Nachprüfung gebeten, ob das zu Recht geschehen sei.

Der Auffassung des Berufungsgerichts ist beizutreten. Der erkennende Senat hat in demselben Sinne schon wiederholt entschieden (vgl. die Urteile in WM 1957, 1190 und in NJW 1964, 2061).

Die im Anschluß an Zeuner, Objektive Grenzen der Rechtskraft 1959 (Seite 157 ff) auch von Blomeyer, Zivilprozeßrecht 1963 (§ 89 V 4 c) und von Baumbach-Lauterbach, ZPO 29. Auflage § 322 Anm. 4, befürwortete Erstreckung der Rechtskraft des den Beklagten zur Rechnungslegung verurteilenden Teilurteils auf den Grund des Zahlungsanspruchs ist mit den in der Rechtsprechung zu § 322 ZPO entwickelten Grundsätzen nicht vereinbar. Zweckmäßigkeitsgründe allein reichen dazu nicht aus. Es ist nicht einzusehen, daß dieser Fall anders beurteilt werden sollte als der eines Urteils über einen Teilanspruch. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen, die Rechtskraftwirkung könne keine andere sein, ob nun Hilfs- und Hauptanspruch in einem einzigen Rechtsstreit (Stufenklage) oder in zwei selbständigen Prozessen verfolgt würden.

Es ist daher an der überwiegend vertretenen Meinung festzuhalten, daß die Rechtskraft der Verurteilung zur Rechnungslegung sich nicht auf den Grund des Zahlungsanspruchs auswirkt. Die Entscheidung LM Nr. 8 zu § 537 ZPO, wonach das Berufungsgericht, wenn es den Rechnungslegungsanspruch im Gegensatz zur 1. Instanz für unbegründet erachtet, auch den dort anhängig gebliebenen Zahlungsanspruch an sich ziehen und abweisen kann, steht dem nicht

entgegen, wie Blomeyer meint. Das ist keine Frage der Rechtskraft, sondern eine solche der Prozeßwirtschaftlichkeit. Wenn das Berufungsgericht von der ihm zugebilligten Möglichkeit keinen Gebrauch macht, schafft seine Entscheidung keine Rechtskraft hinsichtlich des in der 1. Instanz anhängig gebliebenen Zahlungsanspruchs.

II.

Die Entscheidung in der Sache selbst kann das Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfen, nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats nur daraufhin, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt, ob er wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt, Erfahrungssätze verletzt hat oder ob ihm sonst gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind. Die Wertung der Einzelheiten des Falles durch das Berufungsgericht bindet das Revisionsgericht grundsätzlich.

Das angefochtene Urteil läßt einen Rechtsfehler der vorbezeichneten Art nicht erkennen.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, ein wichtiger Kündigungsgrund sei nur dann anzuerkennen, wenn dem Kündigenden bei Berücksichtigung aller Umstände eine Fortsetzung der vortraglichen Beziehungen auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.

1. Aus der Tätigkeit der Klägerin für die Firma Pahl hat es der Beklagten einen solchen wichtigen Grund nicht zugebilligt, weil die Beklagte davon Kenntnis gehabt und deswegen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum

31. Dezember 1964 nicht als unzumutbar empfunden habe, wie ihr erstes Kündigungsschreiben vom 28. April 1964 ergebe. Die Beklagte habe ferner selbst zumindest seit 1961 ein Wettbewerbsverhältnis zu der Firma P. ausdrücklich bejaht, wie ihr Schreiben vom 12. April 1961 zeige. Daß die Klägerin von der vorübergehenden Eigenproduktion der Firma P. und damit von einem Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 des Vertrages gewußt habe, habe die Beklagte nicht bewiesen.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Die dagegen von der Revision erhobenen Rügen greifen nicht durch.

a) Sie kann sich nicht darauf berufen, die Firma P. sei erst im Laufe der Geschäftsverbindung der Parteien zu einem echten Konkurrenzunternehmen für die Beklagte geworden, die Klägerin habe das noch mit Schreiben vom 5. Februar 1964 geleugnet. Das ist mit der Feststellung des Berufungsgerichts unvereinbar, die Beklagte habe schon seit 1961 selbst eine Konkurrenzsituation ausdrücklich bejaht. Erst recht ergibt sich das aus ihren Schreiben vom 28. Januar und 28. April 1964.

Es mag sein, daß die Beklagte erst später weitere Einzelheiten über die Produktion der Firma P. erfahren hat. Was sie nach dem Inhalt der vorgenannten Schreiben schon wußte, genügte aber für ihren Entschluß, sich durch fristgerechte Kündigung zum 31. Dezember 1964 von der Klägerin zu lösen. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht davon absehen, die Konkurrenzlage zwischen den beiden Firmen durch ein Sachverständigengutachten des näheren festzustellen.

b) Die Beklagte hätte daher am 5. Juni 1964 nur dann noch fristlos kündigen können, wenn ihr erst nach dem 28. April 1964 ein wichtiger Grund hierfür bekannt geworden wäre. Das ist aber weder nach den Feststellungen des Berufungsgerichts noch nach den Behauptungen der Beklagten selbst der Fall. Diese hätte näher darlegen müssen, welche wesentlichen neuen Umstände in bezug auf die Firma Pahl ihr erst nach dem 28. April 1964 bekannt geworden sein sollen. Sie vermag hierfür nur auf die Zeugenaussage des Inhabers dieser Firma hinzuweisen. Das Berufungsgericht brauchte dieser jedoch nicht zu entnehmen, daß die Beklagte hierdurch wesentlich Neues erfahren hat, was sie bei Abfassung ihres ersten Kündigungsschreibens noch nicht wußte oder mindestens in Rechnung stellte. Am 28. April 1964 hat sie schon geschrieben, die Firma P[REDACTED] habe eine Eigenproduktion aufgenommen und bediene seit geraumer Zeit zu einem wesentlichen Teil denselben Kundenkreis.

c) Die Revision meint, die Klägerin hätte sich entscheiden müssen, ob sie die Beklagte oder die Firma P[REDACTED] weiter vertreten wollte; dadurch, daß sie das unterlassen habe, habe sie einen wichtigen Kündigungsgrund gesetzt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin sich zwischen den beiden Firmen hätte entscheiden müssen, wenn die Beklagte nichts davon gewußt hätte, daß zwischen ihr und der Firma P[REDACTED] eine Konkurrenzlage eingetreten sei. Wie bereits erörtert, rechnete die Beklagte damit aber mindestens seit dem Jahre 1961.

Das Berufungsgericht hat andererseits nicht festzustellen vermocht, daß die Klägerin auf die Anfrage der Beklagten vom 12. April 1961 irreführend erwidert habe.

Es hält auch eine schuldhaft Irreführung der Beklagten durch die Klägerin in deren Schreiben vom 5. Februar 1964 nicht für bewiesen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht, nachdem die Beklagte selbst jahrelang die weitere Betätigung der Klägerin für die Firma P. hingenommen hatte, daraus, daß die Klägerin sich nicht von sich aus entschloß, ihre Beziehungen zu einer der beiden Firmen zu lösen, keinen wichtigen Kündigungsgrund für die Beklagte zu entnehmen.

d) Das Berufungsgericht konnte es auch ohne Rechtsfehler ablehnen, im Hinblick auf den § 7 des Vertrages etwas zum Nachteil der Klägerin aus der vorübergehenden Eigenproduktion der Firma P. zu folgern. Es hat schon eine Kenntnis der Klägerin davon nicht festzustellen vermocht. Dagegen hat die Revision keine Verfahrensrüge erhoben. Ist aber davon auszugehen, daß die Klägerin von einer Eigenproduktion der Firma P. nichts wußte, so konnte das Berufungsgericht ein Festhalten der Beklagten am Verträge als zumutbar ansehen, da die Firma P. zur Zeit der Kündigung den Betrieb einer eigenen Druckerei schon wieder eingestellt hatte. Der Beweisantrag im Schriftsatz vom 14. Juli 1966 Seite 4, dessen Übergehung die Revision rügt, betrifft die frühere Zeit.

e) Auch aus dem gleichzeitigen Besuch von Warenhäusern durch die Klägerin mit den Erzeugnissen beider Firmen brauchte das Berufungsgericht keinen wichtigen Kündigungsgrund für die Beklagte herzuleiten. Es konnte dabei berücksichtigen, daß die Klägerin zunächst nach § 6 des Vertrages für die

Beklagte Warenhäuser nicht besuchen durfte. Wenn die Beklagte sie dann nach und nach dazu ermächtigt hat, so mußte sie nach der bedenkenfreien Annahme des Berufungsgerichts damit rechnen, daß die Klägerin in den Warenhäusern auch Erzeugnisse der Firma P. vertrieb.

Der Vortrag der Revision zu diesem Punkt vermag die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht zu entkräften. Auch demgegenüber ist von entscheidender Bedeutung, daß die Beklagte mit der Konkurrenzlage zur Firma P. mindestens seit 1961 rechnete, aber außer ihrem Schreiben vom 12. April 1961 dagegen bis 1964 nichts weiter unternommen hat.

f) Hiernach braucht auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, die befristete Kündigung der Beklagten vom 28. April 1964 auf den 31. Dezember 1964 sei als Verzicht auf eine fristlose Kündigung anzusehen, nicht eingegangen zu werden.

2. Das Berufungsgericht findet einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung auch nicht darin, daß die Klägerin nicht bedingungslos mit der Einarbeitung des Nachfolgers und im Anschluß daran mit der vorzeitigen Einstellung ihrer Tätigkeit für die Beklagte einverstanden war, sondern nur unter der Voraussetzung, daß eine Verständigung über eine Ausgleichszahlung an sie zustandekomme.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Handelsvertreter auf Fortsetzung seiner Tätigkeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bestehen kann, sofern der Unternehmer ihm für den Fall vorzeitiger Einstellung der Arbeit Weiterzah-

lung der Provision bis zum Vertragsende zusichert (vgl. dazu Brüggemann in Großkommentar HGB § 89 Anm. 28; Schröder Recht der Handelsvertreter § 89 Anm. 32). Es mag auch unterstellt werden, daß die Klägerin mindestens in einem gewissen Umfang auf Wunsch der Beklagten zu einer Einführung des Nachfolgers verpflichtet gewesen wäre.

Die Revision meint, die Klägerin hätte die Einarbeitung des Nachfolgers nicht von der Zubilligung des Ausgleichs abhängig machen dürfen, die Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB hätten nicht vorgelegen. Die Klägerin hätte sich den Ausgleichsanspruch vorbehalten können.

Der Revision ist zwar zuzugeben, daß der Ausgleichsanspruch der Klägerin erst mit Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien, also am 31. Dezember 1964, entstehen konnte, demnach im Mai 1964 noch nicht fällig im Sinne des § 273 BGB war. Das Berufungsgericht brauchte trotzdem daraus, daß die Klägerin auf die Wünsche der Beklagten nur im Falle einer Verständigung über den Ausgleich eingehen wollte, den Umständen nach nicht zu folgern, daß die Fortsetzung des Vertrages bis zum 31. Dezember 1964 nunmehr für die Beklagte unzumutbar geworden sei. Diese hatte selbst früher auf diesen Zeitpunkt gekündigt, ohne damit zunächst die Forderung zu verbinden, die Klägerin müsse auf einen Ausgleich verzichten. Im Schreiben vom 14. Mai 1964 lehnte die Beklagte dann eine Ausgleichszahlung an die Klägerin rundweg ab. Damit hat sie sich ins Unrecht gesetzt; denn die angegebenen Gründe haben sich nicht als stichhaltig erwiesen. Unter diesen Umständen war die Klägerin berechtigt, ein Eingehen auf die Wünsche der Beklagten ohne gleichzeitige Verständigung über den Ausgleich abzulehnen.

3. Die Revision rügt ferner ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob nicht bei Würdigung aller Umstände ein wichtiger Kündigungsgrund vorgelegen habe. Dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, daß das Berufungsgericht eine Gesamtwürdigung nicht unterlassen hat. Es brauchte nach Lage der Sache deren Ergebnis nicht ausdrücklich näher darzulegen.

4. Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe nicht bedacht, daß die Kündigung der Beklagten vom 5. Juni 1964 mindestens zum 30. September 1964 gewirkt habe.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Zwar ist dem § 8 Abs. 2 des Vertrages in Verbindung mit der zwingenden Vorschrift des § 89 Abs. 2 HGB zu entnehmen, daß die Beklagte an sich am 5. Juni 1964 noch zum 30. September 1964 hätte kündigen können. Das war ihr aber bei der hier gegebenen Sachlage verwehrt, nachdem sie am 28. April 1964 erst zum 31. Dezember 1964 gekündigt und die Klägerin dem nicht widersprochen hatte. Weder enthielt das Schreiben der Beklagten vom 28. April 1964 einen Vorbehalt, doch noch auf einen früheren Zeitpunkt zu kündigen, noch brauchte die Klägerin aus dem Schreiben der Beklagten vom 5. Juni 1964 zu entnehmen, daß diese für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung jedenfalls eine ordentliche Kündigung zum 30. September 1964 aussprechen wolle. Nachdem die Beklagte früher den 31. Dezember 1964 als Endzeitpunkt der vertraglichen Beziehungen bezeichnet hatte, hätte sie einen solchen Willen der Klägerin gegenüber deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Für diese lag eine solche Annahme fern. Sie konnte sich, da die fristlose Kündigung

der Beklagten als rechtsunwirksam außer Betracht zu lassen ist, weiterhin auf das ihr von der Beklagten mitgeteilte Vertragsende am 31. Dezember 1964 verlassen.

Die Beklagte selbst hat auf die Möglichkeit einer Beendigung des Vertragsverhältnisses zum 30. September 1964 erstmals in der Revisionsbegründung hingewiesen. Deshalb konnte auch das Berufungsgericht diese Möglichkeit ohne Rechtsfehler unberücksichtigt lassen.

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Beklagte sich auf ihr nach dem 28. April 1964 bekannt gewordene wesentliche neue Umstände hätte berufen können. Das ist aber nach den vorstehenden Ausführungen nicht der Fall.

5. Der Beklagten steht hiernach auch kein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zu. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht eine wirksame Aufrechnung der Beklagten verneint und die Widerklage abgewiesen.

Daß übrigens der § 61 HGB im Verhältnis zwischen Unternehmer und Handelsvertreter nicht anwendbar ist, ist auch die Meinung der Revision. Der erkennende Senat hat das in seinem Urteil vom 23. Januar 1964 LM Nr. 1 zu § 61 HGB ausgesprochen.

III.

Nach alledem ist die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Bundesrichter Meyer
ist erkrankt und kann
deshalb nicht unter-
schreiben

Finke

Glanzmann