

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB § 341 Abs. 3

§ 341 Abs. 3 BGB, wonach der Gläubiger die Vertragsstrafe nur verlangen kann, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält, ist eng auszulegen.

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B § 12 Ziff 5
Gilt mangels einer förmlichen Abnahme nach § 12 Ziff. 5 VOB (B) die Leistung 6 Werkstage nach Beginn der Benutzung als erfolgt, so kann der Vorbehalt wegen einer verwirkten Vertragsstrafe innerhalb dieser 6 Tage erklärt werden.

ZPO § 279 a

Nach § 279 a ZPO kann das Gericht nur tatsächliches streitiges Vorbringen, nicht dagegen einen Aufrechnungseinwand unberücksichtigt lassen. Bleibt das der aufgerechneten Forderung zugrundeliegende tatsächliche Vorbringen nach § 279 a ZPO unberücksichtigt, so ist die aufgerechnete Forderung sachlich aberkannt.

BGH, Urt.v. 3. November 1960 - VII ZR 150/59 OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Verkündet am 3. November 1960
Woitscheck Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma T & Co., K.G. in D ,
L straße , vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter F: T: , ebenda,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma K & Co., G.m.b.H. in K -U ,
A. straße , vertreten durch ihren Geschäftsführer W: ,
ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 17. Oktober 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heilmann-
Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 29. Mai 1959 aufgehoben. Die
Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte ließ im Jahre 1953 in Düsseldorf ein Geschäfts- und Wohnhaus errichten. Die Klägerin hat die Stahlfenster dafür angefertigt und eingebaut. Vereinbart war, daß die Fenster für das Erd- und erste Obergeschoß am 30. Juli und die weiteren Fenster spätestens am 7. September 1953 eingebaut sein mußten. Bei Überschreitung der Termine hatte die Beklagte das Recht, für jeden Tag verspäteter Lieferung 1 % der Auftragssumme als Vertragsstrafe zu fordern.

Bis zum 30. Juli hatte die Klägerin noch keine Fenster geliefert. Gegenüber Mahnungen des bauleitenden Architekten der Beklagten wandte sie ein, die Liefertermine könnten wegen erheblicher Maßungenauigkeit des Rohbaues nicht eingehalten werden.

Mit Schreiben vom 13. August 1953 bestätigte der Architekt die an diesem Tag erfolgte Anlieferung der ersten 4 Fenster und einer Anzahl Zubehörteile. Zugleich verlangte er wegen Überschreitung des Liefertermins die Vertragsstrafe bis zum 13. August 1953. Auch in weiteren Schreiben wies er die Klägerin darauf hin, daß sich die Beklagte ihre Ansprüche auf die Vertragsstrafe vorbehalte.

Am 1. Oktober wurden das Erdgeschoß, am 1. November das erste Obergeschoß und am 1. Dezember 1953 die übrigen Geschosse des Hauses bezugsfertig. Die Arbeiter der Klägerin sind bis Anfang November 1953 mit dem Einbau der Fenster befaßt gewesen.

Die Beklagte hat am 21. Oktober 1953 der Klägerin 15.000 DM gezahlt. Weitere Zahlungen lehnte sie zunächst deshalb ab, weil die Rechnungen nicht genügend spezifiziert seien. Am 5. November 1953 erbat sie von der Klägerin die endgültige Rechnung, um sie "auf Grund der Vertragsbedingungen



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

prüfen" zu können. Am 17. November 1953 ließ die Beklagte der Klägerin durch einen Rechtsanwalt mitteilen, daß sie gegenüber der restlichen Werklohnforderung mit ihrem Anspruch auf Vertragsstrafe aufrechne.

Die Klägerin hat auf Zahlung des restlichen Werklohnes von 22.000 DM nebst Zinsen geklagt. Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten, weil sie mit einem Vertragsstrafanspruch von 29.970 DM aufgerechnet habe. Nach ihrer Behauptung hat die Klägerin die vereinbarten Liefertermine um 81 Tage überschritten.

Das Landgericht hat die Klage im Hinblick auf die Aufrechnung abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte hilfsweise mit einem auf Verzug der Klägerin gestützten Schadensersatzanspruch aufgerechnet. Das Oberlandesgericht hat der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Vertragsstrafenforderung der Beklagten, mit der diese gegenüber der restlichen Werklohnforderung der Klägerin von 22.000 DM aufrechnen will, deshalb nicht entstanden sei, weil sich die Beklagte das Recht auf die Vertragsstrafe bei der Abnahme der Fenster nicht vorbehalten habe.

1.) Das Berufungsgericht geht aus von § 11 Ziff. 2 Satz 2 der von den Parteien den vertraglichen Beziehungen zugrunde gelegten Verdingungsordnung für Bauleistungen (Teil B). Danach kann der Auftraggeber, der die Leistung abgenommen hat, die für den Fall der nicht fristgerechten Erfüllung vereinbarte Vertragsstrafe nur verlangen, wenn

er sich das Recht bei der Abnahme vorbehalten hat. Diese Regelung entspricht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, der des § 341 Abs. 3 BGB. Es begründet keinen rechtlichen Unterschied, daß in § 341 Abs. 3 BGB von der Annahme der Erfüllung und in § 11 Ziff. 2 Satz 2 VOB von der Abnahme der Leistung die Rede ist. Beide Begriffe und ebenso die Begriffe der Annahme als Erfüllung in § 363 BGB und der Abnahme in § 640 BGB sind gleichbedeutend (vgl. RGZ 57, 337, 338; 59, 378, 380; 73, 147).

2.) Das Berufungsgericht hat sich der vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (RGZ 53, 356, 358; 57, 337, 341; 59, 378, 379; 73, 147; JW 36, 2860; Gruchot 52, 664) vertretenen Ansicht angeschlossen, daß Vorbehalte, die nicht bei der Abnahme der Leistung selbst, sondern früher oder später erklärt wurden, nicht genügen, um den mangels eines Vorbehalts kraft Gesetzes eintretenden Verlust des Anspruchs auf Vertragsstrafe zu verhindern. Darin ist dem Berufungsgericht zu folgen. Im gleichen Sinne hat der erkennende Senat bereits im Urteil vom 17. Mai 1958 VII ZR 62/57 entschieden. Das Reichsgericht hat aus der Entstehungsgeschichte des § 341 BGB den Willen des Gesetzgebers abgeleitet, daß die Worte "bei der Annahme" eng auszulegen sind (RGZ 57, 337, 341; 59, 378, 379). Hierfür spricht weiter die Erwägung, daß Zweck eines Vertrags im allgemeinen der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist, die Vertragsstrafe aber eine einseitige Leistung darstellt, die der Gläubiger gegebenenfalls neben der Erfüllung verlangen kann.

Auch der Zweck der Vertragsstrafe selbst rechtfertigt die enge Auslegung. Sie wird vereinbart, um den Schuldner zur gehörigen, insbesondere fristgerechten Erfüllung anzuhalten. Leistet dieser bei Eintritt der Fälligkeit trotzdem nicht, so soll die Strafvereinbarung gleichwohl als Druckmittel fortwirken können und ihn veranlassen, die

geschuldete Leistung möglichst schnell nachzuholen. Das gilt nicht nur in Fällen, in denen die Strafe mit der Dauer des Verzugs höher wird. Auch wenn die Strafe bereits mit der Nichterfüllung bei Fälligkeit in voller Höhe verwirkt ist, soll der Schuldner die Aussicht behalten, daß der Gläubiger unter dem Eindruck einer - wenn auch verspäteten - so doch nachgeholten Erfüllung von seinem Recht, die Vertragsstrafe zu verlangen, keinen Gebrauch machen wird. Deshalb soll es erst auf die Entschließung des Gläubigers im Zeitpunkt und unter dem Eindruck der - wenn auch verspätet erfolgenden - Erfüllung ankommen. Ein schon früher erklärter, bei der Abnahme der Erfüllung aber nicht nochmals erkennbar geäußelter und ebenso ein späterer Vorbehalt genügen also nicht.

3.) Eine tatsächliche, "förmliche" Abnahme (§ 12 Ziff. 4 VOB) der Fenster hat, wie das Berufungsgericht feststellt, zwischen den Parteien nicht stattgefunden. Die Klägerin hat auch die Beendigung ihrer Arbeiten der Beklagten nicht schriftlich mitgeteilt. Die Folge aus § 12 Ziff. 5 Abs. 1 VOB, daß die Leistung mit Ablauf von 12 Werktagen nach der schriftlichen Mitteilung über deren Beendigung als abgenommen gilt, kommt somit ebenfalls nicht in Betracht.

4.) Das Berufungsgericht stellt jedoch fest, daß die Beklagte das Erdgeschoß zum 1. Oktober, das erste Obergeschoß zum 1. November und die übrigen Stockwerke zum 1. Dezember 1953 vermietet und somit seitdem benutzt hat. Dem § 12 Ziff. 5 Abs. 2 VOB entnimmt es, daß die Abnahme der Stahlfenster infolgedessen 6 Werktage nach Beginn der Benutzung, also zum 8. Oktober, 7. November und 8. Dezember 1953 als erfolgt gelte. Zu diesen Zeitpunkten habe die Beklagte, so stellt es weiter fest, keine Vorbehalte wegen der Vertragsstrafe gemacht (§ 12 Ziff. 5 Abs. 3 VOB).

a) Zu Unrecht meint die Revision, jede Abnahme und deshalb auch die gemäß § 12 Ziff. 5 Satz 2 VOB unterstellte Abnahme setze die Vollendung des Werkes voraus, und von Vollendung könne solange keine Rede sein, als der Auftraggeber noch Mängel des Werkes beanstandete. Die Abnahme erfordert nicht, daß der Auftraggeber das Werk als mangelfrei annimmt. Das Gegenteil ergibt sich aus § 640 Abs. 2 BGB. Für die Annahme als Erfüllung, von der § 341 Abs. 3 BGB spricht, und für die in § 11 Ziff. 2 Satz 2 VOB erwähnte Abnahme der Leistung gilt, wie bereits ausgeführt, nichts anderes. Es genügt, daß der Auftraggeber die Leistung als im wesentlichen vertragsmäßige Erfüllung behandelt (RGZ 107, 340, 343; 110, 404, 407). Daß der Architekt der Beklagten, worauf die Revision verweist, im Schreiben vom 5. November 1953 verschiedene Mängel beanstandet und diese Mängel später durch einen anderen Unternehmer hat beseitigen lassen, steht der Abnahme deshalb nicht entgegen und enthob die Beklagte nicht der Notwendigkeit, sich in dem vom Berufungsgericht angenommenen Zeitpunkt die Vertragsstrafe vorzubehalten.

b) Nach § 12 Ziff. 5 Abs. 3 VOB hat der Auftraggeber den Vorbehalt wegen der Vertragsstrafe "spätestens zu dem in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen". Aus dem Wort "spätestens" will die Revision folgern, daß nach den Bestimmungen der VOB der Vorbehalt bis zur Abnahme, also auch schon irgendwann vorher wirksam ausgesprochen werden könne. Dem kann nicht beigetreten werden.

§ 12 Ziff. 5 Abs. 3 VOB behandelt den Vorbehalt nur in den Fällen der Ziff. 5 Abs. 1 und 2, in denen eine tatsächliche, förmliche Abnahme nicht stattgefunden hat, die Abnahme vielmehr als erfolgt gilt. Für den Fall der tatsächlichen Abnahme enthält die Verdingungsordnung für Bau-

leistungen keine dem § 12 Ziff. 5 Abs. 3 entsprechende Vorschrift. Ist deshalb, wie (oben I, 2) ausgeführt, bei der förmlichen Abnahme (§ 12 Ziff. 4) ein Vorbehalt im Zeitpunkt der Abnahme erforderlich, so ist nicht einzusehen, warum bei einer unterstellten Abnahme (§ 12 Ziff. 5 Abs. 1 und 2) etwas grundsätzlich anderes gelten sollte. Aus dem Wort "spätestens" ergibt sich deshalb lediglich, daß der Vorbehalt innerhalb der 12-Tagefrist der Ziffer 5 Abs. 1 oder der 6-Tagefrist der Ziffer 5 Abs. 2 erklärt sein muß; insofern tritt bei unterstellter Abnahme anstelle eines Zeitpunkts eine Frist. Vor Beginn der Frist und nach deren Ablauf ausgesprochene Vorbehalte haben keine Wirkung (ebenso Ingenstau-Korbion, VOB, S. 541).

Die Beklagte behauptet nicht, daß sie oder ihr Architekt in den Zeiträumen vom 1. bis 8. Oktober, 1. bis 7. November und 1. bis 8. Dezember 1953 einen Vorbehalt wegen der Vertragsstrafe erklärt haben. Das Schreiben ihres Architekten vom 5. November 1953 enthält, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß feststellt, keinen Vorbehalt. Die einen Vorbehalt enthaltenden Schreiben ihres Architekten liegen nicht innerhalb der genannten Fristen.

Dafür, daß die Beklagte den nach und nach erfolgten Einbau der Fenster jeweils als Teilerfüllung abgenommen hätte, ist weder den Feststellungen des Berufungsgerichts, noch dem Sachvortrag der Parteien etwas zu entnehmen. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß die Beklagte, wie die Revision meint, durch die wiederholten Schreiben ihres Architekten das Recht auf die verwirkte Vertragsstrafe wenigstens insofern aufrecht erhalten habe, als sie bei Teillieferungen der Klägerin auf der Vertragsstrafe bestanden habe.

II.

1.) Die Beklagte hatte in ihrer Klageerwiderung vom 13. Februar 1954 (S. 3) auf die Aufrechnung mit dem Vertragsstrafanspruch hingewiesen und sich außerdem vorbehalten, Verzugsschäden geltend zu machen. Im Verlaufe des Berufungsverfahrens hat das Oberlandesgericht der Beklagten durch Beschluß vom 22. Februar 1959 anheimgestellt, "den geltend gemachten Verzugsschaden" im einzelnen darzustellen und Beweis anzutreten. Zur Erfüllung der Auflage hat es der Beklagten eine Frist bis zum 10. März, der Klägerin zur Antwort hierauf eine Frist bis zum 20. März 1959 gesetzt und Termin zur Weiterverhandlung auf den 4. Mai 1959 anberaumt.

Die Beklagte hat ihren Schriftsatz erst am 30. April 1959 eingereicht. Darin hat sie die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch erklärt und zur Begründung Ausführungen tatsächlicher Art gemacht. Diesen Schriftsatz hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 4. Mai 1959 vorgetragen, auf Grund deren das Berufungsgericht das angefochtene Urteil erlassen hat. Darin hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten gemäß § 279 a ZPO unberücksichtigt gelassen, weil die Beklagte die Überschreitung der Frist um mehr als 6 Wochen nicht genügend entschuldigt habe; die Beklagte könne deshalb, so heißt es im angefochtenen Urteil, ihre Gegenforderung auf Verzugsschadensersatz "in diesem Rechtsstreit" nicht aufrechnen.

2.) Die Revision stellt sich unter Hinweis auf Wieczorek, ZPO § 279 a, A II und die dort angeführten Schriftsteller auf den Standpunkt, eine nach Ablauf der gesetzten Frist, jedoch in der nächsten mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung dürfe das Gericht nicht nach § 279 a ZPO unberücksichtigt lassen, weil die Erklärung in jedem Falle erst mit dem Vortrag in der mündlichen Verhandlung wirksam werden könne. Darin kann ihr nicht gefolgt werden.

a) § 279 a ZPO enthält eine die Regelung des § 279 ZPO ergänzende Sondervorschrift. Sie schließt an § 279 Abs. 2 ZPO an, wo vorgesehen ist, daß Angriffs- und Verteidigungsmittel, die eine Partei nicht rechtzeitig durch vorbereitenden Schriftsatz (§ 272 ZPO) mitgeteilt hat, unter den in Abs. 1 ausgeführten Voraussetzungen zurückgewiesen werden können. Auch § 279 a ZPO betrifft durch vorbereitende Schriftsätze mitzuteilende Erklärungen. Er geht davon aus, daß das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Interesse einer sachdienlichen Entscheidung einer Partei aufgibt, sich über aufklärungsbedürftige, streitige Punkte, also Tatsachen, schriftlich zu erklären. Für die Einreichung des die verlangte Erklärung enthaltenden vorbereitenden Schriftsatzes kann das Gericht der Partei eine Frist setzen. Versäumt die Partei die Frist, so darf das Gericht eine später nachgeholte Erklärung, ohne daß die weitergehenden Voraussetzungen des § 279 Abs. 1 ZPO vorzuliegen brauchen, für den Rechtszug schon dann unberücksichtigt lassen, wenn die Partei die Verspätung nicht genügend entschuldigt. Zwar muß die schriftsätzlich angekündigte Erklärung, um prozessual wirksam zu werden, in der mündlichen Verhandlung vorgetragen werden; insofern hat sie keine weitergehende Bedeutung als ein sonstiger Schriftsatz. Daraus folgt aber nicht, daß die gesetzte Frist nicht vor der letzten mündlichen Verhandlung ablaufen könne. Das Gesetz sagt nicht, daß die Frist mindestens bis zur nächsten mündlichen Verhandlung laufen müsse. Aus dem Zweck der Vorschrift ergibt sich vielmehr das Gegenteil. Sie stellt dem Gericht eine Maßnahme zur Verfügung, durch die es die erschöpfende Erörterung der aufklärungsbedürftigen Punkte in der nächsten mündlichen Verhandlung sicherstellen kann. Deshalb muß das Gericht für die Befolgung der Schriftsatzauflage eine

vor dem Termin ablaufende Frist setzen dürfen, damit nicht der Gegner der aufgeforderten Partei, weil er noch keine Gelegenheit hatte, erforderliche Erkundigungen einzuziehen, in der mündlichen Verhandlung einen Vertagungsantrag stellt.

b) Das Berufungsgericht hat der Beklagten, wie erwähnt, im Beschluß vom 22. Februar 1959 aufgegeben, den geltend gemachten Verzugsschaden im einzelnen darzustellen und Beweise anzutreten. Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches aus Verzug waren, entgegen der Meinung der Revision, streitig (§ 279 a ZPO). Insbesondere hatte die Klägerin während des ganzen Rechtsstreits bestritten, daß der verspätete Einbau der Fenster auf ihr Verschulden zurückzuführen sei. Dem entspricht es, daß sie auch in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht den gesamten Inhalt des von der Beklagten verspätet eingereichten Schriftsatzes vom 27. April 1959 bestritten hat - womit übrigens die Beklagte ausweislich ihres Schriftsatzes von vornherein gerechnet hat.

c) In ihrer Klagebeantwortung vom 13. Februar 1954 hatte die Beklagte lediglich erklärt, sie behalte sich vor, Verzugsschäden geltend zu machen. Erst ihr Schriftsatz vom 27. April 1959 enthielt die Aufrechnungserklärung, und erst in der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 1959 hat sie den Aufrechnungseinwand als prozessuales Verteidigungsmittel geltend gemacht.

Solange der Aufrechnungseinwand nicht erhoben war, bestand für das Berufungsgericht allerdings kein Anlaß, den Sachverhalt, aus dem sich die Gegenforderung ergeben sollte, von der Beklagten ergänzen zu lassen. Die Vorschrift des § 279 a ZPO, der die richterliche Aufklärungspflicht zugrunde liegt, dient nicht dazu, einer Partei Gelegenheit zu geben oder gar nahezu legen, im Prozeß

einen Aufrechnungseinwand erst zu erheben. Die Beklagte kann jedoch nicht rügen, das Berufungsgericht habe die nach Fristablauf eingereichte Erklärung schon deshalb nicht unberücksichtigt lassen dürfen, weil im Zeitpunkt der Fristsetzung der Aufrechnungseinwand noch nicht erhoben worden war. Wollte man dem folgen, so wäre die Beklagte besser gestellt, als sie es wäre, wenn sie den Aufrechnungseinwand schon vorher erhoben gehabt hätte. Die Beklagte ist nicht dadurch beschwert, daß ihr das Gericht nicht nur Gelegenheit zu tatsächlichem Vorbringen, sondern auch zur Erhebung des Aufrechnungseinwandes gegeben hat.

Die Voraussetzungen des § 279 a ZPO waren nach alledem gegeben.

3.) Die Nichtberücksichtigung tatsächlichen Vorbringens gemäß § 279 a ZPO hat die gleiche Rechtsfolge, wie wenn das Gericht dieses tatsächliche Vorbringen nicht für erwiesen erachtet. Ein aus dem Vorbringen hergeleiteter Anspruch wird durch das Urteil aberkannt. Und ist aus dem unberücksichtigt gelassenen Sachvortrag eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung hergeleitet worden, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig (§ 322 Abs. 2 ZPO). Durch das angefochtene Urteil ist somit der Beklagten die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung aberkannt.

Diese Rechtsfolge hat aber das Berufungsgericht ersichtlich nicht gewollt. Es sagt im angefochtenen Urteil, die Beklagte könne "in diesem Rechtsstreit" keine Gegen-

forderung aus Verzugsschaden wirksam gegen den Klageanspruch aufrechnen. Das Berufungsgericht wollte sich also allem Anschein nach einer sachlichen Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Verzugsschadensforderung enthalten und der Beklagten deren Geltendmachung in einem anderen Rechtsstreit vorbehalten. Dieses Ergebnis konnte das Berufungsgericht auf Grund des § 279 a ZPO nicht erreichen; die Anwendung dieser Vorschrift beruht also auf einem Irrtum über ihre Tragweite.

Die Aberkennung der Gegenforderung hätte das Berufungsgericht dadurch vermeiden können, daß es den Aufrechnungseinwand als solchen gemäß § 529 Abs. 5 ZPO nicht mehr zuließ. Die Voraussetzungen dieser Befugnis sind andere als für die Nichtberücksichtigung tatsächlichen Vorbringens nach § 279 a ZPO. Da die Klägerin der Berücksichtigung des Schriftsatzes der Beklagten vom 27. April 1959 und damit auch der Berücksichtigung des Aufrechnungseinwands widersprochen hat, hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Aufrechnung sachdienlich (BGHZ 1, 65, 71; 5, 373, 377) war. Diese Prüfung kann im Revisionsverfahren allenfalls dann nachgeholt werden, wenn die Sachdienlichkeit offensichtlich nicht gegeben ist. Davon kann hier keine Rede sein.

Deshalb war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann Heimann-Trosien Erbel Meyer Finke