

1. Gesetz: GrundstückspreisVO §§ 4, 5; BGB § 134, § 819 Abs. 2.

Rechtssatz: Auch bei beiderseits bewußtem Verstoß gegen die Preisvorschriften gilt für die Rückgewähr des über dem Stopppreis liegenden nicht beurkundeten Teils des Entgelts für das Grundstück die verschärfte Haftung des § 819 Abs. 2 BGB.

Ist das vereinbarte Entgelt preisrechtlich zulässig, so verstößt der Veräußerer nicht schon dadurch gegen ein gesetzliches Verbot, daß er den in Täuschungsabsicht nicht beurkundeten Teil des Entgelts entgegennimmt.

2. Gesetz: BGB § 818 Abs. 3 und 4.

Rechtssatz: Auch bei verschärfter Haftung hat der Empfänger zum Ausschluß seiner Haftung nur darzutun, daß er nicht mehr bereichert ist; der Entreicherte hat demgegenüber darzutun, daß zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Bereicherung noch bestand.

Aktenzeichen: V ZR 62/57
Urteil des BGH vom 19. März 1958

IG München
OLG München

V_ZR_62/57

Verkündet am 19. März 1958
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Maklerswitwe Maria S [REDACTED] in M [REDACTED]
[REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Lothar S c [REDACTED], Kraftfahrzeug- und Maschinen-
finanzierungen in M [REDACTED], P [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 19. März 1958 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Dr. Au-
gustin, Schuster, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
den Parteien an Verkündungs Statt am 21. Janu-
ar 1957 zugestellte Urteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts München vom 4. Januar
1957 aufgehoben. Die Sache wird zur anderwei-
ten Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen, dem auch die
Entscheidung über die Kosten der Revision
übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Chemiker W. als Käufer und der am 23. Februar 1955 verstorbene Ehemann der Beklagten als Verkäufer schlossen am 19. Februar 1952 vor dem Notar Dr. F. in M. einen Kaufvertrag ab über die Grundstücke M. Straße, auf dem ein Café betrieben wird, und T. Straße, auf dem ein Behelfsheim steht. Als Kaufpreis wurden einschließlich der übernommenen beweglichen Gegenstände (Inventar des Cafébetriebes) 50 000 DM beurkundet. Am 9. April 1952 hoben die Vertragsparteien in einer von demselben Notar aufgenommenen Urkunde den Kaufvertrag hinsichtlich des Grundstückes T. Straße wieder auf. Der Kaufpreis für den Grundbesitz minderte sich danach um 5 000 DM.

Der Kaufvertrag wurde am 14. August 1952 vom Stadtrat München als der Kreisverwaltungsbehörde nach dem Wohnsiedlungsgesetz mit dem Vermerk "preisrechtlich ohne Einwand" genehmigt und W. am 5. März 1954 als Eigentümer des Grundstückes M. Straße im Grundbuch eingetragen.

Der Kläger trägt vor, zwischen W. und dem Ehemann der Beklagten sei in Wahrheit für das Grundstück Menzingerstraße nicht der beurkundete Kaufpreis von 45 000 DM, sondern ein solcher von 70 000 DM vereinbart worden. W. habe daher außer der im Kaufvertrag erwähnten Barzahlung von 24 000 DM weitere 37 800 DM bezahlt. Für das Grundstück T. Straße seien als Kaufpreis statt der beurkundeten 5 000 DM in Wahrheit 15 000 DM vereinbart worden. Der gesamte vereinbarte Kaufpreis habe sich auf die Grundstücke bezogen, von einem Kaufpreis für den Geschäftswert des Cafés sei dabei keine Rede gewesen. Die Vertragsparteien seien sich vielmehr einig darüber gewesen, daß ein



preisrechtlich nicht zulässiger Kaufpreis für das Grundstück bezahlt werden sollte. Den über den beurkundeten Kaufpreis hinausgehenden tatsächlich bezahlten Kaufpreis müsse die Beklagte als die alleinige Erbin ihres Ehemanns zurückbezahlen. Wojak habe einen Teil seiner Forderung in Höhe von 9 300 DM an den Kläger abgetreten.

Der Kläger begehrt daher von der Beklagten, die den Rechtsstreit anstelle ihres verstorbenen Ehemannes aufnahm, die Zahlung von 9 300 DM.

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Es sei richtig, hat sie ausgeführt, daß für das Grundstück M[redacted]straße ein Preis von 75 000 DM einschließlich des Geschäftswerts des Cafés und für das Grundstück T[redacted]straße ein Kaufpreis von 10 000 DM vereinbart worden sei. Auf Vorschlag des W[redacted] sei jedoch nur ein Kaufpreis von 50 000 DM deshalb beurkundet worden, weil 25 000 DM für den Geschäftswert verrechnet worden seien; der Verkauf des Geschäfts bedürfe keiner Beurkundung. W[redacted] habe außer den übernommenen Grundstückslasten vor der Beurkundung 36 000 DM und bei der Beurkundung 24 000 DM in bar bezahlt. Vorsorglich werde mit einem Anspruch auf Ablösung von Waren in Höhe von 4 329,45 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte weiter bestritten, daß der Grundstückskaufvertrag vor dem 12. Dezember 1952 preisrechtlich genehmigt worden sei. Sie hat außerdem eingewendet, die Klage sei auch deswegen unbegründet, weil sie nicht mehr bereichert sei; ihr Ehemann habe den Kaufpreis für den Geschäftswert des Cafés restlos verbraucht.

Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos.

Mit der Revision verfolgt sie ihren Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Im Berufungsurteil ist ausgeführt:

1. Nach der glaubhaften Aussage der Zeugin St. seien sich die Vertragsparteien darüber einig gewesen, daß das Grundstück M.straße einschließlich Haus und Geschäft um 70 000 DM und das Grundstück T.straße einschließlich Behelfsheim um weitere 15 000 DM verkauft werde. Auf Veranlassung des Ehemanns der Beklagten, der Grundstücksmakler gewesen sei, sei jedoch beim Notar zur Kostenersparnis nur ein Gesamtbetrag von 50 000 DM angegeben worden, wobei vor der Errichtung der notariellen Urkunde der Unterschiedsbetrag vom Käufer W. in bar "mit Handschlag" habe bezahlt werden sollen. Für den Fall, daß der wahre Preis offenkundig werden sollte, hätten die Parteien vorgesehen zu erklären, daß der Unterschiedsbetrag von etwa 35 000 DM als Geschäftsablösung gedacht gewesen sei.

Die Richtigkeit der Aussage der Zeugin werde auch durch eine vom Ehemann der Beklagten gefertigte Aufstellung gestützt, die zwei Berechnungsarten - mit und ohne Berücksichtigung des niedrigeren Preises in der notariellen Urkunde - aufweise, jedoch ersehen lasse, daß eine Aufschlüsselung in einen Kaufpreis für das Grundstück und für

den Geschäftswert des gewerblichen Betriebes weder vereinbart noch gewollt gewesen sei.

Die Parteien hätten also in Täuschungsabsicht ein geringeres als das vereinbarte Entgelt beurkunden lassen. Da der notarielle Kaufvertrag durch die Preisverwaltungsbehörde München am 14. August 1952 preisrechtlich genehmigt worden sei, sei trotz der Befreiung der bebauten Grundstücke vom Preisstop durch die Verordnung vom 28. November 1952. (BGBI I 792) die Grundstückspreisverordnung auf den Kaufvertrag anwendbar und der Käufer berechtigt, die den Betrag von 50000 DM übersteigende Leistung nach § 5 der Grundstückspreisverordnung zurückzufordern.

2. Da der Ehemann der Beklagten durch die Annahme des nicht beurkundeten Überpreises gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen habe, sei er vom Empfang der Leistung an zur Herausgabe verpflichtet gewesen als ob der Anspruch auf Herausgabe schon damals rechtshängig gewesen wäre. Der Wegfall oder die Minderung der Bereicherung berührten daher den Ersatzanspruch des Käufers nicht.

Der nicht beurkundete, aber bezahlte Barbetrag mache nach den Angaben der Beklagten 28 500 DM aus. Die einen Teilbetrag ausmachende Klageforderung von 9 300 DM sei also begründet.

3. Die Aufrechnung habe das Landgericht zutreffend nach § 279 ZPO zurückgewiesen. Die Aufrechnungsforderung sei zwar von der beklagten Partei schon in der Klagbeantwortung erwähnt worden, aber nur in dem Sinn, daß ihre Geltendmachung nicht notwendig sei, weil die Klageforde-

rung ohnedies unbegründet sei. Wenn die Gegenforderung also nicht schon damals, sondern erst gegen Schluß des ersten Rechtszuges (durch Aufrechnung) in den Rechtsstreit eingeführt worden sei, so beruhe das auf grober Nachlässigkeit der beklagten Partei. Auch im zweiten Rechtszug sei demzufolge diese Aufrechnungsforderung nicht zuzulassen, da sie bestritten sei und eine neue Beweisaufnahme erfordern würde, was zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits führen würde.

II.

Die Würdigung der Angriffe der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt:

1. Durch die Verordnung PR Nr. 75/52 über die Aufhebung der Preisvorschriften für den Verkehr mit bebauten Grundstücken vom 29. November 1952 (BGBl I. 792) ist die Preisbindung für bebaute Grundstücke aufgehoben worden. Nach § 5 d.V. kommt es für Verträge, die in der Zeit zwischen dem 1. Januar 1952 und dem 11. Dezember 1952 abgeschlossen worden sind, also auch für den hier in Frage stehenden 19. Februar 1952, darauf an, ob bis zum 12. Dezember 1952 eine Entscheidung der unteren Preisbehörde über die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung getroffen worden ist. Bejahendenfalls gilt für diese Verträge die Grundstückspreisverordnung. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten in der Berufungsbegründung, die in Abschrift vorliegende Genehmigung der Kreisverwaltungsbehörde München nach dem Wohnsiedlungsgesetz sei keine Entscheidung der Preisbehörde, nicht vorbeschrieben habe (§ 551 Nr. 7 ZPO). In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils hat das Berufungsgericht aber die

Genehmigung als preisrechtliche bezeichnet und zwar zu Recht, da nach § 1 Abs. 2 Satz 2 der Grundstückspreisverordnung eine Genehmigung nach dem Wohnsiedlungsgesetz zugleich als Unbedenklichkeitsbescheinigung der Preisbehörde gilt. Zudem enthält die Genehmigung den Vermerk: "Preisrechtlich ohne Einwand".

2. Mit einer weiteren Rüge bezeichnet die Revision die §§ 140, 157, 242 BGB vom Berufungsgericht als verletzt. Die Parteien hätten einen Kaufvertrag über ein Grundstück und über ein werbendes Unternehmen abschließen wollen und seien sich darüber einig gewesen, daß für beides ein Gesamtpreis von 70 000 DM habe gezahlt werden sollen. Sie hätten nach dem Beweisergebnis auch darin übereingestimmt, daß neben dem protokollierten Grundstückspreis (von 45 000 DM) noch ein Betrag von 25 000 DM auf das Geschäft verrechnet werden solle und daß dies auch erklärt werden solle, wenn eine Beanstandung erfolge. Daran, daß die die Rechtslage verkennenden Parteien diese Aufschlüsselung des Gesamtpreises nicht von Anfang an deutlich gemacht hätten, könne die Gültigkeit des Vertrages nicht scheitern. Er sei im Wege der Vertragsauslegung oder der Umdeutung dahin zu verstehen, daß der im Vertrag beurkundete Preis sich lediglich auf das Grundstück und die im Vertrag bezeichneten beweglichen Gegenstände beziehe, während hinsichtlich des übersteigenden Betrages es sich um den mündlich in besonderer Vereinbarung abgeschlossenen Verkauf des Geschäftsunternehmens handle.

Diesen Ausführungen der Revision kann nicht gefolgt werden.

a) Das Berufungsgericht entnimmt der Aussage der Zeugin St[REDACTED], daß das Grundstück und das Geschäft verkauft worden sind. Die Auslegung aber, die die Revision verfißt, scheitert schon an den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Es bezeichnet die Aussage der Zeugin als glaubhaft. Sie hatte nach ihrer Darstellung dem Ehemann der Beklagten gegenüber Bedenken geäußert, was geschehen solle, wenn der in Wirklichkeit vereinbarte Kaufpreis offenbar würde, worauf der Ehemann der Beklagten (in Gegenwart des Käufers W[REDACTED]) erwiderte, sie solle sich darüber den Kopf nicht zerbrechen. Man müsse dann eben sagen der Unterschiedsbetrag sei gedacht als Geschäftsablösung oder enthalte einen Façonwert des Geschäfts. Diese unbestimmte Formulierung zeigt deutlich, daß diese Erklärung eine nachträgliche Rechtfertigung für eine anders gemeinte Erklärung gewesen wäre. Der Wille der Parteien ging demnach, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß feststellt, auf einen Gesamtpreis von 70 000 DM ohne Aufschlüsselung, während in der Urkunde nur 45 000 DM angegeben werden sollten.

Damit ist allerdings die Frage noch nicht entschieden, wie im Falle eines solchen unaufgeschlüsselten Gesamtpreises die §§ 4 und 5 der Grundstückspreisverordnung angewendet werden sollen (siehe auch Friemann DR 1942, 1075, 1076 letzter Absatz). Der Gedanke, daß in solchen Fällen die Grundstückspreisverordnung überhaupt nicht anwendbar wäre, ist nach dem Zweck der Preiskontrolle abzulehnen; denn der Verkauf von Grundstücken zusammen mit anderen Kaufgegenständen eignet sich besonders zur Umgehung der Preisbindung. Es läge nahe, bei solchen Verkäufen die §§ 4 und 5 dann auf den Verkauf im ganzen anzuwenden, wenn offensichtlich die Parteien das Grundstück höher bewertet

haben als die mitverkauften Gegenstände. Die Entscheidung BGHZ 8, 348, 368 stünde dem nicht entgegen, da es sich damals um keinen Mischfall handelte. Bei dieser Betrachtungsweise wäre der Rückforderungsanspruch in Höhe des vollen nicht beurkundeten, aber bezahlten Kaufpreises mit der Leistung entstanden. Aber auch die folgende an sich der Beklagten günstigere Erwägung, die der Senat zumindest für zutreffend hält, führt zur Bejahung der Entstehung des eingeklagten Anspruchs. In dem Gesamtpreis von 70 000 DM sollen nach der Behauptung der beklagten Partei selbst, an der sie sich festhalten lassen muß, ein Betrag von 25 000 DM (nicht beurkundet) auf das Geschäft, weiter 38 000 DM auf das Grundstück Menzingerstraße und 7 000 DM auf das Inventar treffen (letztere beiden Posten beurkundet). Der Grundstücksanteil beträgt demnach rund 54 %. Im notariellen Vertrag vom 19. Februar 1952 war, wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, zwar nicht ausdrücklich, aber erkennbar, das Haus mit Inventar und Geschäft verkauft, da das Anwesen und die beweglichen Gegenstände "alles wie es steht und liegt" verkauft wurden (Nr. II und IX a.E. der Urkunde) und der Verkauf des Café-Inventars offenbar deswegen erfolgte, damit das Geschäft weitergeführt werden konnte. Der über den beurkundeten Gesamtpreis bezahlte Betrag, soweit er hier in Betracht kommt, d.h. ohne Rücksicht auf das zurückgegebene Grundstück T...straße beträgt 25 000 DM. Der auf das Grundstück entfallene Teil dieses nicht beurkundeten Mehrpreises betrug also 54 % hiervon, das sind rund 13 500 DM. Das ist ein die Klagesumme wesentlich übersteigender Betrag.

b) Für eine Umdeutung nach § 140 BGB (Konversion) ist kein Raum. Sie würde dem Zweck der §§ 4 und 5 der Grund-

stückerpreisverordnung widersprechen. § 4 stellt nicht darauf ab, ob der verschwiegene höhere Preis den gesetzlich zulässigen überschreitet. Die Vorschrift will vielmehr einen Anreiz schaffen, der Behörde alle Geschäfte zu offenbaren, in denen die Parteien tatsächlich in Täuschungsabsicht ein geringeres als das vereinbarte Entgelt haben beurkunden lassen. Mit diesem Zweck ist es unvereinbar, im Gegensatz zu dem tatsächlichen Ablauf der Dinge ein anderes Rechtsgeschäft an die Stelle des die Folgen des § 4 der Grundstücksverordnung auslösenden zu setzen.

3. a) § 5 der Grundstückspreisverordnung schließt die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB ausdrücklich aus. Die Revision wendet sich gegen die Anwendung des § 819 Abs. 2 BGB durch das Berufungsgericht. Ihr ist zuzugeben, daß mit Ausschluß des § 817 Satz 2 noch nichts darüber gesagt ist, ob die verschärfte Haftung des § 819 Abs. 2 BGB eintritt, weil die Frage, ob überhaupt ein Bereicherungsanspruch besteht, von der Frage, ob er wegfallen kann, verschieden ist und im Bürgerlichen Gesetzbuch wegen des § 817 der Absatz 2 des § 819 nur den Sinn hat, daß bei einseitigem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, nämlich durch den Empfänger, die verschärfte Haftung eintritt. Wenn aber die Revision gegen die verschärfte Haftung anführt, der Leistende dürfe, wenn beide Vertragsteile gegen das gesetzliche Verbot verstoßen und das in gleicher Weise gekannt hätten, nicht besser gestellt werden als der Empfänger, so greift das nicht durch. § 5 der Grundstückspreisverordnung will ersichtlich, um die dort verfolgten Zwecke zu erreichen, den Leistenden besser stellen als den Empfänger und das Wagnis, das der Empfänger mit der Annahme einer nicht beurkundeten Leistung auf sich nimmt, als Ab-

schreckungsmittel verwenden. Aus diesem Sinn der Vorschrift ist zu schließen, daß die verschärfte Haftung auch eintritt, wenn der Leistende gleichfalls gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

b) Nach § 819 BGB haftet der Empfänger so, als wäre der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zur Zeit des gesetzwidrigen Empfanges rechtshängig geworden. Maßgebend sind die §§ 291, 292 BGB i.V. mit § 989 BGB. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat die Beklagte vorgetragen, daß ihr Ehemann den Kaufpreis für den Geschäftswert des Cafés, d.h. den nicht beurkundeten Preis von 25.000 DM restlos verbraucht habe. Handelte es sich um gesetzwidrig empfangenes Gut, so stand damit auf Grund des eigenen Vorbringens der Beklagten das Verschulden ihres Rechtsvorgängers hinsichtlich der Verfügung über den empfangenen Betrag fest, das sie ersatzpflichtig macht. Der Einwand der Revision, für ein Verschulden der beklagten Partei in dieser Hinsicht sei nichts vorgetragen und es sei insoweit auch nichts aufgeklärt, geht demnach fehl.

c) Bedenken bestehen jedoch gegen die verschärfte Haftung unter einem anderen, von der Revision nicht berührten Gesichtspunkt des materiellen Rechts. Das Berufungsgericht führt aus, der Ehemann der Beklagten habe als Verkäufer durch die Annahme des nicht beurkundeten Überpreises gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Es ist also der Meinung, daß die Annahme eines nicht beurkundeten Preises schon dann verboten sei, wenn die Parteien in Täuschungsabsicht einen niedrigeren Preis als den tatsächlich vereinbarten beurkunden lassen und zwar unabhängig davon, ob der wahre Preis den gesetzlich zulässigen überschreitet. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Verboten sind die falschen Angaben

gegenüber der mit der Sache befaßten Behörde. Ob aber auch die höhere Zahlung gesetzwidrig ist, bestimmt sich danach, ob dadurch gegen die Preisvorschriften verstoßen wird. Daß der tatsächlich gezahlte Preis einen solchen Verstoß darstellte, steht nicht fest.

Ohne Bedeutung wäre aber die Frage der verschärften Haftung allerdings, wenn die Beklagte über den Wegfall der Bereicherung keine schlüssigen Behauptungen aufgestellt hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Sie behauptet - Berufungsbegründung vom 20. Dezember 1955 Seite 16 - der reine Nachlaß ihres Mannes habe unter Einrechnung der vom Kläger bestrittenen Forderung gegen W. in Höhe von 5 553 DM nebst 924,54 DM Zinsen hieraus lediglich rund 3 400 DM betragen. Bei Absetzung der genannten Forderung und der Zinsen sei sogar Überschuldung gegeben. Damit ist der Wegfall der Bereicherung schlüssig behauptet, da das Gesamtvermögen die Höhe der Bereicherungsforderung nicht mehr decken würde (RG JW 1908, 403 Nr. 4 = RGZ 68, 270). Die vom Kläger bestrittene Forderung muß für die Schlüssigkeitsprüfung als nicht bestehend betrachtet werden, da ja der Kläger selbst vorträgt, daß der Vermögenswert beim Gegner nicht vorhanden sei (Planck BGB 3. Aufl. § 818 Anm. 6). Nun ist allerdings der Bereicherungsanspruch bereits seit 18. Februar 1954 durch die Klagerhebung im gegenwärtigen Rechtsstreit rechtshängig. Bereits seit diesem Zeitpunkt besteht also die verschärfte Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB. Würde der Wegfall der Bereicherung nur schlüssig behauptet sein, wenn vorgetragen würde, daß der Wegfall nicht erst nach dem Eintritt dieser verschärften Haftung eingetreten sei, so käme es auf die Frage nicht an, ob die verschärfte Haftung wegen gesetzwidrigen Empfanges gegeben wäre. Das Reichsgericht

hat in der Tat in der vorstehend angeführten Entscheidung, sowie in JW 1917, 465⁸ zu der gleichliegenden Frage der Beweislast für den Wegfall der Bereicherung den Standpunkt vertreten, der Bereicherte habe zu beweisen, daß er schon zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert gewesen sei. Der Senat tritt jedoch der im Schrifttum ziemlich allgemein vertretenen gegenteiligen Auffassung bei (Palandt BGB 17. Aufl. § 818 Anm. 8; Erman BGB 2. Aufl. § 818 Anm. 9, RGRK § 818 Anm. 8; Staudinger/Lechner BGB 10. Aufl. § 818 Randnote 47).

Der Kläger hat den Wegfall der Bereicherung substantiiert bestritten (Schriftsatz vom 24. Januar 1956). Die Sache bedarf weiterer tatsächlicher Erörterung, insbesondere zu der Frage, inwieweit die Annahme des Grundstücksmehrpreises durch den Ehemann der Beklagten gegen den Preisstop verstieß und gegebenenfalls, inwieweit die Bereicherung weggefallen ist.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

4. Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei der Zurückweisung der Aufrechnung den Rechtsbegriff der groben Nachlässigkeit verkannt, ist gegenstandslos, da nach der Rückverweisung die Zulassung der Aufrechnung neu zu prüfen ist insbesondere auch nach der Richtung, ob nunmehr ihre Zulassung das neue Berufungsverfahren noch verzögern würde.

III.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem
Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Dr. Mattern