

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 146/79

URTEIL

Verkündet am
13. Februar 1980
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Bauunternehmung Rolf R [REDACTED], D [REDACTED]-
straße [REDACTED] in B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma P [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch die
Geschäftsführer Rudolf M [REDACTED] und Dr. Erhard Graf O [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED] in A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1980
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die
Richter Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird
das Urteil des 20. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Hamm vom
16. Februar 1979 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin fordert von der Beklagten 9 874,23 DM
nebst Zinsen als Kaufpreis für die unstreitige Liefe-
rung chemischer Baustoffe in der Zeit von Februar bis
Mai 1977. Die Beklagte hat mit ihrer Klageerwiderung
vom 17. März 1978 ein nach ihrer Behauptung vereinbartes
Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht und hilfsweise die
Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch erklärt.
Zur Begründung hat sie unter Benennung mehrerer Zeugen
vorgetragen, im Sommer 1977 sei an einer von ihr ab-
gedichteten Fassade ein Schaden aufgetreten, der durch

- 3 -

ungeeignetes von der Klägerin empfohlenes im Jahre 1975 geliefertes Material verursacht worden sei. Die Klägerin habe mit ihr ein Zurückbehaltungsrecht vereinbart, damit der Schaden bis zum Frühjahr 1978 beobachtet werden könne, um dann über die Beseitigung zu entscheiden. Außerdem habe die Klägerin im Herbst 1976 für die Verfügun g eines Schwimmbeckens unbrauchbares Fugenmaterial geliefert und hafte deshalb auf Ersatz der entstehenden Ausbesserungskosten. Die Verjährungsfrist für diese Ansprüche sei vereinbarungsgemäß auf die Dauer der von der Beklagten gegenüber ihren Kunden übernommenen Gewährleistungsfrist ausgedehnt worden.

Mit Verfügung vom 6. April 1978 hat die Vorsitzende der Kammer für Handelssachen Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Vorsitzenden als Einzelrichter auf den 28. April 1978 anberaumt und der Klägerin "gemäß den §§ 276 III, 296 ZPO" eine Frist zur Stellungnahme auf die Klageerwiderung bis zum 25. April 1978 gesetzt. In der Verhandlung vom 28. April war die Klägerin nicht vertreten, weil ihr Prozeßbevollmächtigter durch eine Strafverteidigung verhindert war. Daraufhin hat die Vorsitzende den Rechtsstreit an die Kammer verwiesen, Termin vor der Kammer auf den 6. Juni 1978 anberaumt und das persönliche Erscheinen des Inhabers der Beklagten angeordnet. Der Klägerin hat sie anheimgegeben einen mit dem Sachverhalt vertrauten Vertreter zu entsenden.

Am 5. Juni 1978 ging beim Landgericht ein auf den 1. Juni datierter Schriftsatz der Klägerin ein, in welchem sie u.a. die Vereinbarung eines



Zurückbehaltungsrechts sowie ihre Verantwortlichkeit für die Fassadenschäden und die Verfumungsmängel bestritt und Verjährung der Mängelansprüche einwandte.

Mit seinem am 6. Juni 1978 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen, weil die Klägerin die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts nicht bestritten habe. Den darauf bezogenen Vortrag im Schriftsatz vom 1. Juni 1978 hat es nach §§ 296 Abs. 1, 275 Abs. 4 sowie nach §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO nicht zugelassen bzw. zurückgewiesen und ferner ausgeführt, daß es infolgedessen auf den Verjährungseinwand nicht ankomme. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

1. Das Berufungsgericht meint, das Landgericht habe das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 1. Juni 1978 nicht unberücksichtigt lassen dürfen, weil die Voraussetzungen für die Nichtzulassung oder Zurückweisung (§ 296 Abs. 1 und 2 ZPO) nicht vorgelegen hätten. Durch

die Zulassung wäre die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert worden. Die Verzögerung i.S. von § 296 ZPO lasse sich nur durch Vergleich der bei Zulassung des Vorbringens zu erwartenden Prozeßdauer mit derjenigen bei rechtzeitiger Einführung des Vorbringens bestimmen, nicht dagegen durch Vergleich mit der Prozeßentwicklung bei Nichtzulassung.

§ 296 ZPO wolle Verzögerungen vermeiden, die sich aus schleppender Prozeßführung ergeben. Dabei nehme das Gesetz in Kauf, daß zu Lasten der saumseligen Partei eine sachlich unrichtige Entscheidung ergehe. Diese Folge sei - gemessen am Gesetzeszweck - aber nicht angemessen, wenn die ohnehin zu erwartende Prozeßdauer durch die Verspätung nicht verlängert werde. Es könne nicht der Sinn des Gesetzes sein, Prozesse um den Preis materiell falscher Entscheidungen vorzeitig zu beenden. Die vom Bundesgerichtshof zu § 529 Abs. 2 ZPO a.F. vertretene andere Auslegung des Verzögerungsbegriffs könne nicht auf § 296 ZPO n.F. übertragen werden, weil sie auf der Überlegung beruhe, daß § 529 Abs. 2 ZPO a.F. eine Konzentration des Vorbringens auf die erste Instanz bewirken wolle. § 296 ZPO n.F. regele dagegen nur die Behandlung verspäteten Vorbringens innerhalb derselben Instanz. Für die vom Berufungsgericht vertretene Auslegung spreche im übrigen, daß das Gesetz dem Gericht für die Prüfung einen gewissen Ermessensspielraum eingeräumt habe, indem es die Entscheidung über die Verzögerung der freien Überzeugung des Gerichts überlasse.

Lege man diese Auslegung zugrunde, so habe der verspätete Schriftsatz der Klägerin vom 1. Juni 1978 keine Verzögerung bewirkt. Das Landgericht habe am 6. Juni 1978 einen Beweisbeschluß erlassen können. Von seinem Rechtsstandpunkt aus hätte es bei rechtzeitigem Vorbringen dieselbe Entscheidung in der mündlichen Verhandlung treffen müssen. Es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß das Landgericht in diesem Falle die von der Beklagten für die Vereinbarung des Zurückbehaltungsrechts benannten drei Zeugen gemäß § 273 ZPO vorbereitend zum Termin geladen hätte.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hatte das Landgericht mit Recht angenommen, daß die Berücksichtigung des Schriftsatzes vom 1. Juni 1978 die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte.

Welche Kriterien für die Annahme einer Verzögerung i.S. des § 296 ZPO n.F. maßgebend sind, ist unstritten. Das Berufungsgericht und ein Teil der von ihm zitierten Literatur bejahen die Verzögerung nur dann, wenn die Berücksichtigung der verspäteten Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu einer längeren Prozeßdauer als bei rechtzeitigem Vorbringen führen würde. Demgegenüber hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, daß es auf den Vergleich der Prozeßdauer bei Berücksichtigung und bei Nichtberücksichtigung der Angriffs- oder Verteidigungsmittel ankomme (BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988; zur

Veröffentlichung bestimmtes Urteil vom 31. Januar 1980 - VII ZR 96/79, jeweils m.w.N.; vgl. ferner das zu § 528 Abs. 1 und 2 ZPO n.F. ergangene Urteil des VI. Zivilsenats des BGH vom 10. Juli 1979 - VI ZR 223/78 = LM ZPO § 528 Nr. 12 = NJW 1979, 2109).

Ob und inwieweit dieser Rechtsauffassung zuzustimmen ist, bedarf keiner Entscheidung, weil es im vorliegenden Fall auf die den Verzögerungsbegriff betreffende Streitfrage nicht ankommt. Folgt man der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, so hätte die Berücksichtigung des Schriftsatzes der Klägerin vom 1. Juni 1978 den Rechtsstreit verzögert, weil das Landgericht im Termin vom 6. Juni 1978 zunächst Beweiserhebung über das behauptete Zurückbehaltungsrecht hätte anordnen müssen, während es von seinem Standpunkt aus bei Nichtberücksichtigung entscheiden konnte und die Klage abweisen mußte, weil das Zurückbehaltungsrecht nicht bestritten war. Zu demselben Ergebnis hätte das Landgericht aber kommen müssen, wenn es der Ansicht des Berufungsgerichts folgend die Prozeßdauer bei rechtzeitigem Vorbringen zum Vergleich herangezogen hätte. In diesem Fall hätte es nämlich nach dem Termin vom 28. April 1978 durch vorbereitende Maßnahmen gemäß § 273 ZPO die von der Beklagten für das Zurückbehaltungsrecht benannten drei Zeugen zum Termin vom 6. Juni 1978 laden können und müssen (BGHZ 75 aaO), anstatt in diesem Termin erst einen Beweisbeschluß erlassen zu können.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist auch davon auszugehen, daß das Landgericht entsprechend dieser Pflicht gehandelt und die Zeugen prozeßleitend geladen hätte. Der Termin vom 28. April 1978 war ersichtlich als früher erster Termin i.S. von § 275 ZPO anberaumt worden, um notwendige Aufklärungs- oder Beweisaneinandersetzungen treffen zu können. Da diese Absicht wegen der - entschuldigten - Terminversäumung der Klägerin nicht zu verwirklichen war, besteht kein Zweifel, daß das Landgericht statt dessen die von ihm beabsichtigten Maßnahmen außerhalb der mündlichen Verhandlung ergriffen hätte, um den Rechtsstreit bis zum Kammertermin vom 6. Juni 1978 sachgemäß zu fördern.

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann das angefochtene Urteil daher keinen Bestand haben.

II.

Das Berufungsurteil kann auch nicht aus anderen Gründen (§ 563 ZPO) aufrechterhalten werden.

1. Eine Verzögerung des Rechtsstreits durch Überschreitung einer gesetzten Frist scheidet zwar auch dann aus, wenn die Verspätung durch zumutbare gerichtliche Maßnahmen (§§ 273, 358 a ZPO) ausgeglichen werden kann (BGHZ 75 aaO). Der verspätete Schriftsatz der Klägerin ging aber erst am 5. Juni 1978, d.h. einen Tag vor der mündlichen Verhandlung, beim Landgericht ein. Offenkundig war es zu diesem Zeitpunkt für die Vorsitzende der

Kammer für Handelssachen - selbst wenn ihr der Schriftsatz alsbald vorgelegt worden sein sollte - nicht mehr möglich, die nach ihrer Rechtsauffassung zunächst zu vernehmenden drei Zeugen für den folgenden Tag zu laden (Senatsurteil vom 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 - zu V 2 c = LM BGB § 138 Bc Nr. 21 = WM 1979, 918).

2. Zu Unrecht meint die Klägerin in ihrer Revisionserwiderung, die Fristsetzung bis zum 25. April 1978 in der Verfügung des Landgerichts vom 6. April 1978 sei zu kurz bemessen und deshalb unwirksam gewesen; die Verfügung sei erst am 10. April bei ihrem Prozeßbevollmächtigten eingegangen und habe von diesem an die Augsburger Korrespondenzanwälte weitergeleitet werden müssen. Der noch von den Korrespondenzanwälten unmittelbar beim Landgericht eingereichte Schriftsatz vom 30. März 1978 weist aus, daß ihnen zu dieser Zeit der Schriftsatz der Beklagten vom 17. März 1978 bereits bekannt war. Bei pflichtgemäßer Vorbereitung einer Antwort hätte die später gesetzte Frist unter diesen Umständen ausgereicht.

3. Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, sie sei nicht auf die Folgen ihres verspäteten Vortrags hingewiesen worden. Die fristsetzende Verfügung des Landgerichts vom 6. April 1978 enthält den Hinweis auf §§ 276, 296 ZPO. Das ist bei einer anwaltlich vertretenen Partei ausreichend, so daß es dahingestellt bleiben kann, ob hier ein Hinweis oder eine Belehrung erforderlich war. Ebenso kann offen bleiben, ob die Fristsetzung - wie in der Verfügung vom 6. April 1978 - auf § 276 Abs. 3 ZPO oder - wie im

Urteil des Landgerichts - auf § 275 Abs. 4 ZPO zu stützen war. Beide Vorschriften dienen der Beschleunigung des Prozesses im frühen Stadium. Ob diese Vorbereitung mit einem frühen ersten Termin (§ 275 ZPO) oder im schriftlichen Verfahren betrieben wird, ist für die Wirksamkeit der Fristsetzung belanglos.

4. Die Klägerin hat die Verspätung ihres Vorbringens nicht in einer § 296 Abs. 1 ZPO entsprechenden Weise entschuldigt.

a) In ihrem Schriftsatz vom 1. Juni 1978 hat sie nur ausgeführt, der von der Beklagten benannte Zeuge Tholen sei Anfang 1978 bei ihr ausgeschieden. Deshalb habe sie ihn nicht über die im Schriftsatz der Beklagten vom 17. März 1978 behaupteten Vorgänge befragen können.

Diese Begründung reicht als Entschuldigung nicht aus. Ihr ist nicht zu entnehmen, warum die Klägerin nicht versucht hat, den Zeugen unter der von der Beklagten angegebenen Anschrift zu erreichen und eine schriftliche Stellungnahme des Zeugen einzuholen. Im Übrigen wäre ein rechtzeitiges Bestreiten mit Nichtwissen im Falle der nicht einmal behaupteten Unerreichbarkeit des Zeugen möglich gewesen.

b) Eine Entschuldigung für die Verspätung des erstinstanzlichen Vorbringens ist in der Berufungsinstanz grundsätzlich nicht mehr möglich (ebenso OLG

Frankfurt NJW 1979, 375 Nr. 13; LG Frankfurt NJW 1979, 2111 f; LG Paderborn NJW 1978, 381; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 38. Aufl., § 528 Anm. 4 B). Die gegenteilige Auffassung (so z.B. Thomas/Putzo, ZPO, 10. Aufl., § 528 Anm. 3) geht sowohl am Wortlaut als auch am Zweck der gesetzlichen Regelung vorbei. § 528 Abs. 3 ZPO räumt dem Berufungsgericht nur die Prüfungsbefugnis dafür ein, ob das verspätete Vorbringen in erster Instanz "zu Recht" ausgeschlossen wurde. Das ist nach dem klaren Wortlaut des § 296 Abs. 1 ZPO schon dann anzunehmen, wenn die säumige Partei die Verspätung nicht gegenüber dem erstinstanzlichen Gericht - das die Frage möglicherweise fehlender Schuld prüfen muß - entschuldigt hat. Ließe man jede in zweiter Instanz nachgeholte Entschuldigung zu, wäre der mit § 296 ZPO bezweckte Druck auf die Parteien zur Beschleunigung und Konzentration ihres Vorbringens weitgehend wirkungslos.

Ob in Fällen, in denen eine Partei die Verspätung in der ersten Instanz aus zwingenden Gründen nicht entschuldigen konnte, die Nachholung in zweiter Instanz wegen sonst fehlenden rechtlichen Gehörs zugelassen werden muß (so E. Schneider MDR 1978, 969 und Zöller/Schneider, ZPO, 12. Aufl., § 528 Anm. VI 2 a), ist erwägenswert, bedarf aber hier keiner Entscheidung. Die vermeintlichen Entschuldigungsgründe, nämlich die Arbeitsteilung unter ihren verschiedenen Niederlassungen und die angebliche Unerreichbarkeit des Zeugen Th[REDACTED], waren - wie keiner weiteren Ausführung bedarf - der Klägerin bereits in erster Instanz bekannt und konnten deshalb auch schon dem Landgericht vorgetragen werden.

5. Der in der Berufungsinstanz fortdauernde Ausschluß des Vorbringens der Klägerin im Schriftsatz vom 1. Juni 1978 folgt aus § 528 Abs. 3 ZPO. Entgegen der von der Klägerin und einem Teil der Literatur vertretenen Ansicht (Lampenscherf MDR 1978, 365; Franzki DRiZ 1977, 161, 166 und NJW 1979, 9, 13; OLG Düsseldorf NJW 1979, 1719; a.A. Dengler NJW 1980, 163) ist § 528 Abs. 3 ZPO nicht verfassungswidrig (ebenso im Ergebnis BGH Urteil vom 31. Januar 1980 aaO).

a) Daß die Präklusion verspäteten Vorbringens für die Berufungsinstanz nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, sofern in erster Instanz ausreichende Gelegenheit zur Äußerung geboten war, hat das Bundesverfassungsgericht zu § 529 ZPO a.F. bereits entschieden (BVerfGE 36, 92, 98 = NJW 1974, 133; Urteil vom 22. Mai 1979 - 1 BvR 1077/77 = NJW 1980, 277; vgl. auch BayVerfGH NJW 1980, 278). § 528 ZPO n.F. gibt keinen Anhaltspunkt für eine andere Beurteilung.

b) Auch ein Verstoß gegen das aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) herzuleitende Gleichbehandlungsgebot liegt nicht vor. Art. 3 GG fordert die Gleichbehandlung nur für wesentlich gleiche Sachverhalte. Dem Senat ist zweifelhaft, ob die Regelungsgegenstände in § 528 Abs. 1 und 2 einerseits, Abs. 3 andererseits in diesem Sinne wesentlich gleich sind. Die Absätze 1 und 2 regeln die

Behandlung erstmalig in der Berufungsinstanz eingeführt, jedoch verspäteten Vorbringens, während Absatz 3 das in erster Instanz bereits geltend gemachte und vom Gericht als verspätet zurückgewiesene, in der zweiten Instanz wiederholte Vorbringen betrifft. Dies bewerten als wesentlichen Unterschied OLG München MDR 1978, 1028 und OLG Celle NJW 1979, 377, ferner Dengler aaO. Andererseits kann es für Gleichartigkeit der Sachverhalte sprechen, daß ein Rechtsstreit zwar in zeitlich getrennte durch den Instanzenzug gebildete Abschnitte unterteilt ist, daß er aber auf eine einzige Endentscheidung ausgerichtet ist, daß verspätetes Vorbringen deshalb prinzipiell die gleiche Chance zur Berücksichtigung auch in der Berufungsinstanz haben muß und aus diesem Grunde die Sachverhalte des § 528 ZPO als gleichartig anzusehen sind. Von dieser Auffassung gehen ersichtlich Lampenscherf, Franzki und das Oberlandesgericht Düsseldorf (jeweils aaO) aus.

Die Frage braucht nicht entschieden zu werden, weil die Differenzierung zwischen den Absätzen 1 und 2 des § 528 ZPO einerseits und Absatz 3 dieser Bestimmung andererseits durch vernünftige, sich aus der Natur der Sache ergebende einleuchtende Gründe gerechtfertigt wird und es schon deshalb an einem Verstoß gegen Art. 3 GG fehlt (BVerfGE 36, 119, 130; 31, 212, 218; 33, 367, 384).

Der sachliche Unterschied ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich unbedenklichen (vgl. BVerfGE 36, 92, 98 = NJW 1974, 133) Zweck der als Einheit aufzufassenden gesetzlichen Regelung in den §§ 296 und 528 ZPO. Der Gesetzgeber wollte mit diesen Vorschriften

21

Druck auf die Parteien ausüben, um eine Straffung und Beschleunigung der Zivilprozesse zu erreichen. Dieser Zweck bedingt gleichartige gerichtliche Reaktionen auf verspätetes Vorbringen in beiden Tatsacheninstanzen, wie sie in § 296 Abs. 1 und 2 einerseits und § 528 Abs. 1 und 2 andererseits mit genau korrespondierendem Inhalt Gesetz geworden sind. Sollte eine in der ersten Instanz ausgesprochene Nichtzulassung bzw. Zurückweisung nicht weitgehend wirkungslos werden, mußte notwendigerweise das einmal ausgeschlossene Angriffs- oder Verteidigungsmittel auch in der Berufungsinstanz ausgeschlossen bleiben. Daher ist es sachlich vertretbar, wenn es nach § 528 Abs. 3 ZPO auf eine Verzögerung der Berufungsinstanz nicht ankommt.

Die Regelung mag - wie in der Literatur vielfach befürchtet wird - in manchen Fällen dazu führen, verspätetes Vorbringen in der ersten Instanz zurückzuhalten, um es in zweiter Instanz unter Vermeidung einer Verfahrensverzögerung nachzuschieben. Das macht die Bestimmung des § 528 Abs. 3 ZPO aber nicht schlechthin ungeeignet, die angestrebte Beschleunigung zu fördern. Die Partei, die Angriffs- oder Verteidigungsmittel bewußt zurückhält, geht angesichts der in § 528 Abs. 1 und 2 ZPO getroffenen Regelung nicht nur ein Kostenrisiko (§ 97 Abs. 2 ZPO), sondern auch ein Prozeßrisiko ein.

Ob die getroffene Regelung zweckmäßig und praktikabel ist - was in Rechtsprechung und Schrifttum bezweifelt wird - ist keine verfassungsrechtliche, sondern eine allein dem Gesetzgeber überlassene Frage.

III.

1. Das Landgericht durfte nach alledem gemäß § 296 Abs. 1 ZPO den Schriftsatz der Klägerin vom 1. Juni 1978 unberücksichtigt lassen; auf die Wirksamkeit der Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO kommt es nicht mehr an. Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden.

2. Eine eigene Sachentscheidung (§ 565 Abs. 3 ZPO) war dem Senat verwehrt, so daß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden mußte.

Infolge der Nichtzulassung des Vorbringens der Klägerin ist der Vortrag der Beklagten aus ihrem Schriftsatz vom 17. März 1978 als unstreitig anzusehen, d.h. es ist von der Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts, von den Empfehlungen des Zeugen Tholen über die Verwendung bestimmter Materialien der Klägerin für die Fassade der Firma Pe[REDACTED] und für das Schwimmbad Borchard sowie von der behaupteten Vereinbarung einer verlängerten Gewährleistungszeit auszugehen. Das Zurückbehaltungsrecht ist allerdings, wie schon das Berufungsgericht angenommen hat, gegenstandslos geworden, weil die Firma Pe[REDACTED] den Schaden nach eigenem Vortrag der Beklagten hat beseitigen lassen. Ungeklärt und vom Revisionsgericht auch nicht zu klären ist aber, ob die Beklagte - ggf. in welcher Höhe - die von ihr hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche hat.

Da der endgültige Erfolg der Revision noch nicht feststeht, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

RiBGH Merz ist
dienstlich orts-
abwesend und des-
halb verhindert
zu unterschreiben.

Braxmaier

Dr. Brunotte