

Verkündet
am 14. Oktober 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2193 062

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm L [REDACTED], Kies- und Lohn-
baggerei in H [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Josef S [REDACTED], Fahrzeugbauartikelfabrik
in K [REDACTED], Kreis U [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1963 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und
Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 14.
Juni 1962 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als er
zur Zahlung von mehr als 4.947,01 DM nebst Zinsen davon ver-
urteilt worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur
neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 3/7 zu
tragen. Über die verbleibenden 4/7 hat das Oberlandesge-
richt zu befinden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt in Heinsberg eine Kieswerkanlage. Im September 1959 bestellte der Ingenieur N. [REDACTED] namens des Beklagten für diese Anlage bei der Klägerin ein Vibrationssieb, das N. [REDACTED] entworfen hatte. Die Klägerin lieferte es Anfang Oktober 1959 und schickte zugleich ihren Mechanikermeister Sch. [REDACTED] nach Heinsberg; dieser sollte dort die Maschine aufstellen, aus von dem Beklagten gelieferten Material die sogenannten Ablaufschurren (das sind unter dem Sieb angebrachte Rinnen, auf denen der Kies in die Silos läuft) fertigen und die Anlage auswuchten.

Sch. [REDACTED] kam am 2. Oktober 1959 bei dem Beklagten an. Dieser beschäftigte ihn zunächst nicht bei der Aufstellung der von der Klägerin gelieferten Anlage, sondern ließ ihn andere Arbeiten verrichten. Die Schurren fertigte im Auftrage des Beklagten die Firma B. [REDACTED] an. Schließlich montierte Sch. [REDACTED] das Vibrationssieb, kam aber nicht mehr dazu, die Maschine auszuwuchten. Inzwischen hatte ihn nämlich die Klägerin, die über seine lange Abwesenheit ungehalten war und ihn in ihrem Betrieb dringend benötigte, am 19. Oktober 1959 zurückberufen.

Der Beklagte war mit der Abreise Sch. [REDACTED] einverstanden, ebenso damit, daß er die Auswuchtung einem Monteur der Firma B. [REDACTED] übertrug. Dieser wurde damit aber nicht fertig, weil ihm die erforderliche Sachkunde fehlte. Der Beklagte nahm die Anlage trotzdem etwa 14 Tage lang in Betrieb.

Infolge der unzureichenden Auswuchtung kam es alsbald zu verschiedenen Schäden. Deswegen rief der Beklag-

- 3 -

te mehrfach bei der Klägerin an und bat um die nochmalige Abordnung Sch[REDACTED]. Die Klägerin erwiderte, daß sie ihn nicht sofort entbehren könne. Darauf teilte ihr der Beklagte mit Schreiben vom 26. Oktober 1959 mit, daß er die Maschine zur Verfügung stelle. Die Klägerin widersprach dem am 29. Oktober 1959 und schickte Sch[REDACTED] am 7. November 1959 nach Heinsberg. Dieser wuchtete die Maschine bis zum 13. November 1959 ordnungsmäßig aus. Der Beklagte verweigerte jedoch die Abnahme.

Die Klägerin verlangt mit der Klage den Werklohn für die Anfertigung des Vibrationsribs mit 8.742,76 DM sowie für die Arbeiten Sch[REDACTED] 2.700,7 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte beantragt Klageabweisung. Er ist der Meinung, daß er befugt gewesen sei, den Vertrag aufzulösen, weil die Maschine nicht funktioniert habe. Im 2. Rechtszuge hat er ferner behauptet, daß die Montagekosten einschließlich der Aufwendungen für die Herstellung der Schurren und für die Auswuchtung in dem vereinbarten Preis von 8.742,76 DM enthalten seien. Er hat ferner mit verschiedenen Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Land- und das Oberlandesgericht haben den Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht würdigt den Schriftwechsel und die Beweisaufnahme dahin, daß die Klägerin die Anfertigung des Siebes sowie die Montage einschließlich der Herstellung der Schurren und einschließlich der Auswuchtung übernommen habe. Jedoch habe der Beklagte, so führt es aus, Sch [REDACTED] für andere Arbeiten eingesetzt und die Schurren von einer anderen Firma fertigen lassen. Damit habe er zu erkennen gegeben, daß er auf diese Vertragsleistung der Klägerin verzichte.

Die verbliebenen Arbeiten habe die Klägerin ordnungsmäßig ausgeführt. Zwar habe zunächst die Auswuchtung gefehlt. Die Klägerin habe sie aber zwischen dem 7. und 13. November 1959 nachgeholt. Das sei noch rechtzeitig gewesen. Der Beklagte müsse also den Werklohn von 8.742,76 DM bezahlen.

Die Revision greift diese Ausführungen vergeblich an.

Der Beklagte begründet seine Erfüllungsweigerung in erster Linie damit, daß er der Klägerin die Anlage mit Schreiben vom 26. Oktober 1959 mit Recht "zur Verfügung gestellt" und am 3. November 1959 den Abbau verlangt habe.

Das Berufungsgericht ist demgegenüber der Ansicht, daß dem Beklagten ein Wandlungs- oder Rücktrittsrecht nicht zusteho. Es sei fraglich, ob er nicht überhaupt eine Frist zur Vornahme der Auswuchtung gemäß den §§ 634 Abs. 1 S. 1, 636 Abs. 1 BGB hätte setzen müssen. Jeden-

falls habe die Klägerin der ihr insoweit obliegenden Pflicht durch die Arbeiten genügt, die Sch[REDACTED] in der Zeit zwischen dem 7. und 13. November 1959 ausgeführt habe. Der Beklagte habe es im Hinblick auf den anderweiten Einsatz Sch[REDACTED] selbst zu vertreten, daß dieser die Maschine nicht mehr sofort habe auswuchten können; unter Berücksichtigung dieses Umstands sei die Durchführung im November 1959 noch als rechtzeitig anzusehen.

Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen.

1. Das Abkommen der Parteien ist ein Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache (§ 651 BGB), oder - hinsichtlich der Montage - ein reiner Werkvertrag; er ist also nach den Vorschriften der §§ 633 ff BGB zu beurteilen.

Als Sch[REDACTED] am 19. Oktober 1959 aus Heinsberg abreiste, fehlte unstreitig die von der Klägerin geschuldete Auswuchtung. Zwar sollte sie im Einverständnis mit dem Beklagten von einem anderen Monteur vorgenommen werden. Der Beklagte hatte aber damit nach der tatsächlichen Würdigung des Oberlandesgerichts nicht auf die Nachholung durch die Klägerin verzichtet, wenn sich Schwierigkeiten ergeben sollten.

a) Ob der Beklagte die Anlage am 19. Oktober 1959 bereits abgenommen hatte, hat das Berufungsgericht nicht entschieden (S. 20 d. Urt.). Es läßt ferner dahingestellt, ob das Fehlen der Auswuchtung als Mangel i.S. der §§ 633, 634 BGB oder als nicht rechtzeitige Herstellung gemäß dem § 636 BGB anzusehen ist.

Einer Stellungnahme hierzu bedarf es in der Tat nicht. Denn der Beklagte hätte sich in jedem Falle nur dann von dem Vertrage lösen können, wenn er der Klägerin eine Frist zur Nachholung gesetzt hätte. Das würde auch dann gelten, wenn die Abnahme nicht erfolgt und der Beklagte deswegen grundsätzlich befugt sein würde, auf die Rechte aus dem § 326 BGB zurückzugreifen (vgl. u.a. BGHZ 26, 337; Urt.d.Sen.v. 7. Februar 1963 VII ZR 239/61); denn auch gemäß dieser Vorschrift bedarf es, ebenso wie im Falle der §§ 634 und 636 BGB, einer solchen Fristbestimmung. Sie hat der Beklagte hier unstreitig unterlassen.

b) Allerdings meint die Revision unter Verweisung auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs LM § 634 BGB Nr. 1, einer Fristsetzung hätte es nicht bedurft, weil dem Beklagten ein solches Vorgehen im Hinblick auf das Verhalten der Klägerin nicht zuzumuten gewesen wäre.

Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Sch [REDACTED] war 18 Tage bei dem Beklagten in Heinsberg. Diese Zeit hätte, wie auch die Revision nicht in Abrede stellt, zur Anfertigung der Schurren und zur Vornahme weiterer Arbeiten ausgereicht. Daß es dazu nicht gekommen ist, beruhte allein auf dem vom Beklagten im eigenen Interesse gewünschten, anderweiten Einsatz Sch [REDACTED]; das Oberlandesgericht konnte sich bei seiner dahingehenden, rechtlich nicht zu beanstandenden Feststellung insbesondere auf die eigenen Angaben des Beklagten bei seiner Anhörung vom 27. Juni 1961 stützen.

Es lag auf der Hand, daß die Klägerin ihren Meister im eigenen Betrieb dringend benötigte und nicht unbeschränkte Zeit entbehren konnte. Das mußte sich auch der

Beklagte sagen und hierauf Rücksicht nehmen; insbesondere konnte er nicht erwarten, daß ihm Sch[REDACTED] sofort wieder zur Verfügung gestellt wurde. Unter diesen Umständen hätte er in jedem Falle eine angemessene Frist setzen müssen, wie es die Bestimmungen der §§ 634 und 326 BGB als die Regel vorsehen, bevor er sich vom Vertrag löste.

Bei dieser Beurteilung ist ferner zu berücksichtigen, daß zwischen der Abreise Sch[REDACTED] und der ersten Zurverfügungstellung nur 7 Tage lagen, daß sich die Klägerin fernmündlich und sofort nach Erhalt des Briefes des Beklagten vom 26. Oktober 1959 auch schriftlich bereit erklärt hat, Sch[REDACTED] zur Nachbesserung zu schicken (Schreiben vom 29. Oktober und 5. November 1959), sowie, daß diese Arbeiten kurz darauf auch durchgeführt wurden.

c) Dem Beklagten stand somit schon mangels Fristsetzung kein Wandlungs- oder Rücktrittsrecht zu. Daß sich eine solche Fristsetzung wegen eines besonderen Interesses des Beklagten an der sofortigen Geltendmachung jener Rechte erübrigte (§§ 634 Abs. 3 und 326 Abs. 2 BGB), hat er in den Tatsacheninstanzen nicht schlüssig behauptet. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erwähnte Annahme des Oberlandesgerichts, der Beklagte habe die Maschine in Gebrauch genommen, um einen größeren Schaden abzuwenden, ist insoweit bedeutungslos.

Es kommt also nicht mehr darauf an, ob die Durchführung der Auswuchtung zwischen dem 7. und 13. November 1959 noch als rechtzeitige Vertragserfüllung anzusehen ist, wie das Berufungsgericht annimmt. Zudem sind aber auch diese Ausführungen rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Dadurch, daß der Beklagte die Anlage nach der Abreise Sch [REDACTED] alsbald benutzte, entstanden daran nicht unwesentliche Schäden. Das Oberlandesgericht meint, die Klägerin habe sie nicht zu verantworten, weil sie der Beklagte verursacht habe. Deswegen könne er auch hierauf kein Wandlungs- oder Rücktrittsrecht stützen.

Die dagegen gerichteten Revisionsrügen sind ebenfalls unbegründet.

a) Auch wegen dieser Schäden hätte sich der Beklagte, wenn sie die Klägerin zu vertreten hätte, nur nach Fristsetzung vom Vertrage lösen können (§§ 634 und 326 BGB). Daran fehlt es. Der Beklagte hat vielmehr, wie das Oberlandesgericht S. 17 d. Urt. feststellt, trotz der inzwischen durchgeführten Auswuchtung die Ausbesserung abgelehnt. Dann kann er aus deren Unterlassung keine Rechte gegen die Klägerin herleiten.

Es ist auch nicht etwa dargetan, daß die Maschine nicht mehr reparaturfähig gewesen wäre. Das Gegenteil haben Sch [REDACTED] und N [REDACTED] als Zeugen bekundet, ohne daß der Beklagte das in Abrede gestellt hätte.

b) Dem Oberlandesgericht ist aber auch darin zuzustimmen, daß die Klägerin zur Beseitigung mindestens des wesentlichsten Teils dieser Schäden nicht verpflichtet war.

Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts insoweit mißverständlich sind. Es ist nicht richtig, daß jene Schäden nur durch die Inbetriebnahme seitens des Beklagten verursacht worden sind. Ursächlich dafür war auch das Verhalten Sch [REDACTED],

der die Anlage unfertig zurückließ und den Auftrag zur Auswuchtung - wenn auch im Einverständnis mit dem Beklagten - einem Monteur übertrug, der erklärte, daß ihm die dazu notwendige Sachkunde fehlte.

Das ändert aber nichts daran, daß der Beklagte die Verantwortung für den wesentlichsten Teil der Schäden selbst zu tragen hat. Er hat nämlich die Hauptursache für sie dadurch gesetzt, daß er die Maschine 14 Tage lang benutzte, obwohl er hätte erkennen müssen, daß dadurch schwere Schäden entstehen konnten.

Die Revision wendet hiergegen ein, das Oberlandesgericht habe nicht eine solche Kenntnis des Beklagten, sondern nur seiner "Leute" festgestellt. Darauf kommt es aber schon deswegen nicht an, weil der Beklagte auch für sie einzutreten hat (§§ 254, 278 BGB). Im übrigen hat der Beklagte in seinem Schreiben vom 14. Dezember 1959 selbst mitgeteilt, er habe das "Malheur" schon festgestellt, als Sch. [REDACTED] kaum zu Hause gewesen sei.

Somit hätte die Klägerin höchstens für die Schäden in Anspruch genommen werden können, die am Anfang der Inbetriebnahme entstanden; denn damals mag noch nicht erkennbar gewesen sein, daß die von der Firma B. [REDACTED] vorgenommene Auswuchtung unzureichend war. Diese Schäden können aber nur eine untergeordnete Rolle gegenüber denen gespielt haben, die durch die nachfolgende Benutzung verursacht worden sind. Letztere hatte der Beklagte, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, selbst zu tragen, auch wenn Sch. [REDACTED] ein geringfügiges Mitverschulden getroffen haben sollte. Jedenfalls durfte er sie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zum Anlaß nehmen, sich - zudem noch ohne Fristsetzung - vom Vertrag zu lösen.

3. Gemäß dem § 641 BGB ist die Vergütung bei der Abnahme zu entrichten. Ob sie erfolgt ist, hat das Oberlandesgericht, wie bereits ausgeführt, nicht festgestellt.

Es brauchte dies auch nicht. Denn die Vergütung wird auch dann fällig, wenn der Besteller die Abnahme, wie hier, zu Unrecht verweigert (Urt.d.Sen.v. 14. April 1960 VII ZR 63/59).

Die Revision ist daher unbegründet, soweit sie sich gegen die Berechtigung der Forderung von 8.742,76 DM richtet.

II.

Die Klägerin verlangt weiter eine Vergütung dafür, daß sie dem Beklagten ihren Meister Sch[REDACTED] in der Zeit vom 2. bis 19. Oktober und vom 7. bis 13. November 1959 zur Verfügung gestellt hat (2.203 und 504, insgesamt 2.707 DM).

Der Beklagte hat sich gegen diese Forderung damit verteidigt, daß die Kosten der Montage und somit auch die für die Auswuchtung und die Herstellung der Schurren in dem Preise von 8.742,76 DM enthalten seien.

Das Oberlandesgericht ist dem nicht gefolgt. Es verweist insoweit auf das Verhalten des Beklagten im Prozeß und auf den Schriftwechsel. Die vom Beklagten zum Beweise seiner Behauptung beantragte Vernehmung des Ingenieurs N[REDACTED] lehnt es mit der Begründung ab, sein Vortrag sei insoweit dahin zu verstehen, daß die Montage der Anlage sowie die Anfertigung der Schurren zum Aufgabengebiet der Klägerin gehört hätten, nicht jedoch, daß diese Leistungen im Preise einbegriffen seien.

Die Revision ist der Ansicht, daß das Oberlandesgericht mit dieser Würdigung den § 286 ZPO verletzt habe. Sie hat insoweit Erfolg.

1. Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Beweisanspruch des Beklagten S. 8 des vorbehaltenen Schriftsatzes vom 14. April 1962 gilt, ist nicht haltbar. Sie widerspricht nicht nur dem eindeutigen Wortlaut und Sinn jenes Vorbringens, sondern auch dem Zusammenhang, in dem es verstanden werden muß.

Dor Beklagte hatte S. 6 und 10 f seiner Berufungsbegründung unmißverständlich geltend gemacht, die Montagekosten seien im Festpreise von rund 8.750 DM enthalten. Das bestritt die Klägerin in ihrer Erwiderung vom 23. März 1962 und meinte, daß der Beklagte hierfür beweispflichtig sei. Wenn dieser nunmehr jenen Beweis S. 8 des vorbehaltenen Schriftsatzes vom 14. April 1962 durch Benennung N [REDACTED] als Zeugen mit den Worten antrat:

"Zwischen den Parteien ist ausdrücklich ein Festpreis von 8.750 DM vereinbart worden, der die Aufstellung und die Montage einschloß",

so bleibt für die Auslegung des Oberlandesgerichts kein Raum. Vielmehr ist nur die Deutung möglich, daß der Beklagte behaupten und unter Beweis stellen wollte, der Preis von rund 8.750 DM sollte alle von der Klägerin übernommenen Leistungen erfassen.

Es ist auch nicht richtig, daß dieser Behauptung die notwendige Substantiierung fehlte. Insoweit ist das vorgetragene Schreiben N [REDACTED] an den Beklagten vom 9. November 1959 zu beachten. Er hat den Vertrag für den Beklagten abgeschlossen und will bei dieser Gelegenheit die fragliche Vereinbarung getroffen haben.

2. N [REDACTED] ist zwar bereits im ersten Rechtszuge als Zeuge gehört worden. Das entband das Oberlandesgericht aber nicht von der Verpflichtung, ihn nochmals zu vernehmen. Denn zu dem nunmehrigen Vortrag des Beklagten hatte er sich damals nicht geäußert. Das hat auch das Oberlandesgericht erkannt; denn es stützt die Ablehnung der Beweiserhebung nicht auf den § 398 ZPO.

3. Auf dem Fehler kann das Urteil zum Teil beruhen.

Die Klägerin hat für die Arbeiten Sch [REDACTED] 2.707 DM in Rechnung gestellt. Sie wäre hierzu nicht befugt gewesen, wenn die Behauptungen des Beklagten über den Festpreis zuträfen und wenn jener Betrag für die Montage, die Anfertigung der Schurren und die Auswuchtung notwendig gewesen wäre. Ob dies der Fall war, ist nicht sicher. Denn der Beklagte hat Sch [REDACTED] im wesentlichen für andere Aufgaben eingesetzt. Mangels hinreichender Feststellungen hierzu muß aber das Revisionsgericht vorerst davon ausgehen, daß der ganze Betrag von 2.707 DM entfallen könnte.

Das Urteil ist daher in diesem Umfange aufzuheben.

III.

Der Beklagte hat mit verschiedenen Gegenansprüchen aufgerechnet.

1. In erster Linie handelt es sich um folgende Forderungen:

Montagerechnung der Firma B [REDACTED] für Anfertigung der Schurren vom 18. Oktober 1959	1.932,-- DM
desgl. vom 28. Oktober 1959	1.863,75 DM,
Kosten der Demontage der von der Klägerin gelieferten Anlage	709,75 DM.

a) Das Berufungsgericht hält die Ersatzansprüche des Beklagten für die Kosten der Demontage für unbegründet, weil ihm kein Recht zur Wandlung oder zum Rücktritt zugestanden habe.

Das ist, wie sich aus den Erörterungen zu I ergibt, rechtlich nicht zu beanstanden. Aus den gleichen Gründen ist ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Beklagten aus den §§ 635 oder 326 BGB nicht gerechtfertigt.

b) Dagegen kann die ablehnende Entscheidung des Berufungsgerichts durch den zu II behandelten Rechtsirrtum beeinflusst sein, soweit es sich um die Rechnungen der Firma B [REDACTED] für die Anfertigung der Schurron handelt.

Sollte nämlich die Klägerin verpflichtet gewesen sein, die Schurron für den Preis von 8.742,76 DM mit zu fertigen, so hätte der Beklagte jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung Erstattungsansprüche, soweit nicht eine solche Forderung überhaupt aus einer entsprechenden stillschweigenden Vertragsabrede zu entnehmen sein sollte.

Das Revisionsgericht muß mangels einer dahingehenden Prüfung durch den Tatrichter vorerst davon ausgehen, daß hierfür die von dem Beklagten angeführten 3.795,75 DM in Betracht kommen. Mit diesem Betrag könnte der Beklagte, wenn die Vernehmung N [REDACTED] zu dem vom Beklagten gewünschten Ergebnis führen sollte, möglicherweise mit Erfolg aufrechnen.

Das Urteil ist also wegen weiterer 3.795,75 DM nebst Zinsen davon aufzuheben.

2. Der Beklagte hat ferner Schadensersatzansprüche in Höhe von über 15.600 DM geltend gemacht und mit ihnen aufgerechnet. Er begründet sie damit, daß die Klägerin die Anlage spätestens bis zum 25. Oktober 1959 hätte fertigstellen müssen und daß er bis zur Inbetriebnahme einer Ersatzanlage (in der zweiten Novemberhälfte) einen entsprechenden Verdienstausschlag erlitten habe.

Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung mit diesem Anspruch gemäß dem § 529 Abs. 5 ZPO nicht zugelassen. Die Revision wendet sich vergeblich hiergegen.

a) Das Oberlandesgericht stellt S. 26 d. Urt. fest, daß die Klägerin in die Aufrechnung nicht eingewilligt habe. Daß von einer solchen Erklärung im Sitzungsprotokoll nichts enthalten ist, ist bedeutungslos, da es sich nicht um eine der Förmlichkeiten handelt, deren Aufnahme in die Niederschrift gemäß dem § 160 ZPO vorgeschrieben ist.

Die Revision kann also mit ihrer Annahme, die Einwilligung der Klägerin sei infolge ihres Schweigens zu vermuten (§ 295, 269 ZPO), nicht gehört werden.

b) Zwar ist die Begründung des Berufungsgerichts, insoweit wären noch Beweise zu erheben gewesen, nicht mit seinen vorangegangenen Ausführungen in Einklang zu bringen. Denn der Schadensersatzanspruch des Beklagten könnte nur begründet sein, wenn die Klägerin die ihr obliegenden Pflichten verletzt hätte. Das hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum verneint, wie bereits dargelegt worden ist.

Der Beklagte ist aber nicht dadurch beschwert, daß ihm nur die Aufrechnung mit seinem Gegenanspruch ver-

sagt worden ist, obgleich die Aberkennung am Platze gewesen wäre.

IV.

Das Urteil ist somit in Höhe von 2.707 und 3.795,75 DM, insgesamt 6.502,75 DM nebst Zinsen davon aufzuheben; in diesem Umfang ist die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Wegen des Restes von 4.947,01 DM nebst Zinsen davon ist es zu bestätigen.

Die Kosten der Revision hat der Beklagte gemäß den §§ 92 und 97 ZPO zu 3/7 zu tragen. Über die verbleibenden 4/7 wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Meyer

Dr. Vogt