

α✓

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 252/75

URTEIL

Verkündet am
12. Januar 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma HRF RÖ[REDACTED] KG GmbH & Co., persönlich haftende
Gesellschafterin Firma NBB Gesellschaft für baubetriebs-
wirtschaftliche Beratung N[REDACTED] mbH, diese vertreten
durch Hans RÖ[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Wilhelm R[REDACTED] KG, Maschinenfabrik N[REDACTED]-U[REDACTED],
Fi[REDACTED] Straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den per-
sönlich haftenden Gesellschafter Dr. Gerhard Hu[REDACTED]
in N[REDACTED]-U[REDACTED], Fi[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1977 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Hoffmann, Wolf und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 6. Juni 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin klagt aus abgetretenem Recht der Firma Wi[REDACTED] KG. Bei dieser hatte die Beklagte am 19. Mai 1972 einen R[REDACTED]-Kletterkran Typ R [REDACTED] - OK zum Preise von 167 064,44 DM bestellt, der am 6. Juni 1972 geliefert werden sollte. Die Firma Wi[REDACTED] KG nahm die Bestellung unter Bezugnahme auf ihre beigefügten Verkaufs- und Lieferbedingungen an. Darin sind Aufrechnung und Zurückbehaltung ausgeschlossen. Nach Lieferung und Montage des Krans am 21. Juni/22. Juni 1972 zeigten sich Mängel.

Am 11. Juli 1972 schrieb die Beklagte der Firma Wi[REDACTED] KG:

- 3 -

"Der Ihnen in diversen Schreiben mitgeteilte Schaden dürfte sich konkret um etwa 50 000,-- DM beziffern. Da es sich um Barauslagen handelt, müssen wir diesen Betrag sofort fälligstellen....

Wir machen deshalb unverzüglich eine Aufrechnung gegen alle bei uns von Ihnen vorliegenden Rechnungen geltend unter Abzug von 3 % Skonto bis zum Höchstbetrag von 50 000,-- DM...."

Die Firma Wi■■■■ KG erwiderte am 14. Juli 1972:

"Mit dem Inhalt Ihres Schreibens vom 11. 7. 1972 sind wir nicht einverstanden.

Wenn Sie Reklamationen und Ersatzansprüche gegen die Lieferung des R■■■-Krans haben, welche übrigens zur Zeit weder belegt noch anerkannt sind, können Sie dies bei Zahlung des Geräts geltend machen.

Eine Aufrechnung gegen Lieferung völlig anderer Materialien oder Geräte, die mit diesem Geschäft nichts zu tun haben, können Sie nicht vornehmen....

Im übrigen dürfte ja durch die Lieferung eines neuen Krans die Angelegenheit ohnehin in den nächsten Tagen einer entsprechenden Klärung zugeführt werden. Wir möchten Sie deshalb bitten, die zurückgehaltenen Beiträge anzuweisen...."

In der Folgezeit tauschte die Firma Wi■■■■ KG den gelieferten Kran gegen einen anderen Kran aus, der am 21. Juli 1972 in Betrieb genommen wurde. Nach der Behauptung der Beklagten hatte auch dieser Kran Fehler, die in der Zwischenzeit beseitigt wurden. Die Beklagte zahlte auf den Kaufpreis 77 064,44 DM und verweigerte die Zahlung des Restkaufpreises von 90 000 DM, weil sie weit höhere Schadensersatzansprüche insbesondere wegen der Mangelhaftigkeit der Krane verursachten Ausfalls von Arbeitsstunden habe, Darüber



korrespondierten die Beklagte und die Firma Wi[REDACTED] KG in der Folgezeit. Am 19. März 1973 fand eine Besprechung statt, bei der die Beklagte und die Firma Wi[REDACTED] KG übereinkamen, daß die Beklagte die noch offene Forderung von 90 000 DM bis zur Klärung ihrer Schadensersatzansprüche einbehalten könne. Die Beklagte erwirkte im Dezember 1973 gegen die Firma Wi[REDACTED] KG einen Zahlungsbefehl über 480 000 DM, betrieb aber nach Widerspruch der Firma Wi[REDACTED] KG das Verfahren nicht weiter.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 90 000 DM nebst Zinsen. Die Beklagte beantragte Klagabweisung. Das Landgericht wies die Klage ab, das Berufungsgericht gab ihr statt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Beklagten Schadensersatzansprüche zustehen, ohne insoweit Feststellungen zu treffen und ohne die Anspruchsgrundlage zu erörtern. In der Revisionsinstanz sind daher zugunsten der Beklagten Schadensersatzansprüche zu unterstellen.

II. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts hier einer Aufrechnung gleichkommt und daß die Beklagte mit etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen die Firma

Wi [REDACTED] KG gemäß §§ 404, 406 BGB gegenüber der Klägerin aufrechnen kann, wenn sie gegenüber der Firma Wi [REDACTED] KG zur Aufrechnung berechtigt gewesen wäre.

1. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Wirksamkeit des Aufrechnungsausschlusses in den Verkaufs- und Lieferbedingungen der Firma Wi [REDACTED] KG.

a) Es ist anerkannt, daß ein Aufrechnungsausschluß auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich zulässig ist (BGH Urteil vom 8. Oktober 1969 - VIII ZR 20/68 = NJW 1970, 29, 30 = WM 1969, 1391, 1392 m.w.Nachw.). Eine andere Frage ist, ob der Aufrechnungsausschluß auch dann gilt, wenn die Gegenansprüche entscheidungsreif und begründet sind. Sinn und Zweck des Aufrechnungsausschlusses ist nämlich, sicherzustellen, daß das Recht des Lieferers auf Vergütung seiner Leistung ohne Rücksicht auf angebliche Ansprüche des Bestellers durchgesetzt werden kann, indem dieser zur Klärung seiner Einwendungen auf den Weg der Widerklage oder eines neuen Rechtsstreits verwiesen wird. Da die Anwendung dieser Klausel nicht zu einer weiteren Einschränkung führen darf, als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Übung im redlichen Geschäftsverkehr vereinbar ist, kann der Verkäufer sich dann nicht auf den Aufrechnungsausschluß berufen, wenn die Gegenforderungen durch das Beweisergebnis zur Überzeugung des Gerichts festgestellt sind (BGH Urteile vom 9. Februar 1960 - VIII ZR 63/59 = NJW 1960, 859 und vom 22. Oktober 1969 - VIII ZR 196/67 = NJW 1970, 383, 386 = WM 1969, 1477, 1480). Hier sind die von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche jedoch nicht entscheidungsreif.

b) Überdies stünde auch das am 1. April 1977 in Kraft tretende "Gesetz zur Regelung des Rechts der

Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (BGBI 1976 I 3317) der Wirksamkeit des in den Verkaufs- und Lieferbedingungen der Firma Wi[REDACTED] KG enthaltenen Aufrechnungsausschlusses nicht entgegen. Das wäre schon deshalb nicht der Fall, weil § 11 Ziffer 2 und 3 des Gesetzes, nach denen die Vereinbarung des Ausschlusses eines Zurückbehaltungsrechts bzw. einer Aufrechnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam ist, gemäß § 24 keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen findet, die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Der Vertrag über den Erwerb eines Krans gehörte zum Betrieb des Handelsgewerbes der Beklagten, einer Bauunternehmung, die gemäß § 2 HGB Kaufmann ist.

2. Nach der auf dem Vortrag der Klägerin beruhenden Feststellung des Berufungsgerichts war in den Verkaufs- und Lieferbedingungen der Firma Wi[REDACTED] KG bestimmt, daß deren Rechnungen "auch bei Teillieferungen oder Mängelrügen, sofort ...unter Ausschluß jeglicher Aufrechnung oder Zurückbehaltung zahlbar" sind. In den von beiden Parteien vorgelegten Verkaufs- und Lieferbedingungen der Firma Wi[REDACTED] KG heißt es nur: "Zurückbehaltung und Aufrechnung sind ausgeschlossen". Indessen ist diese Unstimmigkeit unschädlich. Entgegen der Auffassung der Revision läßt die dem Berufungsurteil zugrundeliegende Fassung der Verkaufs- und Lieferbedingungen der Firma Wi[REDACTED] KG nicht den Schluß zu, daß Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung nicht unter das Aufrechnungsverbot fielen. Die Wendung "auch bei Teillieferungen oder Mängelrügen" bedeutet keine Einschränkung des Aufrechnungsausschlusses, sondern kann allenfalls als dessen Erweiterung verstanden werden. Auch unter dem Gesichtspunkt, daß derartige Ausschlußklauseln in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen grundsätzlich eng auszulegen sind und Unklarheiten zu Lasten dessen gehen, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgestellt hat (BGHZ 62, 83, 89 m.w.Nachw.), kann daher die von der Revision gewollte Folgerung nicht gezogen werden.

3. Zuzugeben ist der Revision dagegen, daß fraglich sein kann, ob die Geltendmachung des Aufrechnungsausschlusses unter den Umständen des vorliegenden Falles mit Treu und Glauben vereinbar ist.

a) Das folgt entgegen der Auffassung der Revision allerdings nicht schon daraus, daß die behaupteten Gegenforderungen erheblich sind. Die von der Revision angeführten Entscheidungen BGHZ 48, 264, 268 und 62, 323, 327 betrafen den Ausschluß von Zurückbehaltung und Aufrechnung trotz erheblicher Beschränkungen des Gewährleistungsrechts in einem Werkvertrag. Darum geht es hier nicht. Wegen der Höhe der Gegenansprüche ist ein Aufrechnungsausschluß grundsätzlich nicht unwirksam. Auch im übrigen sind mit der anschließend dargelegten Ausnahme keinerlei Gesichtspunkte ersichtlich, deretwegen der Aufrechnungsausschluß unwirksam sein könnte.

b) Die Revision rügt weiter, die Klägerin könne sich auf den Aufrechnungsausschluß deshalb nicht berufen, weil der Beklagten Gegenforderungen aus unerlaubter Handlung und positiver Vertragsverletzung infolge einer Täuschung der Firma Wi[REDACTED] KG zustünden. Diese habe nämlich zunächst keinen R[REDACTED]-Kran, sondern einen nicht typengeprüften Kran italienischer Herkunft geliefert. Wären derartige Ansprüche zu bejahen, so könnte die Klägerin sich möglicherweise nicht auf den Aufrechnungsausschluß berufen.

Das Reichsgericht hatte zunächst angenommen, die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot verstoße gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben, wenn die Gegenforderung aus einem betrügerischen Verhalten bei Vertragsschluß entstanden sei (RGZ 60, 294, 296). In einer späteren Entscheidung hat das Reichsgericht ausgeführt, ob in einem derartigen Falle der Aufrechnungsausschluß gegen Treu und Glauben verstoße, könne nicht gleichmäßig gesagt werden. Wenn dies auch bei Gegenforderungen aus Betrug in der Regel der Fall sei, so könnten doch besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen (RGZ 142, 143, 144 mit ablehnender Anmerkung von Larenz in JW 1934, 754).

Nach Auffassung des erkennenden Senats braucht ein vertragliches Aufrechnungsverbot nicht gegenüber jedem aus vorsätzlicher Vertragsverletzung hergeleiteten Schadensersatzanspruch zurückzutreten. Die Frage ist vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Die bloße und nicht als erwiesen anzusehende Behauptung einer bewußten Vertragsverletzung rechtfertigt es nicht in jedem Falle, dem Kläger die Berufung auf einen vertraglichen Aufrechnungsausschluß zu versagen (BGH Urteile vom 9. Mai 1966 - VIII ZR 8/64 = NJW 1966, 1452 = WM 1966, 734 und vom 27. Oktober 1976 - VIII ZR 299/74 = WM 1976, 1332).

Da das Berufungsgericht auf diese Gesichtspunkte nicht eingegangen ist, wird es nunmehr zu prüfen haben, ob der Beklagten Schadensersatzansprüche zustehen, welcher Art diese sind, und ob gegebenenfalls die Berufung der Firma Wi[REDACTED] KG bzw. der Klägerin auf den Aufrechnungsausschluß gegen die guten Sitten wie gegen Treu und Glauben verstößt.

III. Wäre das nicht anzunehmen, dann stellt sich die Frage, ob die Firma Wi[REDACTED] KG mit ihrem Schreiben vom

14. Juli 1972 auf das Aufrechnungsverbot verzichtet hatte und bejahendenfalls, ob dieser Verzicht nur Ansprüche hinsichtlich des zuerst gelieferten Krans oder auch des ausgetauschten Krans betraf.

1. Das Berufungsgericht hat gemeint, dem Satz "wenn Sie Reklamationen und Ersatzansprüche gegen die Lieferung des R[REDACTED]-Krans haben, welche im übrigen zur Zeit weder belegt noch anerkannt sind, können Sie dies bei Zahlung des Geräts geltend machen", sei nicht der Sinn beizulegen, daß damit auf den Ausschluß der Aufrechnung verzichtet werde. Dieser Satz besage nur, daß die Beklagte Reklamationen und Ersatzansprüche bei Zahlung der Kaufpreisforderung bekanntgeben könne, lasse aber nicht den Schluß zu, daß die Beklagte entgegen den Verkaufs- und Lieferbedingungen aufrechnen könne. Das ergebe sich auch daraus, daß die Firma Wi[REDACTED] KG in ihrem Schreiben vom 11. August 1972 einem Einbehalt der Restforderung von 90 000 DM unter Hinweis auf ihre Verkaufs- und Lieferbedingungen widersprochen habe.

2. Wie die Revision mit Recht rügt, verstößt diese Auslegung des Schreibens vom 14. Juli 1972 gegen die §§ 133, 157 BGB. Denn dieses Schreiben kann bei Würdigung seines gesamten Inhalts und Berücksichtigung des vorangegangenen Schreibens der Beklagten vom 11. Juli 1972 unter Beachtung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze nicht so verstanden werden, wie das Berufungsgericht angenommen hat.

a) Die Beklagte hatte in ihrem Schreiben vom 11. Juli 1972 die Aufrechnung mit Gegenansprüchen aus dem Kauf des R[REDACTED]-Krans gegen alle der Firma Wi[REDACTED] KG zustehenden Forderungen erklärt.

b) Die Firma Wi[REDACTED] KG hatte in ihrer Antwort vom

2

14. Juli 1972 zwischen ihrem Anspruch auf Bezahlung des R■■■■-Krans und ihren Forderungen aus Lieferung sonstiger Gegenstände unterschieden. Hinsichtlich ihrer Ansprüche aus Lieferung "anderer Materialien und Geräte" hatte sie sich gegen eine Aufrechnung verwahrt. Dagegen hatte sie erklärt, Ersatzansprüche wegen der Lieferung des R■■■■-Krans könne die Beklagte "bei Zahlung des Geräts geltend machen". Schon diese von der Firma Wi■■■■ KG gemachte Unterscheidung spricht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts. Die Wendung "bei Zahlung des Geräts geltend machen" kann überdies nach Wortlaut wie Sinn nicht so aufgefaßt werden, wie das Berufungsgericht gemeint hat. Einen Anspruch "geltend machen" ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch etwas anderes als einen Anspruch "bekannt geben". "Bei Zahlung ... geltend machen" kann sinngemäß nur bedeuten, bei der Zahlung berücksichtigen, was die Beklagte, auf deren Verständnis des Schreibens es ankommt, unter den gegebenen Umständen, insbesondere im Hinblick auf ihr vorangegangenes Schreiben vom 11. Juli 1972 so auffassen durfte, daß sie mit ihren Gegenforderungen wegen des R■■■■-Krans aufrechnen könne.

c) Hatte die Firma Wi■■■■ KG gegenüber der Beklagten auf den Aufrechnungsausschluß verzichtet, so konnte sie diesen Verzicht mit ihrem Schreiben vom 11. August 1972, in dem sie einem Einbehalt der 90 000 DM unter Hinweis auf ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen widersprach, nicht einseitig rückgängig machen.

d) Nicht angenommen werden kann allerdings, daß der Verzicht der Firma Wi■■■■ KG auf den Aufrechnungsausschluß sich auch auf etwaige Schadensersatzansprüche wegen des im Zeitpunkt des Schreibens vom 14. Juli 1972 noch nicht gelieferten Austauschkrans erstreckte. Denn die Firma

Wi [REDACTED] KG ging, wie sich aus dem weiteren Inhalt ihres Schreibens ergibt, davon aus, daß der in Aussicht gestellte und tatsächlich auch alsbald gelieferte Ersatzkran mangelfrei sei und weitere Schadensersatzansprüche daher nicht entstehen würden. Es bestand demnach für die Firma Wi [REDACTED] KG kein Anlaß, im Hinblick auf etwaige Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des noch nicht gelieferten Ersatzkrans auf den Aufrechnungsausschluß zu verzichten. Auch die Beklagte konnte das Schreiben vom 14. Juli 1972 nicht so verstehen.

IV. Die Vereinbarung vom 19. März 1973 enthält ihrerseits weder einen Aufrechnungsausschluß noch steht sie jetzt der Geltendmachung der Klageforderung entgegen.

1. Denn das Berufungsgericht hat die an diesem Tag getroffene Abrede, daß die Beklagte bis zur Klärung ihrer etwaigen Schadensersatzansprüche die 90 000 DM einbehalten könne, rechtsirrtumsfrei als sog. pactum de non petendo, also einen befristeten Verzicht auf die Geltendmachung der Kaufpreisforderung, angesehen. Nach dem Parteiwillen sollte nämlich die Beklagte vorübergehend zur Verweigerung der Zahlung berechtigt sein, der Geltendmachung der Restkaufpreisforderung also vorübergehend ein rechtliches Hindernis entstehen (BGH Urteil vom 28. November 1972 - VI ZR 126/71 = LM BGB § 202 Nr. 13 = NJW 1973, 316 = WM 1973, 240). Das Berufungsgericht hat daher darin recht, daß die Firma Wi [REDACTED] KG mit der Vereinbarung vom 19. März 1973 nicht auf den Aufrechnungsausschluß verzichtet hatte. Diese Abmachung begründete lediglich eine zeitweilige Einrede gegen die Kaufpreisforderung.

2. Das pactum de non petendo mußte die Klägerin sich zunächst gemäß § 404 BGB entgegenhalten lassen, wovon ersichtlich auch das Berufungsgericht ausgegangen ist. Diesem ist jedoch darin beizupflichten, daß eine "Klärung" gescheitert ist und daß die Beklagte sich auf das pactum de non petendo nicht mehr berufen kann.

a) Entgegen der Auffassung der Revision war eine außergerichtliche Klärung nicht dadurch eingetreten, daß die Firma Wi[REDACTED] KG bei der Klägerin dafür "plädierte", auf den Restkaufpreis zur Abgeltung der Ansprüche der Beklagten zu verzichten. Abgesehen davon, daß dieses Vorbringen nicht substantiiert ist, handelte es sich ersichtlich nur um einen Vergleichsvorschlag, weil der Firma Wi[REDACTED] KG damals die Forderung nicht mehr zustand und weil die Firma Wi[REDACTED] KG auch nach dem Vortrag der Beklagten deren Gegenansprüche nicht anerkannt hatte. Eine gerichtliche Klärung der behaupteten Gegenansprüche wäre in einem Prozeß zwischen der Firma Wi[REDACTED] KG und der Beklagten möglich gewesen. Nachdem diese indessen den mit der Erwirkung eines Zahlungsbefehls gegen die Firma Wi[REDACTED] KG eingeleiteten Prozeß nicht weiterbetrieben hatte, trat auch insoweit eine Klärung nicht ein.

b) Dem Berufungsgericht ist daher darin beizustimmen, daß die Beklagte sich nach Treu und Glauben nicht mehr auf das pactum de non petendo berufen kann, weil sie eine außergerichtliche Einigung nicht erreichte und weil sie den Prozeß gegen die Firma Wi[REDACTED] KG nicht weiterbetrieb. Andernfalls wäre es nämlich der Beklagten möglich, die Zahlung der Restkaufpreisforderung für immer zu verweigern.

3. Das bedeutet indessen nur, daß die Klägerin nicht mehr an das "Stillhalteabkommen" zwischen der Firma Wi [REDACTED] KG und der Beklagten vom 19. März 1973 gebunden ist und daß sie die ihr abgetretene Restkaufpreisforderung der Firma Wi [REDACTED] KG einklagen konnte. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Beklagte jedoch nicht an der Aufrechnung mit ihren behaupteten Gegenforderungen in diesem Prozeß gehindert, soweit der Verzicht der Firma Wi [REDACTED] KG auf den Aufrechnungsausschluß reicht (s.o. III 2), weil dieser Verzicht durch die Vereinbarung vom 19. März 1973 nicht rückgängig gemacht wurde.

V. Daß die Berücksichtigung der zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche die Entscheidung des Rechtsstreits verzögert, ist richtig, jedoch unerheblich, weil die Beklagte schon in erster Instanz Aufrechnung geltend gemacht hatte.

Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Gegenforderungen der Beklagten nur unzureichend spezifiziert seien. Die Beklagte hat den Sachverhalt, auf den sie ihre Gegenforderung stützt, eingehend vorgetragen und unter Beweis gestellt und sich zum Beweis für deren Höhe auf ein Sachverständigengutachten berufen.

VI. Die Rüge der Revision, in der Vereinbarung vom 19. März 1975 liege in Wirklichkeit eine Stundung, so daß in jedem Falle ein Verzug nicht eingetreten sei, ist unbegründet.

1. Wie dargelegt wurde, hat das Berufungsgericht zu Recht die Abmachung vom 19. März 1973 als sog. pactum de non petendo angesehen. Hierdurch wurde aber, anders als bei einer Stundung, die Fälligkeit der Forderung nicht hinausgeschoben. Die Mahnung ist nach der Feststellung des

Berufungsgerichts bereits vorher am 25. Oktober 1972 erfolgt. Die Klägerin kann somit gegebenenfalls Verzugszinsen verlangen.

2. Demgegenüber könnte die Beklagte sich nicht auf Rechtsirrtum berufen und dadurch ihren Verzug ausräumen. Denn sie hat nichts vorgetragen, was auf einen entschuld-
baren Rechtsirrtum schließen ließe.

VII. Da es mithin weiterer Feststellungen bedarf, war das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Wolf

Treier