

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 529

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bereits
im ersten Rechtszug erklärte Aufrechnung in der Be-
rufungsinstanz als neue Einwendung nach § 529 Abs. 5 ZPO
unberücksichtigt bleiben kann.

BGH, Urt. v. 10. Juli 1975 - III ZR 16/74 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 16/74

URTEIL

Verkündet am

10. Juli 1975

Schorm,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Karl S [REDACTED], O [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],
2. der Karl S [REDACTED] KG, vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Karl S [REDACTED],
O [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Josef P [REDACTED], M [REDACTED],
Hans-Sa [REDACTED]-Straße [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Karl P [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1975 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kreft sowie die Richter Gähtgens, Dr. Krohn, Dr. Tidow und Kröner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das den Parteien an Verkündungs Statt am 25. Oktober 1973 zugestellte Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. Oktober 1973 wird zurückgewiesen.

Jedoch tragen von den Kosten des gesamten Rechtsstreits der Beklagte zu 1) 5/7, die Beklagten als Gesamtschuldner 2/7.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger gewährte dem Beklagten zu 1)
- im folgenden: der Beklagte - aufgrund eines schriftlichen Vertrages vom 23. November 1970 ein von ihm durch Aufnahme eines Bankkredits beschafftes Darlehen in Höhe von 100.000 DM. Der Beklagte verpflichtete sich, das Darlehen zu sichern und die für den Bankkredit anfallenden



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



Zinsen und Spesen zu zahlen. Außerdem räumte er dem Kläger das Recht ein, sich an einer noch zu gründenden Gesellschaft zur Herstellung und zum Vertrieb einer von ihm erfundenen Umwälzpumpe für Heizungsanlagen zu beteiligen.

In der Zeit zwischen dem 9. Januar und dem 29. März 1971 erhielt der Beklagte aufgrund mündlicher Vereinbarungen vom Kläger weitere Darlehen über insgesamt 172.768,41 DM. Ferner liess der Kläger, wiederum ohne schriftliche Abmachungen, dem Beklagten und der als Beklagte zu 2) in Anspruch genommenen Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte ist - im folgenden: der Gesellschaft -, zwischen dem 16. Dezember 1970 und dem 24. Juli 1971 insgesamt 102.658,05 DM. Die Sicherung des Darlehens über 100.000 DM unterblieb.

Mit dem an den Beklagten gerichteten Schreiben vom 22. September 1972 kündigte der Kläger sämtliche Darlehen "fristlos per sofort". Der Beklagte schuldete für die ihm allein gewährten Darlehen noch 240.092,57 DM. Von den übrigen Darlehen war nichts getilgt worden.

Der Kläger hat vorgetragen: Er habe die Gelder wegen der geplanten Beteiligung an der Gesellschaft gegeben. Der Beklagte habe aber nicht daran gedacht, ihn als Gesellschafter aufzunehmen. Die Beklagten hätten trotz Mahnungen die für alle Darlehen vereinbarten banküblichen Zinsen nicht gezahlt. Er habe deshalb die Zinsen

für die zur Beschaffung der Darlehen aufgenommenen Bankkredite in Höhe von 11 und 13,5 % p.a. aus eigenen Mitteln entrichten müssen, um die ihm von den Banken angedrohte Zwangsvollstreckung zu vermeiden. Am 15. Juni 1972 habe man sich schließlich auf die Rückzahlung aller Darlehen zum 30. September 1972 geeinigt. Seit dem 1. September 1972 habe der Beklagte jegliche Zahlungen verweigert. Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 240.092,57 DM, und beide Beklagte zur Zahlung von 102.658,05 DM, jeweils nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten haben eingewandt, der Kläger sei nur deshalb nicht Gesellschafter geworden, weil er nicht gewußt habe, was er wolle. Er sei nicht zur Kündigung der Darlehen berechtigt, weil für sie eine Laufzeit von fünf Jahren vereinbart worden sei, der Beklagte das Darlehen über 100.000 DM lt. der vorgelegten Quittung am 16. August 1972 zurückgezahlt habe und die übrigen Darlehen unverzinslich gewesen seien.

Die Beklagten haben ferner die Aufrechnung erklärt, der Beklagte mit einer Werklohnforderung über insgesamt 19.810,52 DM für den Einbau einer Heizungsanlage, beide Beklagten mit einer Schadensersatzforderung. Zu dieser letzteren Forderung haben sie vorgetragen, sie hätten einen Vorvertrag über den Vertrieb der von dem Beklagten erfundenen Umwälzpumpe geschlossen. Der Kläger habe nach dem ihm günstigen landgerichtlichen Urteil zu ihren Vertragspartnern geäußert, jetzt gehörten die Patente des

Beklagten ihm. Deshalb sei es nicht mehr zum Abschluß eines Hauptvertrages gekommen. Dadurch seien ihnen neben der Lizenzgebühr in Höhe von 100.000 DM auch die für jede verkaufte Pumpe zu zahlende Gebühr von 20 DM entgangen. Dieser Schaden übersteige die Forderung des Klägers,

Der Kläger hat der Berücksichtigung der Aufrechnung widersprochen, weil sie verspätet und nicht sachdienlich sei, die Werklohnforderung der Höhe nach bestritten und auf Darlehenszinsen angerechnet und schließlich das weitere Vorbringen zur Aufrechnung ganz bestritten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist bis auf einen Teil der Zinsforderung erfolglos geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgen die Beklagten ihre Anträge auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat das an den Beklagten gerichtete Kündigungsschreiben des Klägers vom 22. September 1972 auf die beiden Beklagten gewährten Darlehen bezogen und die Kündigung wegen eines

Verzuges der Beklagten mit der Zinszahlung, der unterbliebenen Sicherung des Darlehens über 100.000 DM und eines dringenden Eigenbedarfs des Klägers als begründet angesehen.

Diese Auffassung hält der von der Revision erhobenen allgemeinen Sachrüge stand.

1. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Schreibens vom 22. September 1972 begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Es ist mit seinem Inhalt vereinbar, es auf die beiden Beklagten gewährten Darlehen zu beziehen.

Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizutreten, daß Darlehen als Dauerschuldverhältnisse auch ohne dahingehende Vereinbarungen aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden können (BGH, Urt. v. 16. Dezember 1968 - III ZR 151/66, WM 1969, 335, 336). Eine mangelnde Sicherung, ein Zinsverzug und ein dadurch ausgelöster Eigenbedarf des Gläubigers können allein oder zusammen Umstände sein, die eine vorzeitige Kündigung rechtfertigen (vgl. die Beispiele bei Palandt/Putzo, BGB 34. Aufl. § 609 Anm. 4).

2. Solche Kündigungsgründe haben am 22. September 1972 wegen aller Darlehen bestanden.

a) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte die nach Nr. 2 des Vertrages über das Darlehen von 100.000 DM unstreitig zu entrichtenden Zinsen zuletzt im Mai 1972 gezahlt. Er befand sich also seitdem mit der Zinszahlung in Verzug.

Ob und wann ein solcher Verzug des Darlehensnehmers mit der Zinszahlung zur Fälligkeit des Darlehens führt, bestimmt sich in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen. Ist darüber, wie es hier der Fall gewesen ist, ausdrücklich nichts abgemacht worden, so hängt es von den Umständen ab, ob der Gläubiger das Kapital deswegen sofort zurückverlangen kann. Ihnen hat das Berufungsgericht hier ohne Rechtsirrtum entnommen, daß der Kläger zur fristlosen Kündigung des Darlehens berechtigt gewesen ist.

Dazu kommt es nicht darauf an, ob das Darlehen, wie der Kläger behauptet hat, auf unbestimmte Zeit, oder, wie der Beklagte vorgetragen hat, für eine feste Laufzeit von fünf Jahren gewährt worden ist. Der Gläubiger braucht das verliehene Geld dem Schuldner nicht weiter zu belassen, wenn dieser das für ein Darlehen als Dauerschuldverhältnis besonders wesentliche Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragspartnern so schwer zerrüttet hat, daß dem Gläubiger nicht mehr zugemutet werden kann, weiter zum Vertrag zu stehen. Einen dahingehenden Sachverhalt hat das Berufungsgericht ohne Angriff der Revision festge-

stellt. Das Darlehen über 100.000 DM war mit 11 % jährlich zu verzinsen. Der Beklagte geriet für mehr als 1/4 Jahr, also mit einem Betrag von mehr als 2.750 DM mit der Zinszahlung in Verzug. Er reagierte auf mehrfache Mahnungen nicht. Schließlich lehnte er jegliche Zahlungen ab. Das führte dazu, daß der Kläger nunmehr, wie der Beklagte wußte, den zur Beschaffung des Darlehens aufgenommenen Bankkredit aus eigenen Mitteln bedienen mußte, um eine Zwangsvollstreckung aus der von ihm dafür bestellten Sicherheit in sein Vermögen zu vermeiden. Da der Beklagte die von ihm versprochene Sicherheit nicht bestellt hatte, konnte der Kläger auch nicht damit rechnen, durch deren Verwertung zu seinem Geld zu kommen.

b) Aufgrund dieses Verhaltens des Beklagten war der Kläger am 22. September 1972 selbst dann auch zur Kündigung der weiteren Darlehen berechtigt, wenn es insoweit, wie das Berufungsgericht unterstellt hat, nicht zu einer Einigung über die Zahlung der vom Kläger verlangten banküblichen Zinsen gekommen ist. Es ist dafür auch unerheblich, ob dem Kläger insoweit wenigstens Zinsen nach § 354 Abs. 2 HGB zugestanden haben. Auch ein unverzinsliches Darlehen kann fristlos gekündigt werden, wenn dem Gläubiger wegen des Verhaltens des Schuldners nicht mehr zugemutet werden kann, diesem das Geld weiter zu belassen.

Das unter a) gewürdigte Verhalten des Beklagten kann nicht allein auf das ihm zuerst gewährte Darlehen über 100.000 DM bezogen und damit gleichsam isoliert be-

trachtet werden. Auch die ihm und der Gesellschaft später überlassenen Darlehen waren nicht dinglich gesichert. Für die Überlassung dieser Gelder kam es danach ebenfalls entscheidend darauf an, ob der Kläger auf die geschäftliche Zuverlässigkeit der Beklagten vertrauen konnte. Nachdem der Beklagte diese Grundlage für die beiderseitigen Beziehungen durch das schon gewürdigte Verhalten tiefgehend erschüttert hatte, brauchte der Kläger dem Beklagten auch die über 100.000 DM hinaus geliehenen Gelder nicht weiter zu belassen. Auch insoweit kommt es daher nicht auf die Einwendung der Beklagten an, die Darlehen seien für eine feste Laufzeit von fünf Jahren gewährt worden.

Hiernach kann offen bleiben, ob ein dringender Eigenbedarf des Klägers ebenfalls die Kündigung der Darlehen gerechtfertigt hat.

II.

Das Berufungsgericht ist im Ergebnis mit Recht davon ausgegangen, daß der Beklagte das ihm am 23. November 1970 gewährte Darlehen über 100.000 DM bis auf einen Betrag von 2.792,84 DM noch nicht zurückgezahlt hat.

1. Es hat die vom Beklagten zum ersten Mal in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung, er habe das Darlehen über 100.000 DM am 16. August 1972 in

bar zurückgezahlt, und die dazu in Fotokopie vorgelegte Quittung nicht berücksichtigt, weil der Beklagte keine verständigen Gründe für das Zurückhalten dieses Vorbringens im ersten Rechtszug vorgetragen habe. Bei einem Eingehen auf diesen Vortrag hätte Zeugen- und Sachverständigenbeweis erhoben werden müssen. Eine Verzögerung des Rechtsstreits hätte auch nicht durch Maßnahmen nach § 272 b ZPO zur Vorbereitung der Berufungsverhandlung vermieden werden können.

Ob diese Begründung die Zurückweisung des Vorbringens rechtfertigt, kann offen bleiben.

Denn die vom Beklagten gestellten Beweisanträge waren unzulässig. Das Berufungsgericht hat den Beklagten daher im Ergebnis auf jeden Fall ohne Rechtsfehler als beweisfällig angesehen (§ 563 ZPO).

Der Beklagte wollte den Beweis für die Rückzahlung des Darlehens durch die von ihm vorgelegte Quittung, also eine Privaturkunde, führen. Der Kläger hatte ihre Echtheit bestritten. In solchen Fällen muß der Beweisführer die Urschrift der Urkunde als den eigentlichen Beweisgegenstand vorlegen (Stein/Jonas/Schumann/Leipold ZPO 19. Aufl. § 453 Anm. I 2, § 439 Anm. I; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 33. Aufl. § 439 Anm. I). Das kann der Beklagte nach seinem Vortrag nicht. Die von ihm vorgelegte Fotokopie von einer Fotokopie der angeblich vom Kläger unterzeichneten Quittung stellte mithin keinen ordnungsmäßigen Beweisantritt dar (§ 420 ZPO).

Für eine Beweisaufnahme über die Echtheit der Quittung durch Anhörung Sachverständiger war daher kein Raum.

Das gilt auch für eine Beweisführung durch einen Schriftvergleich. Sie ist zwar nach § 441 ZPO bei sämtlichen Urkunden möglich. Auch sie setzt aber voraus, daß der Beweisführer das Original des umstrittenen Schriftstücks vorlegt. Da diese erste Voraussetzung für einen Urkundenbeweis fehlt, ist es unerheblich, ob dem Berufungsgericht, wie die Revision meint, schon andere zum Schriftvergleich geeignete Urkunden vorgelegen haben.

Der Beklagte vermutet zwar, daß sich der Kläger im Besitz der Quittung befindet, er hat aber nicht beantragt, was nach §§ 421, 424 ZPO zulässig gewesen wäre, dem Kläger aufzugeben, die Quittung vorzulegen. Da der Beklagte anwaltlich beraten war, bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, ihn auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

III.

Den nunmehr allein noch bedeutsamen Einwand der Aufrechnung hat das Berufungsgericht als nicht sachdienlich nach § 529 Abs. 5 ZPO zurückgewiesen. Entgegen der Meinung der Revision ist hiergegen aus Rechtsgründen nichts einzuwenden. Nach § 529 Abs. 5 ZPO ist der Beklagte, der im Berufungsrechtszug die Aufrechnung

einer Gegenforderung geltend macht, hiermit nur zuzulassen, wenn der Kläger einwilligt oder das Berufungsgericht die Erhebung dieses Einwandes in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Da der Kläger der Aufrechnung widersprochen hat, hatte das Berufungsgericht allein die Sachdienlichkeit dieser Einwendungen zu prüfen.

1. Hier besteht die Besonderheit, daß der Beklagte ersichtlich mit derselben Werklohnforderung sowohl im ersten als auch im zweiten Rechtszug hat aufrechnen wollen. Ob die Berücksichtigung eines solchen Vorbringens überhaupt von einer Zulassung nach § 529 Abs. 5 ZPO abhängig gemacht werden kann, hängt davon ab, ob diese Vorschrift nur für Aufrechnungen gilt, die zum ersten Mal im Berufungsverfahren geltend gemacht werden. Das hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen. Denn § 529 ZPO regelt ganz allgemein, inwieweit im Berufungsrechtszug neuer Prozeßstoff vorgetragen werden kann. Zur Aufrechnung verwehrt die Vorschrift dem Beklagten in ihrem 5. Absatz im Wege der Aufrechnung gegen den Willen des Klägers neuen, nicht der Förderung des Rechtsstreits dienenden Prozeßstoff in das Verfahren einzuführen. Als neu ist aber nicht nur eine Aufrechnung anzusehen, die im ersten Rechtszug noch nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen ist, sondern auch eine solche, die im Berufungsverfahren wieder aufgegriffen wird, nachdem sie schon im ersten Rechtszug zurückgewiesen (OLG Frankfurt NJW 1971, 148, 149; Stein/Jonas/Grunsky aaO § 529 Anm. V 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann

aaO § 529 Anm. 5 A; a.A. OLG Celle, NJW 1965, 1338, der von Stein/Jonas aaO in der Voraufgabe vertretenen abweichenden Auffassung folgend), oder fallen gelassen worden war (BayObLG NS 9, 517, 522). Dem muß eine Aufrechnung gleichgeachtet werden, die, worum es hier geht, im ersten Rechtszug unsubstantiiert war und erst im Berufungsverfahren genügend begründet vorgetragen worden ist. Eine nicht durch Angaben von Tatsachen konkretisierte Einwendung kann nicht erheblich sein und vermag darum auch nicht eine hinreichend begründete Klage zu Fall zu bringen. Begründet der Beklagte daher die von ihm eingewendete Aufrechnung erst im Berufungsverfahren ausreichend, so schafft er erst dadurch die Grundlage für ihre Berücksichtigung. In diesem Sinne wirkt sich die Ergänzung seines Vortrags ebenso wie sonstiges neues Vorbringen aus und muß daher wie dieses behandelt werden (ebenso RG JW 1899, 74 Nr. 11; Wieczorek ZPO § 529 Anm. B III c 3).

2. Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze beachtet und daher ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Beklagte die Aufrechnung mit dem Werklohn im Berufsrechtszug neu geltend gemacht hat.

In der Klagbeantwortung heißt es insgesamt zur Aufrechnung: "Gegenüber etwaigen Darlehensansprüchen des Klägers erklärt der Beklagte Aufrechnung mit einer Werklohnforderung aus dem Einbau einer Heizungsanlage in das Haus des Klägers über 16.000 DM". Diesen nicht durch irgendwelche Unterlagen ergänzten Vortrag hat das Berufungsgericht

rechtsfehlerfrei als nicht hinreichend substantiiert angesehen. Der Beklagte hatte weder die einzelnen Arbeiten gekennzeichnet, noch angegeben, wann er sie ausgeführt und abgerechnet hatte. Den nach seinem Vortrag in der Berufungsbegründung richtigen Rechnungsbetrag hat er auch nicht annähernd zutreffend genannt.

Trotz dieser ungenügenden Darlegung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung im ersten Rechtszug hätte das Berufungsgericht das hierzu im Berufungsrechtszug vervollständigte Vorbringen allerdings dann nicht als neu behandeln dürfen, wenn der Beklagte vor dem Landgericht keine Gelegenheit gehabt hätte, seinen Vortrag zu ergänzen, nachdem der Kläger ihn bestritten hatte. Sonst nämlich würde die fehlende Substantiierung des Vorbringens nicht mehr auf dem Verhalten des Beklagten zu 1), sondern auf der Prozeßführung des Landgerichts beruhen, was dem Beklagten nicht zum Nachteil gereichen dürfte (vgl. dazu Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. S. 762). Ein solcher Sachverhalt liegt indes entgegen der Meinung der Revision nicht vor.

Der Beklagte hat allerdings von der Erwiderung des Klägers auf seinen Aufrechnungseinwand erst in der zugleich ersten und letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 22. Dezember 1972 erfahren. Dies ging aber darauf zurück, daß er die ihm am 28. November 1972 zugestellte Klagschrift erst mit dem

am 19. Dezember 1972 bei dem Landgericht eingegangenen Schriftsatz beantwortet hat. Der Kläger konnte daher von der Klagbeantwortung nicht, wie es § 132 Abs. 2 ZPO vorsieht, mindestens drei Tage vor dem Termin Kenntnis nehmen und auf sie rechtzeitig erwidern. Außerdem konnte der Beklagte nicht annehmen, daß der Kläger die nur sehr pauschal erhobenen und sogar zum Betrag der Forderung ganz ungenaue Einwendung ohne weiteres hinnehmen werde.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen (§ 286 ZPO), daß der Beklagte seinen Prozeßbevollmächtigten vor Weihnachten 1972 wegen einer kurz zuvor durchgeführten Ehescheidung und der körperlichen Belastung durch die Erfindung der Umwälzpumpe nicht ordnungsgemäß habe instruieren könne, geht fehl. Auf diesen erst in dem nach der Berufungsverhandlung eingereichten Schriftsatz vom 28. September 1973 enthaltenen Vortrag brauchte das Berufungsgericht schon deshalb nicht einzugehen, weil der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, als er in der Verhandlung erfuhr, daß der Kläger das Vorbringen zur Aufrechnung bestritt, nach § 272 a ZPO von dem Landgericht die Bewilligung einer Frist zur Erwidern auf die ihm nicht rechtzeitig mitgeteilte Replik des Klägers hätte verlangen können, falls der Beklagte ihn schuldlos nicht rechtzeitig hatte ausreichend instruieren können (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO § 272 a Anm. 2 A). Hiervon hat er keinen Gebrauch gemacht.

3. Die hiernach für die Zulassung der Aufrechnung maßgebliche Sachdienlichkeit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint.

Eine Aufrechnung ist sachdienlich, wenn sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen beider Parteien zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung des zwischen ihnen bestehenden Streits führt (BGHZ 5, 373, 377; BGHZ 17, 124, 126 m.w.N.). Das kann außer bei Spruchreife der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung auch zutreffen, wenn die einander gegenüberstehenden Ansprüche zwar umstritten sind, aber erkennbar ist, daß dieser Streit nur einen leicht faßbaren Komplex von Tatsachen betrifft, der sich durch eine voraussichtlich wenig umfangreiche Beweisaufnahme klären läßt. Kann aber über die Gegenforderung nicht ohne eine umfangreiche oder in ihrem Ausmaß nicht annähernd übersehbare Beweisaufnahme entschieden werden, so würde das Berufungsverfahren durch Zulassung der Aufrechnung mit neuem Streitstoff belastet werden, der die Erledigung des die Klagforderung betreffenden Streits zum Nachteil des Klägers verzögern würde. In einem solchen Fall wird es gesunder Prozeßwirtschaftlichkeit entsprechen, die Aufrechnung nicht zuzulassen.

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet. Der Kläger hatte nicht nur die Höhe der Rechnungen bestritten und eine ordnungsgemäße Abrechnung verlangt, sondern auch näher dargelegt, warum er auch sonst die Richtigkeit der, wie er behauptet hat, ihm nur in Fotokopie vorgelegten Rechnungen bezweifle. Unter diesen

Umständen konnte das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen § 529 Abs. 5 ZPO annehmen, über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung, die nach ihrem Gegenstand mit dem bisherigen Prozeßstoff nicht zusammenhing, werde erst nach Durchführung einer umfangreichen Beweisaufnahme, insbesondere nicht ohne eine Begutachtung der Arbeiten durch Sachverständige, entschieden werden können, so daß die Zulassung der Aufrechnung die Erledigung des zur Klagforderung entscheidungsreifen Rechtsstreits nicht mehr unwesentlich verzögern werde.

Die Zurückweisung der Aufrechnung führt anders als die des ihr zugrundeliegenden Vorbringens nach § 279 a ZPO (BGHZ 33, 236; 242), nicht zur rechtskräftigen Aberkennung der Gegenforderung nach § 322 Abs. 2 ZPO. Sie bewirkt lediglich, daß die Aufrechnung nicht in dem anhängigen Prozeß geltend gemacht werden kann. Dem **Aufrechnungsführer** verbleibt also die **Möglichkeit, seine Forderung in einem neuen Prozeß geltend zu machen**. Der Beklagte ist deshalb durch die Nichtzulassung der Aufrechnung nicht gegenüber dem Kläger untragbar benachteiligt, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt keine rechtlichen Bedenken gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts bestehen.

4. Das Berufungsgericht hat die **Sachdienlichkeit** der von beiden Beklagten gegenüber der restlichen Klagforderung erklärten Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung ebenfalls ohne Verstoß gegen § 529 Abs. 5 ZPO verneint.

Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß diese Vorschrift nicht habe angewendet werden dürfen, weil einer Verzögerung des Rechtsstreits durch die Berücksichtigung dieses Einwandes mit Hilfe von vorbereitenden Maßnahmen nach § 272 b ZPO hätte vorgebeugt werden können. Die Revision setzt damit die für die Zulassung einer Aufrechnung maßgebliche Sachdienlichkeit der nach § 529 Abs. 2, 3 ZPO bei der Geltendmachung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzunehmenden Prüfung, ob ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, praktisch gleich. Das ist nicht richtig. Die Zulassung einer Aufrechnung im Berufungsverfahren, der der Gegner widersprochen hat, richtet sich allein nach ihrer Sachdienlichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt kann es allerdings wesentlich sein, ob eine Beweiserhebung über das der Gegenforderung zugrunde liegende Vorbringen mit Hilfe von Anordnungen nach § 272 b ZPO in der nächsten Berufungsverhandlung durchgeführt und damit der Streit der Parteien auch insoweit in dem anhängigen Rechtsstreit endgültig bereinigt werden kann. Ist die Gegenforderung aber bestritten und liegt ihr ein nicht oder nur locker mit dem bisherigen Prozeßstoff zusammenhängender und noch nicht voll zu übersehender Sachverhalt zugrunde, so kann die Rücksicht auf den der Aufrechnung widersprechenden Gegner, der durch die Zulassung eine Tatsacheninstanz verliert, die Nichtzulassung der Aufrechnung auch dann begründen, wenn vom Aufrechnungsführer schon angetretene Beweise mit Hilfe von Anordnungen nach § 272 b ZPO in der Berufungsverhandlung erhoben werden können.

Von der Sachdienlichkeit her ist auch die Frage zu entscheiden, ob eine erst nach dem Abschluß des erstinstanzlichen Verfahrens entstandene Gegenforderung, wie es hier der Fall sein soll, zur Aufrechnung zuzulassen ist. Eine solche Besonderheit zwingt ebenso nicht zur Zulassung der Aufrechnung, weil aus ihr nicht die Sachdienlichkeit der Aufrechnung zu folgen braucht (BGHZ 17, 124, 125; Stein/Jonas/Grunsky aaO § 529 Anm. V 2).

Das Berufungsgericht hat sich bei der Prüfung der Sachdienlichkeit im Rahmen des ihm dabei zustehenden Ermessens (BGHZ 17, 124, 126) gehalten. Die Beklagten leiten die Gegenforderung aus der nach ihrem Vortrag vom Kläger verschuldeten Vereitelung eines Vertragsschlusses her, der den Vertrieb der vom Beklagten erfundenen Umwälzpumpe und damit die Erfindung betraf, an deren Auswertung sich der Kläger hatte beteiligen wollen. Dieser Sachverhalt hängt mit dem bisherigen Streitstoff nur ganz lose zusammen. Der Kläger bestreitet die Darstellung der Beklagten vollen Umfangs. Das Berufungsgericht konnte hieraus folgern, daß der Gegenanspruch nur durch eine umfangreiche Beweisaufnahme, insbesondere auch zur Höhe des behaupteten Schadens, festgestellt werden könne, so daß die Zulassung dieses Einwandes den Rechtsstreit erheblich verzögern werde. Die Zulassung der Aufrechnung war auch nicht im Interesse der Beklagten zwingend notwendig, weil die Nichtzulassung der Aufrechnung aus den zu IV 3 genannten Gründen den Bestand der von ihnen in Anspruch genommenen Schadensersatzforderung nicht berührt.

IV.

1. Das Berufungsgericht hat die Darlehen, bei denen es nicht zu einer Einigung über die Zinszahlung gekommen ist, rechtsfehlerfrei als nach § 354 Abs. 2 HGB verzinslich angesehen. Nach dieser Bestimmung kann ein Kaufmann für Darlehen, die er in Ausübung seines Handelsgewerbes gewährt hat, entgegen der Meinung der Beklagten auch von Nichtkaufleuten, vom Tage der Leistung an 5 % Zinsen verlangen (Baumbach/Duden HGB 21. Aufl. § 354 Anm. 2 A). Diese Bestimmung ist allerdings abdingbar und gilt daher nicht, wenn eine Verzinsung vertraglich ausgeschlossen ist (ebenso zu einem nach dieser Vorschrift verlangten Maklerlohn BGH, Urt. v. 18. April 1973 - IV ZR 6/72, WM 1973, 814, 815). Den Abschluß einer solchen Vereinbarung haben die Beklagten aber zum ersten Mal in dem Schriftsatz vom 28. September 1973 auf S. 4 behauptet. Diese Behauptung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nach § 529 Abs. 3 ZPO nicht berücksichtigt.

2. Hiernach war die Revision zur Hauptsache vollen Umfangs zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung mußte dagegen nach §§ 100, 308 Abs. 2 ZPO wegen der bisher nicht berücksichtigten unterschiedlichen

Haftung der Beklagten für die Darlehen und ihrer
unterschiedlichen Beteiligung am Rechtsstreit ge-
ändert werden.

Kreft

Gähtgens

Dr. Krohn

Dr. Tidow

Kröner