

12. Ist es dann, wenn eine Gegenforderung teils aufgerechnet, teils mit Widerklage verfolgt und in erster Instanz abgewiesen war, in zweiter aber dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird, nach § 538 Nr. 3 ZPO. geboten oder auch nur zulässig, die Sache für die Klage und die Widerklage gleichermaßen an das Gericht erster Instanz zurückzuberweisen?

VI. Zivilsenat. Ur. v. 29. November 1920 i. S. 55. (Kl. u. Widerbekl.) w. Ga. (Bekl. u. Widerkl.). VI 801/20.

I. Landgericht Düsseldorf. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger verlangt für Holz, das er am 11. Oktober 1917 geliefert hat (Lannenschwaben), den dem Betrage nach unstreitigen Kaufpreis mit 521,28 M nebst Zins. Die Beklagte verlangt aufrechnend und widerklagend Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines nach ihrer Behauptung am 28. September 1917 geschlossenen Vertrags über Lieferung von 50 Waggonen vorjährigem Knüppelholz. Sie beziffert den Schadensbetrag auf 10 000 M und hat den Antrag der Widerklage auf Zahlung von 9 478,72 M nebst Zins gerichtet.

Der erste Richter hat nach dem Antrag der Klage erkannt und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat in Abänderung dieses Urteils „die Gegenforderung der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Klage und Widerklage sowie auch über die Kosten des Rechtsstreits die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.“ Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils aus folgenden

Gründen:

Die Revision hat neben anderen Bemängelungen unter Berufung auf § 304 ZPO. beanstandet, daß eine Vorabentscheidung über den Grund erlassen worden ist, und hält weiter auch die Vorschriften des

§ 549 ZPO. für verkehrt. Schon diese prozeßualen Rügen mußten in der Tat Erfolg haben.

Die Klageforderung stand bereits in der Berufungsinstanz nach Grund und Betrag außer Streit. Die Beklagte — Widerklägerin — hat ihr gegenüber lediglich die Aufrechnung mit dem entsprechenden Teile ihrer Gegenforderung geltend gemacht. Deren danach verbleibender Restbetrag ist der Gegenstand der Widerklage.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt mit der Ausführung: daß die Beklagte einen Schaden überhaupt erlitten habe, sei ohne weiteres anzunehmen, denn es sei davon auszugehen, daß sie das Holz (Knüppel) billiger gekauft habe, als sie es hätte wieder verkaufen können. Daß sie für die Ware keine Verwendung gehabt habe, sei unbewiesen geblieben.

Die Zurückverweisung der Sache zur Widerklage gründet das Berufungsgericht auf § 538 Nr. 3 ZPO. Damit ist aber seiner Ansicht nach zugleich die Zurückverweisung des gesamten Prozeßstoffes — auch zur Klage — geboten, denn die Entscheidung über die Klage hänge ebenso wie die Entscheidung über die Widerklage von der Höhe der Gegenforderung ab. Würde über den Betrag der Gegenforderung im zweiten Rechtszug ohne weiteres verhandelt und entschieden werden, so würde dem Kläger ein Rechtszug entzogen werden, was der Absicht des § 538 Nr. 3 zuwiderlaufen würde. Deshalb vermöge sich das Berufungsgericht der Entscheidung des Reichsgerichts JW. 1908 S. 529 Nr. 15, worin dieses seine frühere mit dem obigen Standpunkt übereinstimmende Ansicht (vgl. RGZ. Bb. 47 S. 416, JW. 1902 S. 217 Nr. 18) aufgegeben habe, nicht anzuschließen.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Kein Zweifel besteht darüber, daß das Berufungsgericht lediglich ein — die ganze Gegenforderung umfassendes — Zwischenurteil nach § 304 ZPO. hat erlassen wollen und erlassen hat. Die Möglichkeit, nach dieser Vorschrift über den Grund des Anspruchs vorab zu entscheiden, besteht nur für den durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch, nicht für Einreden, auch nicht für die Aufrechnungseinrede (RGZ. Bb. 49 S. 339). Bezüglich der vorliegenden Widerklage aber war nach bekannten Grundsätzen, die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts feststehen und wofür auf die Ausführungen in Warneryer 1913 Nr. 341 zu verweisen genügt, eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nur dann zulässig, wenn feststand, daß die Höhe der Gegenforderung die der Klageforderung übersteige, daß also nach durchgeführter Aufrechnung für die Widerklage selbst noch etwas übrig bleibe. Nur dann war für das vorbehaltene Betragsverfahren über

den Widerklageanspruch Raum, anderenfalls war die Widerklage abzuweisen, d. h. die Berufung des Widerklägers zurückzuweisen.

Hiergegen hat das Berufungsgericht verstoßen. Es stellt nur fest, daß die Beklagte (Widerklägerin) einen Schaden überhaupt erlitten habe, nicht aber, daß dieser Schaden den zur Aufrechnung benötigten Betrag ihrer Forderung übersteige. Hiernach ist die vorliegende Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. nicht prozeßgerecht ergangen und unterlag der Aufhebung.

Das Berufungsgericht scheint zu dem beanstandeten Verfahren durch dieselbe Erwägung gelangt zu sein, womit es die Zurückverweisung der Sache zur Widerklage und zur Klage zu rechtfertigen versucht hat. Es nimmt insoweit eine Untrennbarkeit der Gegenforderung für den zur Aufrechnung verwendeten und für den mit der Widerklage verfolgten Teil an; dies indessen ohne ausreichenden Grund. Zuzugeben ist, daß in der Tat Fälle denkbar sind, wo der Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage so geartet ist, daß sachgemäß für beide zusammen die Zurückverweisung in die Vorinstanz auszusprechen ist. So hat es der V. Zivilsenat in einem Urteil vom 5. Mai 1900 V 55/1900 (ZW. S. 471) gebilligt, daß in einem Falle, wo der Klage auf Zahlung einer Entschädigung von 8000 M wegen Nichterfüllung einer Vertragsabrede eine Widerklage dahin gegenüberstand, der Kläger habe anzuerkennen, daß ihm wegen dieser Nichterfüllung kein Anspruch auf Entschädigung (oder Preisminderung) zustehe, das Berufungsgericht die Zurückverweisung der Sache auf Grund des § 538 Nr. 3 ZPO. auch für die Widerklage ausgesprochen hatte, welche ihrerseits nicht abgewiesen worden war. Im gleichen Sinne hat der VII. Zivilsenat in einem Urteil vom 12. Januar 1909 VII 463/1908 einen unlöslichen Zusammenhang zwischen der Klage und der Widerklageforderung angenommen in einem Falle, wo die Klage auf Herausgabe zweier als Schadenskaution gegebener Wechsel, die Widerklage ebenfalls auf deren Herausgabe, dazu auf Schadenersatz gerichtet war, und den Gegenstand des Streites die Frage bildete, ob eine Forderung bestehe, wofür die Kaution hafte.¹⁾

Eine solche Bedingtheit von Klage und Widerklage kann aber in einem Falle der hier gegebenen Art nicht angenommen werden. Wie das Berufungsgericht zutreffend anführt, hat sich in diesem Sinne bereits der II. Zivilsenat des Reichsgerichts in dem Urteil vom 23. Juni 1908 II 2/08 (ZW. S. 529) ausgesprochen.²⁾ Eine Trennung der

¹⁾ Hierher wird auch der Fall RW. Bd. 95 S. 37 ff., 39 zu zählen sein, wo eine Teilforderung als solche geltend gemacht und Widerklage wegen Nichtbestehens der ganzen Verpflichtung erhoben war. D. S.

²⁾ Unter Aufgabe der Entsch. ZW. 1902 S. 217 Nr. 18. Für diese ältere Rechtsprechung die Komm. v. Stein ZPO. § 538 V 4 u. II Abs. 2, Stoniecki-

Gegenforderung von 10 000 *M* für den zur Aufrechnung verwendeten Teil (521,28 *M* nebst Zins) und für den Restbetrag ist rechtlich nicht ausgeschlossen. Allerdings besteht solchenfalls die Möglichkeit, daß, wenn über den einen Teil der Forderung in einer anderen Instanz als über den anderen Teil befunden wird, über den für beide Beträge einheitlichen Grund der Forderung verschiedentlich geurteilt wird. Aber abgesehen davon, daß dies nur zunächst zutrifft, nicht endgültig zu sein braucht, da ja die Entscheidung der ersten Instanz zur Nachprüfung des Berufungsgerichts gebracht werden kann, genügt jene Möglichkeit überhaupt nicht, um die grundsätzliche Gestaltung des Verfahrens in diesem Punkte zu ändern. Prüfte das Berufungsgericht vor Erlassung der Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. in der oben verlangten Weise die Frage, ob ein den Aufrechnungsbetrag übersteigender Schaden für die Beklagte (Widerklägerin) anzunehmen sei, so war damit die Klage (Erstklage) sachlich erledigt. Der erste Richter hatte sie erschöpfend beurteilt, sie stand für sich außer Streit, nur die Entscheidung über die Aufrechnung stand noch aus. Wenn und soweit diese zugunsten der Beklagten (Widerklägerin) ausfiel, war die Erstklage abzuweisen und damit erledigt. Dieser Entscheidung über die Aufrechnung und damit über die Klage (Erstklage) konnte sich das Berufungsgericht nicht entziehen. Es war auch durch nichts gehindert, hierüber ein Teilurteil (§ 301 ZPO.) zu erlassen. Insbesondere kann davon keine Rede sein, daß auch für die Aufrechnung zwei Instanzen zu sichern wären; die Vorschrift des § 538 Nr. 3 gilt nur für die Widerklage als solche.

Beschränkte nun das Berufungsgericht die Beurteilung der Gegenforderung auf die Feststellung, daß sie den zur Aufrechnung verwendeten und erforderlichen Betrag (521,28 *M* nebst Zins) übersteige, so hatte es die Klage — zufolge der erklärten Aufrechnung — abzuweisen und zur Widerklage die Sache gemäß § 538 Nr. 3 ZPO. an die erste Instanz zurückzuverweisen. Diese Zurückverweisung hatte das Berufungsgericht aber auch dann auszusprechen, wenn es etwa, indem es die Aufrechnung beurteilte, dazu gelangte, schon seinerseits den Betrag der Gegenforderung überhaupt, also auch für den widerklagend verfolgten Teil, und zwar in einer die Klagforderung (Aufrechnung) übersteigenden Höhe zu ermitteln. Das Berufungsgericht war solchenfalls nicht in der Lage, seinerseits auf Grund seiner Feststellung des Betrags der Gegenforderung die Widerklage endgültig zu beschreiben, vielmehr greift insoweit, da die Widerklage in erster Instanz abgewiesen war,

Gelpke Anm. 12, Förster-Kann Bd. 2 S. 63 in Anm. 2 c d δ; dagegen schon Simonson bei Gruch. Bd. 46 S. 99 flg., 109 in 4, Schmidt-Bardeleben das. Bd. 47 S. 781 flg., bes. 784/785. D. C.

die Vorschrift des § 538 Nr. 3 ein, die das Berufungsgericht zutreffend als zwingend bezeichnet.

Hiernach ist bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz zu verfahren, wobei es hier keiner besonderen Ausführungen für den Fall bedarf, daß etwa für die Gegenforderung ein die Klageforderung nicht übersteigender oder sie nicht einmal erreichender Betrag festgestellt, also die Abweisung der Widerklage aus diesem Grunde zu bestätigen sein würde.

Ein Eingehen auf die weiteren Revisionsangriffe ist nicht geboten. Dem Kläger kann überlassen bleiben, seine Einwendungen in der erneuten Berufsungsverhandlung weiter zu verfolgen.