

2

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
-----

BGB §§ 387, 242 Cd, 826 Fa

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen gegen eine  
Aufrechnung der Einwand der Arglist oder der der unzu-  
lässigen Rechtsausübung erhoben werden kann.

BGH, Urt. v. 21. April 1971 - VIII ZR 233/69 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 233/69

## URTEIL

Verkündet am  
21. April 1971  
Scheibl,  
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma V [REDACTED], Export-Import in Belgrad, B [REDACTED]-  
nova [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Generaldirektor  
F [REDACTED], diese vertreten durch ihre deutsche Interes-  
senvertretung Firma I [REDACTED] GmbH in M [REDACTED], G [REDACTED]  
Straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer,

Beklagten, Revisionsklägerin und  
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Hans G. M i [REDACTED] AG, Handels- und Beteiligungs-  
gesellschaft in Z [REDACTED], Mi [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich ver-  
treten durch den Präsidenten des Verwaltungsrates Hans G.  
Mika in Z [REDACTED]-W [REDACTED], Am G [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte  
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Messner, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30. Oktober 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision und Anschlußrevision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Am 8. April 1967 fanden in Belgrad zwischen Vertretern der Beklagten, einer jugoslawischen Ex- und Importfirma einerseits und dem gesetzlichen Vertreter der Klägerin, einer Schweizer Handelsgesellschaft, sowie dem Geschäftsführer der deutschen Firma C [REDACTED] - Außenhandels - GmbH (im folgenden Fa.C.)



andererseits Verhandlungen über den Verkauf von Konservengläsern an die Beklagte statt. Die Gläser sollten aus einem Herstellungswerk der CSSR bezogen und alsdann von der Bundesrepublik aus an die Beklagte geliefert werden. In dem undatierten, aber unstrittig noch am 8. April 1967 erstellten schriftlichen Kaufvertrag über 1 200 000 Gläser und dem inhaltlich gleichlautenden Schlußschein vom 3. Mai 1967 - beide unterzeichnet von einem Vertreter der Beklagten und dem Geschäftsführer der Fa. C. - waren als Verkäufer die Fa. C. und als Käufer die Beklagte angegeben. Nach den auf der Rückseite des Schlußscheins abgedruckten Geschäftsbedingungen der Fa. C. sollte - bei grundsätzlicher Anwendung deutschen Rechts - die Aufrechnung mit einer vom Verkäufer bestrittenen Gegenforderung aus früheren Geschäften ausgeschlossen sein. Die Beklagte hat dazu ein vom Geschäftsführer der Fa. C. unterzeichnetes Schreiben vorgelegt, nach dem die Geschäftsbedingungen auf den hier streitigen Kaufvertrag keine Anwendung finden sollten; ob der Inhalt des Schreibens in dieser Form von dem Geschäftsführer der Fa. C. stammt, ist zwischen den Parteien streitig. Am 4. Mai 1967 trat die Fa. C. der Klägerin, die den Ankauf der Gläser aus der CSSR in vollem Umfang finanziert hatte, den Kaufvertrag mit allen Rechten und Pflichten ab. Wiederholte Aufforderungen der Klägerin an die Beklagte, sich mit dieser Abtretung einverstanden zu erklären und Zahlungen nur an sie - die Klägerin - zu leisten, lehnte die Beklagte schließlich mit Fernschreiben vom 19. Mai 1967 unter Hinweis darauf ab, daß allein die Fa. C. ihr Vertragspartner sei und sich über-

dies ihr gegenüber bereits in Leistungsverzug befinde. Im Juni und Juli 1967 wurden die Gläser an die Beklagte ausgeliefert und ihr anschließend von der Fa. C., gegen die zu diesem Zeitpunkt bereits von dritter Seite die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragt war, Rechnungen über insgesamt 227 550 DM zugeleitet. Nachdem wiederholte Zahlungsaufforderungen seitens der Klägerin erfolglos geblieben waren, rechnete die Beklagte am 28. Oktober 1967 gegenüber der Klägerin mit höheren Forderungen aus früheren Lieferungen an die Fa. C. gegen die Kaufpreisforderung auf.

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin, die die Beklagte auf Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen in Anspruch nimmt, diese Aufrechnung gegen sich gelten lassen muß. Die Klägerin behauptet, nicht die Fa. C., sondern sie selbst habe von vornherein als Verkäuferin Vertragspartei sein sollen. Die Fa. C. sei auf Wunsch der Beklagten lediglich formell zwischengeschaltet worden, weil die Beklagte aus devisentechnischen Gründen die Gläser nur aus der Bundesrepublik habe beziehen können. Überdies habe die Beklagte in sittenwidriger Weise die Gläser allein in der Absicht bestellt, sich eine Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber der damals bereits vermögenslosen Fa. C. zu verschaffen und damit im Ergebnis zu Lasten der Klägerin eine Befriedigung ihrer gegen die Fa. C. gerichteten alten Forderungen zu erlangen. Die Beklagte behauptet demgegenüber, sie habe die Gläser - und zwar zu denselben Bedingungen wie von der Fa. C. - auch unmittelbar

aus der CSSR beziehen können und den Vertrag mit der Fa. C. lediglich abgeschlossen, um dieser Gelegenheit zu geben, mit dem zu erwartenden Gewinn einen Teil ihrer alten Schulden abzudecken. Zur Aufrechnung habe sie sich erst entschlossen, als die Fa. C. ihrem wiederholten Versprechen, die Schulden abzudecken, nicht mehr nachgekommen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 204 795 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die Abweisung der Klage in vollem Umfang, die Klägerin mit ihrer Anschlußrevision die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung auch der restlichen 22 755 DM nebst Zinsen. Beide Parteien beantragen wechselseitig, die Revision der anderen Partei zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung **d e u t s c h e s R e c h t** zugrunde gelegt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Geschäftsbedingungen der Fa. C. und die in ihnen enthaltene ausdrückliche Bezugnahme auf deutsches Recht Vertragsinhalt zwischen der Fa. C. und der Beklagten geworden und damit auch für die Klägerin, soweit sie aus abgetretenem Recht klagt, maßgebend sind. Denn jedenfalls haben die Parteien durch ihr Verhalten im vorliegenden Rechtsstreit und, wie et-

wa die Aufrechnungserklärung der Beklagten vom 28. Oktober 1967 und der in ihr enthaltene Hinweis auf § 406 BGB zeigen, auch durch den vorprozessualen Schriftwechsel zu erkennen gegeben, daß sie ihre Rechtsbeziehungen nach deutschem Recht bemessen wollen. Es bestehen daher nach Auffassung des Senats keine Bedenken, von einer stillschweigenden Parteivereinbarung über die Anwendung deutschen Rechts auszugehen (vgl. Senatsurteil vom 7. März 1962 - VIII ZR 9/61 = NJW 1962, 1005 = BGHWarn 1962, Nr. 55).

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann sich die Beklagte der Klägerin gegenüber nur in Höhe von 10 % der Kaufpreisforderung auf die von ihr erklärte Aufrechnung berufen. Zwar habe die Klägerin nicht dargetan, daß sie von vornherein Vertragspartnerin der Beklagten gewesen sei und es insoweit schon an der Gegenseitigkeit für eine Aufrechnung fehle. Sie sei auch beweisfällig dafür geblieben, daß die Beklagte bereits mit Vertragsabschluß den Zweck verfolgt habe, mit ihren Außenständen gegen die Kaufpreisforderung aufzurechnen und sich damit in sittenwidriger Weise auf Kosten der Klägerin für ihre Forderungen gegenüber der Fa. C. zu befriedigen. Es verstoße jedoch gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn die Beklagte von ihrem Aufrechnungsrecht Gebrauch mache, obwohl sie gewußt habe, daß nicht die bereits damals vermögenslose Fa. C., sondern ausschließlich die Klägerin den Ankauf der Gläser sowie die Lieferung an die Beklagte finanziert und damit wirtschaftlich die Folgen der Aufrechnung allein

zu tragen habe. Lediglich in Höhe des für die Verkäuferseite zu erwartenden, auf 10 % des Kaufpreises geschätzten Gewinns sei die Aufrechnung nicht zu beanstanden.

3. Soweit sich die K l ä g e r i n gegen dieses Urteil wendet und mit der Anschlußrevision die Verurteilung der Beklagten in vollem Umfang erstrebt, erweisen sich ihre Angriffe im Ergebnis als begründet.

a) Es entspricht insoweit der Rechtsprechung des erkennenden Senats, daß ein Gläubiger grundsätzlich dann sittenwidrig handelt, wenn er von vornherein in der Absicht, von seinem Schuldner im Wege der Aufrechnung Befriedigung von Forderungen aus anderen Geschäften zu erlangen, von diesem Waren kauft, obwohl er weiß oder doch damit rechnet, daß der Schuldner diese Waren auf Kredit bezogen hat und angesichts seiner angespannten wirtschaftlichen Verhältnisse nicht in der Lage sein wird, seine Verpflichtungen gegenüber dem Warenlieferanten zu erfüllen, die Aufrechnung sich also im Ergebnis allein zu Lasten des Warenlieferanten auswirken würde (vgl. Senatsurteil vom 15. Januar 1957 - VIII ZR 36/56 = NJW 1957, 587). In derartigen Fällen kann dem geschädigten Dritten gemäß § 826 BGB gegen den Gläubiger ein Schadensersatzanspruch, wie er im vorliegenden Fall von der Klägerin auch ausdrücklich geltend gemacht wird, zustehen. Hat der Dritte die Kaufpreisforderung im Wege der Abtretung erworben, so kann er, wenn der Gläubiger ihm gegenüber gemäß § 406 BGB mit

Forderungen gegen den Zedenten aufrechnet, der Geltendmachung der Aufrechnung den Einwand der Arglist entgegenhalten (vgl. dazu auch RGZ 32, 39 und BGH, Urteil vom 19. November 1968 - VI ZR 215/66 = WM 1969, 43). Dabei macht es insoweit keinen Unterschied aus, ob der Dritte die Waren unter Kreditierung des Kaufpreises zuvor an den Schuldner geliefert oder in anderer Weise durch Kreditgewährung den Verkauf seitens des Schuldners an den Gläubiger ermöglicht hat.

b) Von dieser Rechtsprechung geht auch das Berufungsgericht aus. Seine Feststellungen, die Klägerin sei beweisfällig dafür geblieben, daß die Beklagte sich mit dem Vertragsabschluß von vornherein die Aufrechnungsmöglichkeit hinsichtlich der gesamten Kaufpreisforderung und damit im Ergebnis eine Befriedigung zu Lasten der Klägerin habe verschaffen wollen, halten jedoch einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der bei Vertragsabschluß für die Beklagte handelnde Zeuge T[REDACTED] - Geschäftsführer ihrer deutschen Tochtergesellschaft - die Höhe der Forderungen gegenüber der Fa. C. im wesentlichen gekannt und ist sich bei Vertragsabschluß auch bewußt gewesen, daß die Fa. C. den Vertrag nicht mit eigenen Mitteln durchführen konnte, vielmehr die Klägerin den Verkauf finanzierte und damit eine Aufrechnung gegenüber der Kaufpreisforderung allein zu deren Lasten gehen werde. Das Berufungsgericht stellt weiterhin fest, daß die Beklagte bereits bei Vertragsabschluß die Absicht ge-

habt hat, gegenüber demjenigen Teil der Kaufpreisforderung aufzurechnen, der der Fa. C. als Gewinn aus diesem Vertrag zufließen werde. Gleichwohl hält es eine Aufrechnungsabsicht gegenüber der gesamten Kaufpreisforderung nicht für erwiesen, Dabei stützt es sich im wesentlichen auf die Bekundungen des Zeugen T [REDACTED], der - wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt - zunächst bei seiner Vernehmung im voraufgegangenen Arrestverfahren (LG Stuttgart 2 KfH Q 17/67) zu diesem Punkt eine der Klägerin günstige Sachdarstellung gegeben, diese aber später durch seinen Rechtsanwalt unter Hinweis auf eine angeblich irreführende Protokollierung berichtigt und bei seiner erneuten Vernehmung im ersten Rechtszug dieses Rechtsstreits eine Aufrechnungsabsicht hinsichtlich der gesamten Kaufpreisforderung in Abrede gestellt hat.

c) Mit Recht rügt die Klägerin mit der Anschlußrevision, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts insoweit nicht frei von Widersprüchen sind und insbesondere in mehreren Punkten eine - vor allem im Hinblick auf die wechselnden Bekundungen des Zeugen T [REDACTED] gebotene - Auseinandersetzung mit wesentlichem Vorbringen der Klägerin vermissen lassen (§ 286 ZPO). So hatte die Klägerin vorgetragen, daß die Beklagte für ihren eigenen Bedarf nur 800 000 Gläser benötigt und allein zu dem Zweck, eine ihren Außenständen der Höhe nach in etwa entsprechende Kaufpreisforderung zu erlangen, für eine andere jugoslawische Firma weitere 400 000 Gläser bestellt habe, obwohl diese Firma zu der Fa. C.

in keinerlei vertraglichen Beziehungen stand und die Gläser zum selben Preis auch unmittelbar von dem Herstellerwerk in der CSSR hätte beziehen können. Zu diesem Vorbringen enthält das Berufungsurteil keine Feststellungen, obwohl dieser Umstand für die Beurteilung der entscheidenden Frage, in welchem Umfang sich die Beklagte von vornherein durch Aufrechnung befriedigen wollte, ersichtlich nicht ohne Bedeutung war. Das Berufungsgericht nimmt auch nicht zu der weiteren, von der Revision aufgeworfenen und sich auch nach Ansicht des Senats aufdrängenden Frage Stellung, aus welchem Grunde die Beklagte ihre angebliche ursprüngliche Absicht, nur in Höhe der Gewinnspanne aufzurechnen, dann später doch aufzugeben und sich zur Aufrechnung gegenüber der gesamten Kaufpreisforderung entschlossen haben will. In diesem Zusammenhang hätte es einer Prüfung der von der Klägerin herausgestellten Frage bedurft, wann die Beklagte von dem Vermögensverfall der Fa. C. und damit der akuten Gefährdung ihrer Außenstände erfahren hat, - insbesondere ob sie diese Kenntnis, was für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen T. von Bedeutung sein könnte, bereits bei Vertragsabschluß gehabt hat. Schließlich weist die Klägerin zutreffend darauf hin, daß eine Aufrechnung lediglich gegenüber der Gewinnspanne, die das Berufungsgericht selbst auf nur 10 % des Gesamtpreises von 227 500 DM feststellt, der Beklagten angesichts der Höhe ihrer eigenen Forderungen und der ständig auflaufenden Zinsen von vornherein kaum eine nennenswerte Verringerung ihrer Außenstände bringen konnte;

auch diesen Umstand hat das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht in seine Erwägungen einbezogen.

d) Da somit das Berufungsgericht hinsichtlich der entscheidenden Frage, in welchem Umfang die Beklagte bereits bei Vertragsabschluß die Absicht einer zu Lasten der Klägerin gehenden Aufrechnung gehabt hat, wesentlichen Sachvortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen hat, konnte das angefochtene Urteil schon aus diesem Grunde keinen Bestand haben. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen werden muß, auch Gelegenheit haben zu prüfen, ob nicht angesichts der widersprüchlichen Bekundungen des Zeugen T■■■■■■, dessen Glaubwürdigkeit auch dem Berufungsgericht ersichtlich nicht zweifelsfrei erscheint, dessen erneute Vernehmung angezeigt sein könnte.

Sollte das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung zu der Feststellung gelangen, daß die Beklagte bereits bei Vertragsabschluß die Absicht verfolgte, gegenüber der gesamten Kaufpreisforderung aufzurechnen, so würde der von der Klägerin erhobene Einwand der Arglist (§ 826 BGB) gegenüber der von der Beklagten erklärten Aufrechnung nicht nur in Höhe von 90 % des Kaufpreises, sondern darüber hinaus - und zwar unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) - auch in Höhe desjenigen Teils der Gewinnspanne, der nach Abzug der an die Fa. C. zu zahlenden Provision der Klägerin verblieben wäre, durchgreifen.

4. Aber auch im Hinblick auf die Revision der B e k l a g t e n kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Denn die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte sei auch dann, wenn sie nicht von vornherein den Kaufvertrag in Aufrechnungsabsicht abgeschlossen habe, der Klägerin gegenüber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) in Höhe des 10 % des Kaufpreises übersteigenden Betrages an einer Berufung auf die erklärte Aufrechnung gehindert, erweist sich - und das gewinnt insbesondere für den Fall Bedeutung, daß das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung zu denselben tatsächlichen Feststellungen wie bisher kommen sollte - als rechtsirrig.

a) Richtig ist allerdings, daß unter besonderen Voraussetzungen die Geltendmachung der Aufrechnung gegen Treu und Glauben verstoßen und damit unzulässig sein kann. Das hat die Rechtsprechung etwa in Fällen angenommen, in denen sich ein Ausschluß der Aufrechnung - wie im Verhältnis von Treugeber zu Treuhänder oder von Auftraggeber zu Beauftragtem - aus der Natur des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ergibt (RGZ 160, 52; BGHZ 14, 342; BGH, Urteil vom 5. Mai 1960 - VII ZR 77/59 = WM 1960, 842), oder in denen der an sich zur Aufrechnung Berechtigte seinen Vertragsgegner zuvor in der Annahme bestärkt hatte, er werde ihm gegenüber von einer etwaigen Aufrechnungsbefugnis keinen Gebrauch machen (RGZ 121, 177). Beides liegt hier jedoch ersichtlich nicht vor. Insbesondere hatte die Klägerin jedenfalls seit dem Fernschreiben der Beklagten vom 19. Mai 1967 und der darin enthaltenen Mittei-

lung, diese sei mit der Abtretung "nicht einverstanden", keinen Anlaß zu der Annahme, die Beklagte werde ihr gegenüber auf die Geltendmachung von Einwendungen gegen die abgetretene Forderung und damit auch auf eine etwaige Aufrechnung verzichten.

b) Dagegen ist es nach Ansicht des Senats unzulässig, über die vorgenannten, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinaus der Beklagten auch dann, wenn sie sich nicht in von vorneherein sittenwidriger Absicht diese Aufrechnungsmöglichkeit verschafft hat und sich damit den Einwand der Arglist (s.o. unter 3) aussetzt, die Berufung auf die Aufrechnung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben allein deswegen zu verwehren, weil diese im Ergebnis nur die Klägerin treffen würde. Der Gesetzgeber behandelt Erfüllung und Aufrechnung als grundsätzlich gleichwertige, nebeneinanderstehende Erlöschensgründe. Es ist daher davon auszugehen, daß ein Gläubiger, sofern er in rechtmäßiger und nicht sittenwidriger Weise eine Aufrechnungslage erlangt hat und die Aufrechnung nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen ist, grundsätzlich nicht gehindert ist, sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten der Aufrechnung zu bedienen. Insofern besteht zwischen der sittenwidrigen Verschaffung einer Aufrechnungsmöglichkeit und der bloßen Ausnutzung einer Aufrechnungslage ein grundlegender Unterschied. Nach Ansicht des Senats würde es daher eine Überspannung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellen, wenn man

nur deswegen, weil sich die Aufrechnung wirtschaftlich zum Nachteil eines Dritten auswirkt, dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte diesem Dritten gegenüber verwehren und den Gläubiger damit im Ergebnis nicht anders stellen würde, als habe er sich von vornherein die Aufrechnungsmöglichkeit in sittenwidriger Weise verschafft und damit dem Einwand der Arglist (§ 826 BGB) ausgesetzt (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. November 1968 - VI ZR 215/66 aaO).

c) Überdies kann sich die Klägerin gegenüber der Aufrechnung aber auch deswegen nicht auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen, weil sie selbst der Beklagten gegenüber nicht schutzwürdig ist. Nur dann kann unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) einem an sich zur Aufrechnung Befugten zugemutet werden, von der Geltendmachung des ihm zustehenden Rechts abzusehen, wenn die Aufrechnung für den Gläubiger nach der Verkehrsauffassung der beteiligten Kreise zu einer grob unbilligen, mit der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Benachteiligung führen würde. Hat es dagegen der Gläubiger selbst bewußt oder doch jedenfalls unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unterlassen, sich mit zumutbaren Mitteln gegen eine etwaige Aufrechnung und die ihm daraus erwachsenden nachteiligen Folgen zu sichern, hat er insbesondere, um die Durchführung eines für ihn gewinnbringenden Geschäfts zu ermöglichen, das Risiko einer möglichen Aufrechnung hingenommen, so ist für eine Beschränkung der Rechte des Gegners unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung kein Raum.

So lagen die Verhältnisse hier. Die Klägerin wußte, daß die Fa. C. zumindest formell als Verkäuferin der Gläser aufgetreten war. Sie mußte daher ganz allgemein mit der Möglichkeit rechnen, daß die Beklagte ihr gegenüber, wenn sie durch Abtretung die Kaufpreisforderung erwarb, gemäß §§ 404, 406 BGB die gegen die Zedentin erwachsenen Rechte geltend machen würde. Dies um so mehr, als die Beklagte es am 19. Mai 1967 abgelehnt hatte, sich mit der Abtretung einverstanden zu erklären und damit auf die Geltendmachung von Einwendungen einschließlich einer etwaigen Aufrechnung zu verzichten, vielmehr ausdrücklich auf den Lieferungsverzug der Fa. C. und damit erkennbar auch auf etwaige zur Aufrechnung geeignete Schadensersatzansprüche hingewiesen hatte. Wenn die Klägerin sich trotzdem zur Durchführung des Kaufvertrages und zur Lieferung der Gläser im Juni/Juli 1967 entschloß, ohne zuvor entweder die Beklagte zu einem ausdrücklichen Verzicht auf die Geltendmachung der Aufrechnung zu veranlassen oder aber sich von der Fa. C. hinreichende Sicherheiten für ihre Kreditgewährung geben zu lassen, so handelte sie nunmehr erkennbar auf eigenes Risiko, das sie nicht nachträglich auf die Beklagte abwälzen kann.

d) Sollte daher das Berufungsgericht auch bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung nicht feststellen, daß die Beklagte den Kaufvertrag von vornherein in der Absicht abgeschlossen hat, auch über die Gewinnspanne hinaus gegenüber dem übrigen Teil der Kaufpreisforderung aufzurechnen, so würde jedenfalls die bisherige Begründung die Entscheidung nicht tragen. Vielmehr hinge die Zulässigkeit der

Aufrechnung dann davon ab, ob zwischen der Beklagten und der Fa. C. die Aufrechnung mit bestrittenen Forderungen vertraglich rechtswirksam ausgeschlossen ist und, wenn ja, ob es sich bei den Gegenforderungen der Beklagten gegenüber der Fa. C. - insbesondere im Hinblick auf das Saldoanerkenntnis vom 3. November 1967 und eine etwaige Anfechtung dieses Anerkenntnisses wegen arglistiger Täuschung - um bestrittene Forderungen handelt.

5. Das angefochtene Urteil war daher auf die Revision beider Parteien aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten beider Revisionen - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei erschien es angezeigt, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann