

Für das Nachschlagewerk!  
Nicht für die Amtliche Sammlung!

---

2364 090

111

Gesetz: ZPO § 264

Rechtssatz: Geht der Kläger von seinem ursprünglichen Antrag, die Zwangsvollstreckung aus einer sicherungshalber abgetretenen Grundschuld für unzulässig zu erklären, später - weil sich herausstellt, daß er nicht Eigentümer des belasteten Grundstücks ist - zu dem Antrag auf Rückabtretung der Grundschuld über; so ist die Klageänderung sachdienlich, wenn der Streit sich nach wie vor im wesentlichen nur darauf bezieht, ob der Kläger wirksam gegen die durch die Grundschuld gesicherte Forderung aufgerechnet hat.

Aktenzeichen: V ZR 195/56  
Urteil des BGH vom 30. Oktober 1957

LG Köln  
OLG Köln

16

V ZR 195/56

Verkündet am 30. Oktober 1957  
[REDACTED], Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr.-Ing. Josef H[REDACTED] in K[REDACTED]-W[REDACTED],  
Ol[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisions-  
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die W[REDACTED] Kalk- und Portlandzementwerke AG in  
K[REDACTED], Unter Sa[REDACTED], vertreten durch ihre  
Vorstandsmitglieder Direktor Kurt R[REDACTED] und Be[REDACTED]  
a.D. Adrian G[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 30. Oktober 1957 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter  
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe und Dr. Freitag f  
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil  
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in  
Köln vom 21. Juni 1956 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung  
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-  
verwiesen, dem auch die Entscheidung über die  
Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

### Tatbestand:

Der Kläger hat der Rechtsvorgängerin der Beklagten zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen die Firma Ei & Co. Kommanditgesellschaft eine Briefgrundschuld von 25 000 DM abgetreten, die für ihn auf dem Grundstück Am We in K (Grundbuch von K Band 879 Blatt ) eingetragen war. Die Beklagte ist in sämtliche Rechte und Pflichten der bisherigen Gläubigerin eingetreten. Sie betreibt wegen einer Restforderung gegen Ei & Co. in Höhe von 13 811 DM nunmehr aus der Grundschuld die Zwangsversteigerung des erwähnten Grundstückes.

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrage, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Er hat Tatsachen vorgetragen, aus denen er folgert, ihm stehe gegen die Rechtsvorgängerin der Beklagten ein beträchtlicher Schadensersatzanspruch zu; mit einem Teil dieses Anspruchs habe er gegen die Forderung von 13 811 DM aufgerechnet und sie dadurch zum Erlöschen gebracht. Die Beklagte, die um Klageabweisung gebeten hat, ist dem Vorbringen des Klägers entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger das Bestehen des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs nicht bewiesen habe.

In der Berufungsinstanz sind die Parteien, nachdem der Kläger zunächst seinen früheren Antrag wiederholt hatte, vom Oberlandesgericht darauf hingewiesen worden, daß Bedenken hinsichtlich der Sachbefugnis des Klägers bestünden; nicht er sei nämlich Eigentümer des Grundstückes Am We, dieses gehöre vielmehr, wie sich aus den Grundakten



erbe, seiner Ehefrau und seinen Kindern, Daraufhin hat der Kläger den Antrag geändert und um Verurteilung der Beklagten gebeten, die zu ihren Gunsten im Grundbuch von K Band 879 Blatt in Abteilung III unter Nr. 9 eingetragene Grundschuld von 25 000 DM an ihn zurückzuübertragen und ihm den Grundschuldbrief zurückzugeben. Seine Sachbefugnis - so hat er geltend gemacht - ergebe sich daraus, daß er persönlich haftender Gesellschafter der inzwischen erloschenen Firma Ei & Co. gewesen sei und daher rechtswirksam gegenüber der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit seinem Schadensersatzanspruch habe aufrechnen können. Die Beklagte hat Klageänderung gerügt und die neuen Behauptungen des Klägers bestritten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein zweitinstanzliches Klagebegehren weiter; er beantragt, den Rechtsstreit unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe:

1. Während das Landgericht die Klage als sachlich unbegründet abgewiesen hat, ist das Berufungsgericht zu seiner ebenfalls klageabweisenden Entscheidung allein aus verfahrensrechtlichen Gründen gelangt. Es erblickt in dem prozesualen Verhalten des Klägers, der von seinem ursprünglichen Antrag auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung im Laufe des zweiten Rechtszuges zu einer Leistungsklage auf

Rückübertragung der Grundschuld übergegangen ist, eine Klageänderung. Diese könnte, da die Beklagte nicht einwillige, nach §§ 264, 523 ZPO nur zugelassen werden, wenn sie sachdienlich wäre. Das sei jedoch nicht der Fall.

Diese Entscheidung wird von der Revision im Ergebnis mit Recht beanstandet.

2. Allerdings verdient die Revision insoweit keine Zustimmung, als sie eine Klageänderung überhaupt in Abrede stellt und geltend macht, es liege einer der Ausnahmefälle des § 268 ZPO vor. Wenn der Kläger die Vollstreckungsgegenklage fallen ließ und stattdessen Rückgewähr der sicherungshalber an die Beklagte abgetretenen Grundschuld verlangte, so ersetzte er damit das im Prozeß zunächst angestrebte Ziel durch ein anderes. Zur Rechtfertigung des neuen Klagebegehrens war auch ein Wechsel im Tatsachenvortrag erforderlich.

Die ursprüngliche Klage beruhte, da der Einwand aus § 767 in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO nur dem Vollstreckungsschuldner zusteht, auf dem angeblichen Eigentum des Klägers an dem zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstück; daß ihm das Grundstück Am We [REDACTED] [REDACTED] gehöre, hat der Kläger zwar nicht in seinen erstinstanzlichen Schriftsätzen, aber in der Berufungsbegründung vom 5. September 1955 ausdrücklich behauptet (S. 1 aaO). Diese Behauptung erwies sich dann in der Verhandlung vom 28. November 1955, als die Verfahrensbeteiligten Einsicht in die Grundakten nahmen, als unzutreffend. Nachdem damit der bisherigen Klage der Boden entzogen worden war, mußte der Kläger, um eine Verpflichtung der Beklagten zur Rück-

übertragung der Grundschild darzutun, auf das Rechtsverhältnis zurückgreifen, das der seinerzeitigen Sicherungsgewährung zugrunde lag. Er machte nunmehr geltend, daß die Grundschild, da die zu sichernde Forderung endgültig erloschen sei, sich zu Unrecht in den Händen der Beklagten befinde; diese müsse sie daher - sei es auf Grund seiner Vereinbarungen mit ihrer Rechtsvorgängerin (Urteil des Senats vom 2. Oktober 1957, V ZR 212/55; zur Veröffentlichung bestimmt), sei es wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB) - wieder an ihn als den Sicherungsgeber zurückabtreten. Das Erlöschen der Forderung ergibt sich nach Ansicht des Klägers daraus, daß er gegen sie mit einem Gegenanspruch aufgerechnet hatte (§ 389 BGB). Diese Aufrechnung setzte indessen, um wirksam zu sein, Gegenseitigkeit der beiden Forderungen voraus (§ 387 BGB), d.h. es war erforderlich, daß die Forderung der Beklagten, der gegenüber der Kläger die Aufrechnung erklärt hatte, sich nicht nur gegen die Firma Ei & Co., sondern zugleich gegen ihn persönlich richtete. Zur Begründung des ursprünglichen Antrages aus § 767 ZPO - der sich ebenfalls auf die Aufrechnung stützte - bedurfte es einer solchen Gegenseitigkeit nicht; vielmehr hätte dort der Kläger, sofern er Eigentümer des mit der Grundschild belasteten Grundstücks gewesen wäre, gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1142 Abs. 1 und 2 BGB mit seinem Schadensersatzanspruch gegen den betreibenden Gläubiger auch dann aufrechnen können, wenn er nicht der persönliche Schuldner war (RG JW 1914, 402 Nr. 3; BGB RPK 10. Aufl. § 1142 Anm. 4; Palandt/Hoche 16. Aufl. § 1142 BGB Anm. 3). Um sein neues Klagebegehren zu rechtfertigen, war der Kläger infolgedessen genötigt, einen Sachverhalt vorzutragen, aus dem hervorging, daß er

für die Forderung der Beklagten, aus der die Zwangsversteigerung betrieben wurde, persönlich einzustehen hatte. Er hat daraufhin behauptet, er sei persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft Ei[REDACTED] & Co. gewesen (Schriftsatz vom 13. Dezember 1955, S. 2), - eine nach §§ 161 Abs. 2, 128 HGB, § 422 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Entscheidung erhebliche Behauptung, da im Falle ihrer Richtigkeit die Aufrechnungsbefugnis zu bejahen wäre (RGZ 11, 114, 118 f; Geßler/Hefermehl HGB 3. Aufl. § 105 Randziffer 44 Abs. 3 und § 128 Randziffer 17; Erman/Schulze-Wenck § 719 BGB Anm. 3; BGB RGRK 10. Aufl. § 719 Anm. 5).

Weder die Tatsachenbehauptungen, aus denen der Kläger sein Klagebegehren herleitet, noch der Inhalt der begehrten Rechtsschutzhandlung selbst sind also unverändert geblieben. Bei dieser Sachlage bestehen gegen den Ausgangspunkt des Berufungsurteils, daß Klageänderung gegeben sei, keine Bedenken (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 268 Anm. I).

Entgegen der Ansicht der Revision liegt aber auch keiner der drei Ausnahmefälle des § 268 ZPO vor. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall entfällt schon deshalb, weil sie ausdrücklich voraussetzt, daß keine "Änderung des Klagegrundes" eingetreten sei, hier jedoch eine solche Änderung darin zu erblicken ist, daß der Kläger, wie soeben ausgeführt wurde, in zwei wesentlichen Punkten - Eigentumsverhältnisse des Grundstücks und Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter - neue Tatsachen vorgebracht hat, durch die der zu beurteilende Gesamttatbestand zu einem anderen geworden ist (RG HRR 1934 Nr. 911; Stein/Jonas/Schönke aaO Anm. III Abs. 2). Außerdem irrt die Revision, wenn sie den Ausnahmetat-

bestand des § 268 Nr. 2 ZPO aus dem Grunde für gegeben erachtet, weil der Fall nicht anders liege, als wenn anstelle eines Antrages auf Rechnungslegung ein Zahlungsantrag oder anstelle eines Leistungsantrages ein solcher auf Duldung der Zwangsvollstreckung oder Verurteilung zur Sicherheitsleistung gestellt werde. In Wirklichkeit kann von einer bloßen Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrags, wie sie die genannte Bestimmung voraussetzt, hier nicht gesprochen werden. Denn die Rechtsfolge, die der Kläger mit dem neuen Antrag erstrebt, ist ihrem Wesen nach verschieden von derjenigen, die er mit dem früheren Antrag herbeizuführen beabsichtigte. Während dieser unmittelbar auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung gerichtet war, will der Kläger jetzt lediglich der Beklagten den Vollstreckungstitel aus der Hand schlagen und damit den Vollstreckungsschuldnern - seiner Ehefrau und seinen Kindern - die Möglichkeit eröffnen, vielleicht ihrerseits in einem neuen Verfahren gemäß § 766 oder § 767 ZPO gegen die Vollstreckung vorzugehen. Ebensowenig vermag die Revision sich auf § 268 Nr. 3 ZPO zu berufen; ihre Ansicht, als eine "später eingetretene Veränderung" im Sinne dieser Bestimmung sei auch eine nachträgliche Erkenntnis der klagenden Partei über die wahre Rechtslage anstelle einer zunächst irrtümlichen Rechtsauffassung anzusehen, ist unzutreffend und wird durch die angeführte Stelle in dem Erläuterungsbuch von Stein/Jonas/Schönke (18. Aufl. § 268 ZPO Anm. V 3) nicht bestätigt.

3. Der Revision kann ferner nicht beigetreten werden, soweit sie Verletzung des § 529 ZPO rügt. Die Zulässigkeit einer Klageänderung, auch wenn sie erst in der Berufungsinstanz erfolgt, bestimmt sich ausschließlich nach Maßgabe

der §§ 264, 523 ZPO. Für die Vorschriften über die Zurückweisung nachträglich vorgebrachter Angriffs- oder Verteidigungsmittel (§§ 279, 529 Abs. 2 und 3 ZPO) ist in einem solchen Falle kein Raum. Der neue Klageanspruch stellt kein bloßes "Angriffsmittel" dar, er ist vielmehr der Angriff selbst (BGH NJW 1955, 707 Nr. 3 = IM § 264 ZPO Nr. 6).

4. Als begründet erweist sich jedoch die weitere Rüge, mit der die Revision geltend macht, daß das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit der Klageänderung zu Unrecht verneint habe.

Die Entscheidung darüber, ob im einzelnen Fall eine Klageänderung sachdienlich ist oder nicht, steht im tatrichterlichen Ermessen. Sie kann in der Revisionsinstanz nur nach der Richtung nachgeprüft werden, ob der Tatsachengericht den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen seines Ermessens überschritten habe (BGHZ 16, 317, 322; BGH IM § 264 ZPO Nr. 8). Die Frage der Sachdienlichkeit beantwortet sich nach objektiven Gesichtspunkten. Maßgebend ist nicht das Interesse, das der Kläger daran hat, mit seinem geänderten Vorbringen gehört zu werden, sondern der Gedanke der Prozeßwirtschaftlichkeit. Es kommt jeweils darauf an, inwieweit die Zulassung der Klageänderung dazu dient, den sachlichen Streitstoff im Rahmen des gegenwärtigen Prozesses zu bereinigen. Würde der Kläger, falls man die Klageänderung nicht zulässt, dadurch geradezu zur Erhebung einer neuen Klage herausgefordert, so wäre das nicht sachdienlich (RG HRR 1937 Nr. 338; BGHZ 1, 65, 71 f).

Das hat an sich auch das Berufungsgericht nicht verkannt; denn es führt zunächst aus, grundsätzlich sei eine Klageänderung immer dann zuzulassen, wenn sie die sachliche Erledigung des Streitfalles fördere, also einem sonst zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeuge. Jedoch müsse - so heißt es in dem angefochtenen Urteil dann weiter - der Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit zurücktreten, wenn, wie im vorliegenden Fall, das Gericht bei Zulassung der Klageänderung über einen völlig neuen Streitstoff zu entscheiden hätte. Der jetzt vom Kläger geltend gemachte Anspruch gründe sich darauf, daß die Forderung der Rechtsvorgängerin der Beklagten gegen die Firma Ei & Co., zu deren Sicherung die Grundschuld habe dienen sollen, erloschen sei, weil der Kläger als persönlich haftender Gesellschafter der genannten Firma mit einer Schadensersatzforderung aufgerechnet habe. Nur diese angebliche Schadensersatzforderung sei bisher schon Gegenstand des Rechtsstreits gewesen, im übrigen handele es sich aber um einen im Prozeß noch nicht berührten Sachverhalt.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Es kann dahingestellt bleiben, ob der für die Frage der Sachdienlichkeit richtungsweisende Gedanke der Prozeßwirtschaftlichkeit unter gewissen Voraussetzungen dem Interesse der beklagten Partei daran, sich nicht auf einen neuen Anspruch des Klägers einlassen zu müssen, zu weichen hat. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Mai 1953 (II ZR 206/52, LM § 523 ZPO Nr. 1), aus dem das Berufungsgericht einen derartigen Grundsatz herzuleiten versucht, betrifft jedenfalls einen Sachverhalt, der gerade in den maßgeblichen Punkten von dem hier zur Entscheidung stehenden merklich abweicht. Dort hatte die klagende Partei,

nachdem sie ihr Zahlungsbegehren in erster Instanz auf eine angeblich ihr gegenüber abgegebene Vorpflichtungserklärung des Beklagten gestützt hatte, nach Erlaß des klagabweisenden Urteils den Anspruch eines Dritten gegen den Beklagten pfänden und sich überweisen lassen und machte in der Berufungsinstanz diesen Anspruch geltend, wogegen der Beklagte einwandte, er habe mit einer Gegenforderung gegenüber dem Dritten aufgerechnet. Wenn der Bundesgerichtshof bei dieser Sachlage den Standpunkt des Berufungsgerichts, das die Sachdienlichkeit der Klageänderung verneint hatte, gebilligt hat, weil im Falle ihrer Zulassung das Gericht zur Beurteilung und Entscheidung eines völlig neuen, bis dahin zwischen den Parteien überhaupt nicht vorhandenen Streitstoffes genötigt werden würde, so leuchtet das angesichts der besonderen Umstände des damaligen Falles ohne weiteres ein. Es war dort noch nicht zu übersehen, ob die vom Beklagten geltend gemachte Gegenforderung überhaupt bestand sowie ob und wann sie fällig geworden war. Die Zulassung der Klageänderung würde deshalb, wie in dem genannten Urteil näher ausgeführt wird, "das Gesicht des Rechtsstreits geändert" und weniger dazu geführt haben, den Streitstoff zwischen den Parteien auszuräumen, als vielmehr dazu, die von dem Beklagten nunmehr zu seiner Verteidigung hervorgekehrten Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Dritten zu untersuchen, ohne daß hierbei das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung hätte verwerfett werden können.

So ist es im vorliegenden Fall aber keineswegs. Der Streit der Parteien ging und geht hier im wesentlichen um das Bestehen des Schadensersatzanspruchs, mit dem der Kläger gegen die der Zwangsvollstreckung zugrundeliegende Forderung

der Beklagten aufgerechnet hat. Daran hat sich dadurch, daß der Kläger im Laufe des zweiten Rechtszuges von der ursprünglichen Vollstreckungsgegenklage zu einem Anspruch auf Rückabtretung der Grundschuld übergegangen ist, nichts geändert. Der Streitstoff zwischen den Parteien ist trotz des Wechsels in der Klagebegründung, der vorwiegend die rechtliche Seite des Falles betraf, in allen maßgeblichen Punkten derselbe geblieben. Neu ist an dem Sachverhalt, auf den die Klage jetzt gestützt wird, nur zweierlei: einmal die Tatsache, daß der Kläger nicht, wie ursprünglich angenommen wurde, Eigentümer des Grundstücks Am We [REDACTED] ist, und ferner seine Behauptung, er sei persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft Ei [REDACTED] & Co. gewesen. Über die Eigentumsverhältnisse des Grundstücks besteht, nachdem sie das Berufungsgericht in der Verhandlung vom 28. November 1955 an Hand der Grundakten klargelegt hat, kein Streit. Daß der Kläger Komplementär gewesen sei, hat die Beklagte zwar in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht bestritten, aber ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 9. Februar 1956 hat der Kläger daraufhin sofort Beiziehung der Handelsregisterakten betreffend die Firma Ei [REDACTED] & Co. beantragt (§ 432 ZPO) und sich außerdem auf das Zeugnis der Eheleute Ei [REDACTED] in K [REDACTED] berufen; dieser Punkt hätte sich also - Notwendigkeit einer Beweisaufnahme schließt die Sachdienlichkeit nicht aus (RG HRR 1937 Nr. 358; BGH LM § 523 ZPO Nr. 1) - unschwer und, da Registergericht und etwaige Zeugen sich am selben Ort befanden, auch ohne nennenswerten Zeitverlust klären lassen. Das Berufungsgericht hat von der Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Es hat stattdessen einen Verkündungstermin auf fünf Wochen später anberaumt, hat den Termin in der Folgezeit nicht

weniger als sechsmal, zuletzt bis zum 21. Juni 1956, vertagt und ist dann schließlich zu einer Klageabweisung durch Prozeßurteil mit der Begründung gelangt, die Klageänderung sei nicht sachdienlich, weil im Falle ihrer Zulassung über einen "völlig neuen Streitstoff" und einen "im Prozeß noch nicht berührten Sachverhalt" entschieden werden müßte.

Diese Verfahrensweise verstieß gegen § 264 ZPO. Das Berufungsgericht hat den Begriff der Sachdienlichkeit unrichtig angewandt, indem es außer acht ließ, daß der Streit trotz Klageänderung inhaltlich nach wie vor die Begründetheit des zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs zum Gegenstand hatte. Seine Entscheidung, mit der die Parteien zwangsläufig in einen neuen Prozeß über dieselbe Streitfrage hineingedrängt werden würden, läßt sich auch mit der weiteren Erwägung des angefochtenen Urteils nicht halten, der Beklagten sei "nicht zuzumuten" gewesen, sich im zweiten Rechtszuge auf eine Erörterung der neuen Anspruchsgrundlage einzulassen, vielmehr müsse dem Schutzgedanken des Gesetzes Rechnung getragen werden, das die beklagte Partei vor einer "leichtfertigen Prozeßführung" des Klägers bewahren wolle (Baumbach/Lauterbach, ZPO 24. Aufl. § 264 Anm. 2 B). Daß dem Kläger in höherem Maße als den übrigen Verfahrensbeteiligten der Vorwurf der Leichtfertigkeit zu machen wäre, ist nicht ersichtlich. Der für eine Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO entscheidungserhebliche Umstand, daß ihm das Grundstück Am We [REDACTED] nicht gehörte, war der Beklagten genau so bekannt wie dem Kläger selbst, denn sie betrieb die Zwangsversteigerung dieses Grundstücks; das Landgericht kannte

die Eigentumsverhältnisse ebenfalls, da ihm die Grundakten vorlagen. Für die Beklagte bedeutete es auch keine Unzumutbarkeit, wenn von ihr verlangt wurde, zu dem neuen Anspruch auf Rückabtretung der Grundschuld Stellung zu nehmen; in Wirklichkeit blieb für sie - von der durch einen Blick in die Handelsregisterakten zu klärenden Frage der Komplementär-Eigenschaft abgesehen - alles beim alten, weil die Entscheidung des Rechtsstreits praktisch allein von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Schadensersatzanspruchs abhing.

5. Nach allem konnte das Berufungsurteil, da es auf dem dargelegten Verfahrensverstoß beruht, nicht aufrechterhalten werden. Eine Entscheidung in der Sache selbst ist dem Revisionsgericht nicht möglich; zwar hat das Landgericht bereits zu dem zur Aufrechnung gestellten Anspruch Stellung genommen und ihn mit eingehender Begründung verneint; aber seine Ausführungen sind vom Kläger in zweiter Instanz als fehlerhaft angegriffen worden. Es ist nunmehr zunächst Aufgabe des Berufungsgerichts, sich mit diesen Angriffen auseinanderzusetzen und erforderlichenfalls die von den Parteien angetretenen Beweise und Gegenbeweise zu erheben (BGH III § 264 ZPO Nr. 3).

Die Sache mußte daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 565 Abs. 1 ZPO). Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens - bei der gegebenenfalls die Vorschrift des § 97 Abs. 2 ZPO zu beachten sein wird - zu übertragen.

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Schuster