

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 37/71

URTEIL

Verkündet am

4. Mai 1972

■, ■,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastwirts Max K ■, W ■/B ■,
Gasthaus "Z ■ S ■", O ■straße ■,

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

gegen

die Brauerei Ernst R ■, Inhaberin Frau Hilda R ■,
L ■ im S ■,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Mai 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Dr. Finke, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg - vom 7. Januar 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte verkaufte seit 1960 Bier der Klägerin in seiner Gastwirtschaft. Gemäß dem "Bierlieferungsvertrag" vom 14. September 1963 vertrieb er daneben im Auftrag und Namen der Klägerin auf Provisionsbasis deren Bier zum Genuß außerhalb seiner Gaststätte.

Im Frühjahr 1967 äußerte der Beklagte den Wunsch, diese Vertretung abzugeben. Nachdem der Kraftfahrer O. sich bereit erklärt hatte, für die "Übergabe der Kundschaft", den Bierablagerraum und für einen Wohnraum

- 3 -

im Hause des Beklagten monatlich 500,-- DM an die Klägerin zu zahlen, schloß diese am 7. April 1967 mit dem Beklagten und seiner Ehefrau eine Vereinbarung folgenden Wortlauts:

- "1. Die Eheleute K. ... übergeben am 10. April 1967 die von ihnen geführte Bierablage, die sie bis heute als Provisionsvertreter der Brauerei R. L., geführt haben, an Brauerei Ernst R. in L., ab. Die Eheleute K. verpflichten sich, die gesamte Kundschaft zu übergeben und mindestens zweimal die Kundschaft abzufahren und Herrn O. einzuführen.
2. Für die Übergabe der vorgenannten Bierablage mit Kundschaft und dem bisher Bierablagerraum zuzüglich einem Wohnraum verpflichtet sich die Brauerei Ernst R. in L., eine monatliche Pacht von DM 500,-- zu entrichten, welche am 1. eines jeden Monats fällig wird.

Dieser Betrag wird an der bestehenden Bierschuld der Eheleute K. gutgeschrieben.
3. Die Vereinbarung gilt für beide Parteien auf die Dauer von 5 Jahren, ab 10. April 1967 verpflichten sich die Eheleute K., auf die Dauer von 5 Jahren keine bisherigen Kunden zu besuchen bzw. für andere Brauereien abzuwerben."

.....

Der Beklagte und seine Ehefrau schuldeten der Klägerin zu dieser Zeit aus Darlehen und Bierlieferungen zusammen 33.231,35 DM.



Anfang Juni 1967 kündigte O[REDACTED] den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag mit der Begründung, der Beklagte mache ihm vertragswidrig Konkurrenz, er könne deshalb nicht genügend Bier verkaufen und die Pachtsumme nicht aufbringen. Darauf schrieb die Klägerin dem Beklagten am 5. Juni 1967, da er sich nicht an die Vereinbarung vom 7. April 1967 halte, sehe sie sich veranlaßt, diese ebenfalls nicht einzuhalten.

In der Folgezeit versah auf Wunsch der Klägerin zunächst die Tochter des Beklagten den Biervertrieb weiter. Anfang August 1967 machte der Beklagte für eine Übernahme der Biervertretung den Kraftfahrer Z[REDACTED] ausfindig, der aber nur 200,-- DM Pacht monatlich zahlen wollte. Auch dieser gab den Biervertrieb bald vor Abschluß eines schriftlichen Vertrages mit der Klägerin wieder auf, nach der Angabe der Klägerin in ihrem Schreiben vom 18. September 1967, weil der Beklagte einen Teil der Kundschaft ohne ihr - der Klägerin - Wissen und ohne Z[REDACTED] davon in Kenntnis zu setzen, anderweitig vergeben habe.

Die Klägerin hat den Beklagten auf Bezahlung der Schuld in Höhe von 33.231,35 DM nebst Zinsen verklagt.

Sie hat dazu vorgetragen: Durch ihre fristlose Kündigung sei die Vereinbarung vom 7. April 1967 weggefallen, die Schuld des Beklagten daher fällig geworden. Sie sei zu der fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil der Beklagte vertragswidrig die Kundschaft in erheblichem Umfang weiterbeliefert, Oberst auch kein bewohnbares Zimmer zur Verfügung gestellt und dieser deshalb den

Vertrag mit ihr gekündigt habe. Ferner habe der Beklagte später einen Teil der Kundschaft hinter dem Rücken von Zäh dem Getränkehändler R. übergeben.

Der Beklagte hat bestritten, sich vertragswidrig verhalten und der Klägerin einen wichtigen Grund zur Kündigung des Abkommens vom 7. April 1967 gegeben zu haben. Er hat ferner geltend gemacht, der Vertrag sei überhaupt nicht kündbar, da er hauptsächlich eine auf dem § 89 b HGB beruhende Ausgleichsregelung enthalte. Er hat gegen die Klageforderung auch mit seinen sich aus der Vereinbarung vom 7. April 1967 ergebenden Ansprüchen auf Gutschrift von monatlich 500,-- DM aufgerechnet. Vorsorglich hat er weiter mit einem Gegenanspruch in Höhe von 1.309,25 DM aufgerechnet; in dieser Höhe habe er im Jahre 1961 Renovierungskosten für seine Gastwirtschaft aufgewendet, deren Erstattung die Klägerin ihm versprochen habe.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen den Beklagten zur Zahlung von 30.564,35 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

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

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Vereinbarung vom 7. April 1967 enthalte keine unkündbare Ausgleichsregelung, sondern ein langfristiges Dauerschuldverhältnis eigener Art, das die Klägerin aus wichtigen Gründen fristlos habe kündigen können. Da der Beklagte den Handelsvertretervertrag vom 14. September 1963 gekündigt habe, ohne daß die Klägerin ihm hierzu begründeten Anlaß gegeben habe, habe ihm kein Ausgleichsanspruch zugestanden und die Klägerin auch keinen Anlaß gehabt, mit ihm einen Ausgleich zu vereinbaren.

1. Der Revision ist zuzugeben, daß die Verneinung eines Ausgleichsanspruchs des Beklagten durch die bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gerechtfertigt wird. Im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 2) heißt es lediglich, der Beklagte habe im Frühjahr 1967 den Wunsch geäußert, die Bierniederlage abzugeben. Darin ist keine Kündigung des Beklagten zu finden. Die Parteien haben vielmehr durch die Vereinbarung vom 7. April 1967 einverständlich das zwischen ihnen bestehende Handelsvertreterverhältnis aufgehoben. Wie der erkennende Senat in BGHZ 52, 12 ausgesprochen hat, wird ein Ausgleichsanspruch eines Handelsvertreters nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Vertragsverhältnis auf seine Initiative hin durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Unternehmer aufgehoben wird. Es ist also davon auszugehen, daß dem Beklagten, der gemäß dem Vertrag vom 14. September 1963 das Bier der Klägerin außerhalb seiner Gastwirtschaft als deren Handelsvertreter vertrieb, unter den Voraussetzungen des § 89 b HGB

bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Ausgleichsanspruch gegen die Klägerin zustand und daß die Vereinbarung vom 7. April 1967 ersichtlich auch dessen Abgeltung dienen sollte.

2. Das schließt aber entgegen der Annahme der Revision nicht aus, daß die Klägerin diese Vereinbarung aus wichtigem Grund fristlos kündigen konnte, sofern ihr ein Festhalten daran nicht mehr zuzumuten war. Mit Recht sieht das Berufungsgericht in der Vereinbarung die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses, das nach allgemein anerkannter Auffassung aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, auch wenn die Parteien dies nicht ausdrücklich vorgesehen haben (vgl. dazu die Urteile des Senats in BGHZ 29, 171, 172 und 41, 104, 108). Beide Parteien haben einander in der Vereinbarung auf Dauer (5 Jahre) vorgesehene Leistungen versprochen. Der Annahme eines Dauerschuldverhältnisses steht nicht entgegen, daß die Vereinbarung, wie bereits erwähnt, auch die Abgeltung eines Ausgleichsanspruchs des Beklagten und nach der Annahme des Berufungsgerichts ferner eine Wettbewerbsabrede gemäß § 90 a HGB enthält. Welche Folgen der Wegfall der Vereinbarung auf den Ausgleichsanspruch und die Wettbewerbsabrede hat, wird später zu erörtern sein.

3. Zunächst ist zu entscheiden, ob dem Berufungsgericht darin beizutreten ist, daß die Klägerin die Vereinbarung aus wichtigem Grund fristlos kündigen konnte. Das ist zu bejahen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu enthalten weder einen Rechtsfehler noch einen Verstoß gegen Erfahrungssätze; sie lassen auch nicht erhebliche Umstände unberücksichtigt. Im übrigen bindet die Würdigung des Sachverhalts durch den Tatrichter das Revisionsgericht.

a) Das Berufungsgericht hat zunächst festgestellt, daß der Beklagte der Vereinbarung zuwider gehandelt habe, indem er durch Belieferung von früheren Kunden mit Kastensbier den Biervertrieb von O. gestört und ferner diesem ein Zimmer zur Verfügung gestellt habe, in dem es durch das schadhafte Dach in das Bett geregnet habe. Infolgedessen sei es zur Auflösung des Vertrages zwischen der Klägerin und O. gekommen.

Die Revision meint, diese Feststellungen reichten nicht aus, um ein Festhalten der Klägerin an der Vereinbarung vom 7. April 1967 als ihr unzumutbar erscheinen zu lassen. Mit ihren in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen hat sie aber keinen Erfolg.

aa) Der Tatrichter konnte aus der eingehenden Beweisaufnahme die Überzeugung gewinnen, daß der Beklagte in mehreren Fällen frühere Kunden weiter beliefert hat. Es bedurfte dazu nicht der Feststellung der Namen der einzelnen Kunden und der Menge des ihnen gelieferten Bieres. Entscheidend ist, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts diese Bierlieferungen des Beklagten mitursächlich dafür waren, daß O. den mit der Klägerin vereinbarten Pachtzins nicht zahlen konnte und damit eine wesentliche Voraussetzung für die Durchführung des Abkommens vom 7. April 1967 entfiel (vgl. die Zeugenaussage Oberst).

bb) Die Revision kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Klägerin hätte die Kündigung nicht ohne vorherige Abmahnung aussprechen dürfen. Eine solche Abmahnung ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme

erfolgt. Das Berufungsgericht brauchte das in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich zu erwähnen. Die Bekundungen der Ehefrau und der Tochter des Beklagten sind berücksichtigt, wie ihre Erwähnung in den Entscheidungsgründen (S. 10 unten 11 oben) ergibt. Das Berufungsgericht brauchte ihnen aber im Hinblick auf das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zu folgen, konnte sich deshalb auch mit der Feststellung begnügen, die Verkäufe an Selbstabholer könnten nicht alle mit Oberst abgerechnet worden sein (vgl. auch dazu die Aussage Oberst).

cc) Die Revision weist darauf hin, Oberst habe nach der eigenen Feststellung des Berufungsgerichts (S. 11) sich nicht genügend für den Biervertrieb eingesetzt und einzelne Kunden nicht regelmäßig beliefert; möglicherweise habe der Beklagte gerade die Kunden beliefert, die O. nicht besucht habe, und damit der Klägerin diese Kunden gerade erhalten.

Dem ist nicht zu folgen. Dem Urteil ist insgesamt eindeutig zu entnehmen, daß O. und die Klägerin selbst mit den Bierlieferungen des Beklagten nicht einverstanden waren und daß die dadurch eingetretene Umsatzminderung bei O. wesentlich mitursächlich für dessen Ausscheiden war.

dd) Die Revision macht ferner geltend, das schadhafte Dach über dem O. zur Verfügung gestellten Zimmer könne dem Beklagten nicht zur Last gelegt werden, er habe den Dachdecker bestellt, dieser sei aber nicht gekommen. Auch damit hat sie keinen Erfolg. Der Beklagte

hatte auf Grund der Vereinbarung vom 7. April 1967 O [REDACTED] einen in ordnungsmäßigem Zustand befindlichen Wohnraum zur Verfügung zu stellen. Wenn er dazu nicht im Stande war, hätte er die Verpflichtung nicht eingehen dürfen (vgl. dazu §§ 537, 538, 542 BGB). Im übrigen setzt die Berechtigung der Klägerin zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund kein schuldhaftes Verhalten des Beklagten voraus.

ee) Weiter beruft die Revision sich darauf, die Klägerin habe selbst aus den gegen den Beklagten im Verhältnis zu O [REDACTED] erhobenen Vorwürfen keine Folgerung gezogen. Das verkennt auch das Berufungsgericht nicht. Es sagt (S. 11), die Klägerin habe die wegen des Ausscheidens von O [REDACTED] ausgesprochene Kündigung als nicht geschehen behandelt, nachdem Zäh als Nachfolger von O [REDACTED] eingetreten sei. Es konnte aber die vorerörterten Vorwürfe bei der Würdigung des späteren Verhaltens des Beklagten unterstützend berücksichtigen.

b) Das Berufungsgericht (S. 11) hält nicht mit der erforderlichen Sicherheit für bewiesen, daß der Beklagte durch eigenmächtige Belieferung von Kunden dem Zäh Konkurrenz gemacht habe. Es sieht aber eine weitere Vertragsverletzung des Beklagten darin, daß seine Tochter mit seiner Billigung den Getränkehändler R [REDACTED] bei den Kunden in den Orten Öflingen und Brennet eingeführt habe, wodurch es dazu gekommen sei, daß auch Z [REDACTED] kein Interesse an der Weiterführung der Biervertretung mehr gehabt habe.

aa) Das Berufungsgericht sagt in diesem Zusammenhang (S. 11/12), der Beklagte habe seine Behauptung nicht beweisen können, der Verkaufsleiter K. der Klägerin habe vorher R. fest zugesagt, er dürfe diese Kunden beliefern. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe hierbei dem Beklagten die Beweislast aufgebürdet. Dieses hat den für das Bestehen eines wichtigen Kündigungsgrundes von der Klägerin zu führenden Beweis durch die eidlichen Bekundungen von Kästel sowie durch die Erklärungen von R. bei seiner zweiten Vernehmung als erbracht angesehen. Demgegenüber hätte der Beklagte den Gegenbeweis für die Richtigkeit seiner Sachdarstellung führen müssen.

bb) Das Berufungsgericht ist ferner der Auffassung (S. 12), der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, er habe in gutem Glauben gehandelt und den Angaben von Rogg vertraut, der es ihm gegenüber so hingestellt habe, als sei ihm eine feste Zusage von K. erteilt worden; selbst wenn dies zuträfe, läge eine Vertragsverletzung des Beklagten vor, weil er sich nicht mit der Klägerin in Verbindung gesetzt habe, bevor er R. bei den Kunden habe einführen lassen. An den Inhalt eines angeblich darüber mit der Klägerin geführten Telefongesprächs und seinen Gesprächspartner bei der Klägerin habe er sich nicht erinnern können.

Die Revision meint, wenn der Beklagte, wie das Berufungsgericht unterstelle, in gutem Glauben gehandelt habe, könne seine wenn auch unangebrachte Vertrauensseligkeit das Vertrauen der Klägerin zu ihm nicht zerstört haben. Es handelt sich aber bei der Unterstel-

lung guten Glaubens des Beklagten nur um eine Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, wie die Wendung "selbst wenn dies zuträfe" ergibt. Auf diese kommt es nicht an, da die Hauptbegründung, der ein vorsätzliches vertragswidriges Verhalten des Beklagten zu entnehmen ist, die Entscheidung trägt.

Es ist auch entgegen der Annahme der Revision kein Rechtsfehler, insbesondere kein Verstoß gegen Beweislastgrundsätze, wenn das Berufungsgericht die Tatsache, daß der Beklagte über den Inhalt eines angeblich mit der Klägerin geführten Telefongesprächs und die Person des Gesprächspartners keine Angaben machen konnte, zu seinen Ungunsten gewertet hat. Es handelt sich auch insoweit um einen gegenüber den Bekundungen von Kästel und Rogg vom Beklagten zu führenden Gegenbeweis.

cc) Die von der Revision noch erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet.

c) Nach dem Vorstehenden hat der Beklagte durch vertragswidriges Verhalten mindestens eine wesentliche Ursache dafür gesetzt, daß die Klägerin nicht weiter, wie in der Vereinbarung vom 7. April 1967 vorgesehen, die bisherige Biervertretung des Beklagten durch einen Pacht zahlenden Nachfolger ausüben lassen konnte. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht (S. 13) ohne Rechtsirrtum ein weiteres Festhalten an der Vereinbarung als der Klägerin unzumutbar und sie als zu deren fristloser Kündigung befugt ansehen.

4. Mit Recht hat das Berufungsgericht (S. 14) auch angenommen, daß mit der Kündigung der Klägerin die in der Vereinbarung entstandene Stundungsabrede weggefallen und die Klageforderung in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe fällig geworden ist.

Weggefallen ist damit auch die in der Vereinbarung niedergelegte Wettbewerbsabrede und die Zusage der Klägerin, dem Beklagten aus ihr zufließenden Pachtzahlungen monatlich 500,-- DM auf seine Schuld gutzuschreiben.

5. Einer besonderen Prüfung bedarf jedoch die Rechtslage hinsichtlich der in der Vereinbarung vom 7. April 1967 enthaltenen Ausgleichsregelung.

a) Der Beklagte hat zwar einen ihm nach seiner Auffassung zustehenden Ausgleichsanspruch nicht ausdrücklich zur Aufrechnung gestellt. Er hat auch im zweiten Rechtszug anders als im ersten nicht mehr mit einem angeblichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung der Klägerin um den Wert des Kundenkreises in Höhe von etwa 30.000 DM aufgerechnet (BU 5, 6). Er hat aber gegen die Klageforderung mit seinen monatlichen Ansprüchen auf Gutschrift von 500 DM gemäß der Vereinbarung vom 7. April 1967 aufgerechnet. Diese Ansprüche stehen ihm wie bereits erörtert nach der Kündigung der Vereinbarung nicht mehr zu. Das Prozeßverhalten des Beklagten ist aber dahin zu verstehen, daß er an deren Stelle auch einen ihm etwa kraft Gesetzes zustehenden Ausgleichsanspruch zur Aufrechnung stellen will.

b) Die Parteien haben offenbar bei Abschluß der Vereinbarung an den nunmehr eingetretenen Fall, daß diese infolge der Kündigung durch einen Vertragsteil entfallen könnte, nicht gedacht und daher für diesen Fall keine Regelung hinsichtlich eines Ausgleichsanspruchs des Beklagten getroffen. Es liegt also insoweit eine Lücke in den vertraglichen Vereinbarungen vor, die durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen ist.

Da das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch des Beklagten von vornherein verneint hat, brauchte es von seinem Standpunkt aus eine solche Auslegung nicht vorzunehmen. Dem Revisionsgericht ist daher eine abschließende Prüfung aller hierbei in Betracht kommenden Umstände nicht möglich; es bedarf insbesondere noch einer Stellungnahme der Parteien dazu. Die diesbezügliche Prüfung ist daher dem Berufungsgericht zu überlassen.

c) Nach den in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätzen bestimmt sich eine ergänzende Vertragsauslegung danach, wie die Parteien die Lücke in ihren Vereinbarungen bei redlichem Verhalten und vernünftiger Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben geschlossen hätten (vgl. dazu z.B. BGHZ 12, 337 und 16, 71, 75 ff). Für die Ermittlung des Willens der Parteien bietet sich hier insbesondere der Blick auf die in § 89 b HGB enthaltene gesetzliche Ausgleichsregelung an. Es wird nicht ohne weiteres davon auszugehen sein, daß nach dem verständigen Willen beider Parteien, insbesondere auch des Beklagten, jedes schuldhaft Verhalten des Beklagten in

Bezug auf seine Verpflichtungen aus der Vereinbarung vom 7. April 1967 den Ausgleichsanspruch ganz ausschließen sollte. Nach § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB entfällt ein Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, weil das in diesem Rechtsstreit dem Beklagten von der Klägerin vorgeworfene Verhalten zeitlich nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses liegt. Andererseits liegt es nahe, daß nach dem bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden Willen der Parteien das Verhalten des Beklagten, das nach den vorstehenden Ausführungen die Klägerin zur fristlosen Kündigung der Vereinbarung vom 7. April 1967 berechtigt hat, für die Frage, ob dem Beklagten noch ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch zusteht, von Bedeutung sein kann. Es braucht aber nicht zu dessen völliger Ausschließung zu führen, insbesondere wenn der Klägerin die vom Beklagten geworbenen Kunden weitgehend erhalten geblieben sein sollten. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung wird auch zumal im Hinblick auf den § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB eine Billigkeitsprüfung in Betracht kommen.

d) Sollte das Berufungsgericht zu der Überzeugung kommen, daß dem Beklagten nach Wegfall der Vereinbarung vom 7. April 1967 durch die Kündigung der Klägerin ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch verblieben ist, so wird dessen Höhe im übrigen in unmittelbarer Anwendung der Vorschriften des § 89 b HGB zu bestimmen sein. Es fehlt auch dazu bisher an tatsächlichen Feststellungen. Es fehlt auch an Anhaltspunkten für den Höchstbetrag des

in Betracht kommenden Ausgleichs gemäß § 89 b Abs. 2 HGB. Dem Revisionsgericht ist es daher nicht möglich zuverlässig festzustellen, daß die Klageforderung zu einem bestimmten Teilbetrag auf jeden Fall begründet ist, weil der Ausgleichsanspruch des Beklagten eine gewisse Höhe keinesfalls übersteigen könnte.

Das angefochtene Urteil muß daher in vollem Umfang aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung über einen Ausgleichsanspruch des Beklagten an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Bei Bemessung des Ausgleichs wird gegebenenfalls auch zu berücksichtigen sein, daß nach dem insoweit rechtskräftig gewordenen Urteil des Landgerichts ein Betrag von 2.667 DM von der Klageforderung abgesetzt worden ist, der jedenfalls zu einem Teil als Ausgleichsleistung gemäß § 89 b HGB anzusehen sein wird.

6. Die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Beklagten in Höhe von 1.309,25 DM hat das Landgericht nach § 279 ZPO zurückgewiesen. Das Berufungsgericht hat diese Aufrechnung in Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO als nicht sachdienlich nicht zugelassen.

Auf die dagegen gerichtete Revisionsrüge braucht nicht eingegangen zu werden. Dem Beklagten ist es unbenommen, bei der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf diese Aufrechnung zurückzukommen und seinen

Vortrag dazu soweit zu ergänzen, daß über die Aufrechnung sachlich entschieden werden kann.

Rietschel

Vogt

Finke

Girisch

Meise