

21. 1. Wann ist Einheit des Streitgegenstandes in mehreren gleichzeitig anhängigen Rechtsstreitigkeiten anzunehmen?

2. Zur entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschrift in § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO., wenn im ersten Rechtsgang aus anderen als den in § 274 Abs. 2 ZPO. aufgeführten verfahrensrechtlichen Gründen entschieden worden ist.

3. Kann nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. zurückverwiesen werden, wenn im zweiten Rechtsgang ein Prozeßhinderis für einen vermöge Klagenänderung dort neu erhobenen, allein noch zur Entscheidung stehenden Anspruch verneint wird?

4. Schließt eine der Sache selbst entnommene Hilfsbegründung des ersten Richters die Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. aus?

V. Zivilsenat. Ur. v. 25. August 1938 i. S. G. (Verl.) w. D.  
(Rl.). V 32/38.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der in der Schweiz ansässige Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks in Berlin. Für den Beklagten ruht auf dem Grundstück eine Aufwertungshypothek in Höhe von 9991,92 *GM.*, deren persönlicher Schuldner der Kläger ist. Der Beklagte hat Forderung und Hypothek gekündigt. Der Kläger hat das Kapital nicht gezahlt und auch die Zahlung der bisher in Schweizer Währung entrichteten Zinsen eingestellt.

Der Kläger ist nicht deutscher Reichsangehöriger, wohl aber der in Holland ansässige Beklagte, der bis 1934 in Berlin wohnte und dann ausgewandert ist.

Der Beklagte hat im November 1936 den Kläger vor dem Schweizer Kantongericht in Genf auf Rückzahlung des Darlehens verklagt. Der Klageantrag war auf Zahlung von 17304,80 Schweizer Franken gerichtet. Das Kantonsgericht hat im April 1937 den Kläger zur Zahlung von 9991,92 *GM.* nebst Zinsen verurteilt. Der Kläger hat Berufung eingelegt. Über diese ist noch nicht entschieden.

In dem vorliegenden, seit Januar 1937 anhängigen Rechtsstreit hat der Kläger beantragt, festzustellen,

1. daß er dem Beklagten als persönlicher Schuldner 9991,92 RM. deutscher Währung schuldet;
2. daß er dem Beklagten als dinglicher Schuldner 9991,92 RM. deutscher Währung schuldet;
3. daß er durch eine entsprechend der deutschen Devisengesetzgebung erfolgende Zahlung von 9991,92 RM. auf ein inländisches Sperrkonto des Beklagten von den zu 1 und 2 genannten Schulden befreit wird.

Zur Begründung hat der Kläger vorgetragen, Erfüllungsort sei Berlin; deshalb brauche er nur in deutscher Währung und zufolge der deutschen Devisengesetzgebung nur auf ein im Reichsgebiet für den Beklagten zu eröffnendes Sperrkonto zu zahlen. Da der Beklagte sich eines Anspruchs auf Zahlung in Schweizer Franken berühme, bestehe ein rechtliches Interesse an alsbaldiger richterlicher Feststellung, wie die Forderung des Beklagten zu erfüllen sei.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben, ein rechtliches Interesse des Klägers an der begehrten Feststellung bestritten und in der Sache selbst ein u. a. auf nachträgliche Vereinbarung gestütztes Recht auf Zahlung in Schweizer Franken oder freier Reichsmark geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat gegenüber den Anträgen unter Nr. 1 und 3 die Einrede der Rechtshängigkeit durchgreifen lassen und für alle drei Anträge ein Feststellungsinteresse des Klägers verneint.

Der Kläger hat Berufung eingelegt und beantragt, festzustellen, daß er

1. bei der Bezahlung seiner persönlichen Schuld von 9991,92 RM. deutscher Währung den Vorschriften der Devisengesetze unterworfen sei;
2. berechtigt sei, sich durch eine in Berlin unter Beobachtung der Vorschriften der deutschen Devisengesetze erfolgende Zahlung von 9991,92 RM. deutscher Währung von seiner persönlichen Schuld zu befreien und gegen eine solche Zahlung die Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung über die Hypothek zu verlangen.

Zur Begründung hat der Kläger ausgeführt, mit den neugefaßten Anträgen werde von dem deutschen Gericht eine Entscheidung über

andere als die von dem Schweizer Gericht zu beantwortenden Rechtsfragen begehrt. Er habe ein rechtliches Interesse daran, daß sein Rechtsverhältnis zum Beklagten durch Urteil über die hier gestellten Anträge alsbald geklärt werde.

Der Beklagte hat Zurückweisung der Berufung beantragt. Er hat Klageänderung gerügt.

Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers, soweit sie sich gegen die Abweisung des ursprünglichen Antrags unter Ziff. 2 richtete, mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Kläger insoweit die Klage zurückgenommen, der Beklagte jedoch der Rücknahme widersprochen habe. Im übrigen hat das Kammergericht der Berufung stattgegeben, insoweit das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Die Revision des Beklagten hatte nur insofern Erfolg, als sie sich gegen die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht wandte.

#### Aus den Gründen:

1. Daß auf die Genfer Klage zu erwartende rechtskräftige Urteil des zuständigen Schweizer Gerichts ist fähig, im Gebiet des Deutschen Reiches anerkannt zu werden (§ 328 BPO. in Verbindung mit dem Gesetz über das deutsch-schweizerische Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedsprüchen vom 28. Juli 1930 — RGBl. II S. 1065, 1270 —). Deshalb steht die durch jene Klage begründete Rechtshängigkeit für die auf sie gestützte Einrede des Beklagten der durch Anrufung eines deutschen Gerichts bewirkten Rechtshängigkeit gleich (RGZ. Bd. 49 S. 340 [344]). Davon ist auch das Kammergericht ausgegangen.

Begründet wäre die Einrede, wenn in beiden Prozessen derselbe Anspruch verfolgt würde. Das ist, wie das Kammergericht zutreffend angenommen hat, nicht der Fall. In Genf wird auf Leistung, in Berlin auf Feststellung geklagt. Die erstrebten Rechtsziele sind also verschieden. Das Landgericht hatte freilich für die ursprünglichen Klageanträge unter Nr. 1 und 3 angenommen, daß die Rechtsziele nur äußerlich verschieden, im Kern jedoch wesensgleich seien; im Grunde begehre der Kläger nämlich mit diesen Anträgen nur die

Feststellung, daß er nicht in Schweizer Franken zu zahlen brauche, und das sei lediglich die Verneinung der Rechtsfolge, über deren Eintritt schon das Schweizer Gericht auf Anrufung durch den Beklagten zu entscheiden habe. Dieser Auslegung der bisherigen Klageanträge ist nicht zu folgen. Eine Begründung hierfür erübrigt sich. Denn inzwischen hat der Kläger unbehindert (§ 270 ZPO.) neue Anträge gestellt, und deren Bedeutung erschöpft sich zweifellos nicht in bloßer Verneinung des in der Schweiz verfolgten Klageanspruchs. Die Zuerkennung des dort anhängig gemachten, auf Zahlung in der Schweiz gerichteten Anspruchs durch das Kantongericht ergibt nichts darüber, ob der Kläger auch durch eine Leistung, wie er sie nur bewirken will, von der persönlichen Schuld befreit wird und das Recht auf Erteilung einer löschungsfähigen Quittung erwirbt (neuer Antrag Nr. 2). Andererseits ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die in Genf erhobene Klage von dem Schweizer Berufungsgericht aus einem Grunde abgewiesen wird, der sich über den Inhalt der Leistungspflicht des Klägers und deren Beeinflussung durch die deutsche Devisengesetzgebung überhaupt nicht verhält (neuer Antrag Nr. 1). Der in der Schweiz geführte Rechtsstreit ist mithin nicht geeignet, in jedem Fall die Entscheidung zu zeitigen, die der Kläger mit der vorliegenden Klage begehrt. Dann aber haben die beiden Prozesse nicht denselben Streitgegenstand. Zu diesem Ergebnis ist übrigens das Schweizer Kantongericht ebenfalls gelangt.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch. Nach ihrer Meinung kommt es, entgegen der Rechtsauffassung des Kammergerichts, nicht darauf an, ob sich der Beklagte vor dem Schweizer Gericht einredeweise mit dem Recht auf Erteilung einer löschungsfähigen Quittung verteidigt hat, sondern ob er dies hätte tun können. Hätte der Beklagte, so führt die Revision aus, vor einem deutschen Gericht aus dem persönlichen Schuldverhältnis auf Zahlung geklagt, so hätte der Kläger das Recht auf eine löschungsfähige Quittung einredeweise geltend machen können und dies nach § 767 Abs. 2 ZPO. sogar tun müssen; dagegen hätte er dieses Recht durch eine Feststellungsklage nicht mehr zur Anerkennung bringen können. Eine Feststellungsklage wäre solchenfalls an der Einrede der Rechtshängigkeit gescheitert. Nichts anderes aber habe zu gelten, wenn die Leistungsklage vor einem ausländischen Gericht erhoben

sei und das von ihm zu erlassende Urteil von den deutschen Gerichten anerkannt werde.

Diesen Ausführungen kann auch abgesehen davon, daß die von der Revision angeführte Vorschrift der deutschen Zivilprozessordnung für das Verfahren vor den Schweizer Gerichten nicht gilt, nicht gefolgt werden. Die Rechtsbetrachtung der Revision trifft schon für das deutsche Prozeßrecht nicht zu. Wichtig ist an ihr nur, daß sich der Kläger, der zugleich dinglicher Schuldner ist, gegenüber der Schuldfrage mit dem Recht auf Quittungserteilung einredeweise verteidigen könnte und daß ihm, wenn er dies unterläßt, die Vorschrift in § 767 Abs. 2 ZPO. verwehrt, das bezeichnete Recht späterhin noch gegenüber der Vollstreckung eines auf Zahlung lautenden Urteils geltendzumachen. Denn zu den von jener Vorschrift ergriffenen „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen“ (§ 767 Abs. 1), gehören alle Einwendungen, die den Anspruch nach sachlichem Recht tilgen oder ihn, sei es auch nur zeitweilig, entkräften. Darunter fällt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (Stein-Jonas ZPO. II 1 zu § 767), wie sie nach § 1144 in Verbindung mit §§ 273, 274 BGB. dem Eigentümer, der gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, auch gegenüber der Schuldfrage zusteht (vgl. RGZ. Bd. 55 S. 224 [227]). Zwar entsteht das Recht auf Quittungserteilung erst mit der Befriedigung des Gläubigers. Doch genügt es zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts allgemein, daß der Gegenanspruch erst mit Erfüllung der geschuldeten Leistung zur Entstehung gelangt (RGZ. Bd. 82 S. 25 [27]), und deshalb ist im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO. der Grund des Zurückbehaltungsrechts schon vor dem dort bezeichneten Zeitpunkt entstanden.

Rechtsirrig ist dagegen die den Ausführungen der Revision ersichtlich zur Grunde liegende Ansicht, daß die bezeichnete Vorschrift der Zivilprozessordnung den Kläger hindere, das gegenüber der Zahlungsfrage nicht einredeweise geltend gemachte Recht auf Quittungsleistung später anderweitig und in Sonderheit mit Hilfe einer Feststellungsfrage gegenüber dem Beklagten zu verfolgen. Die Frage aus § 767 ZPO. ist für den Schuldner der einzige Rechtsbehelf, um sachliche Einwendungen zur Abwendung der Vollstreckung geltend zu machen. Dagegen bleibt durch die Vorschrift in § 767 Abs. 1 ZPO. grundsätzlich unberührt das Recht des Schuld-

ners, die darin bezeichneten Einwendungen in einem anderen Prozeß, sei es auch zur Abwehr des sachlichen Anspruchs selber, vorzubringen. Freilich kann dann der in § 767 Abs. 2 ZPO. zunächst nur für das Gebiet der Vollstreckungsgegenklage ausgesprochene Gedanke des Ausschusses verspätet vorgebrachter Verteidigungsmittel auch die sachliche Rechtslage beeinflussen und beispielsweise dahin führen, daß die Aufrechnung gegen eine Urteilsforderung sachlich-rechtlich wirkungslos bleibt, wenn die Aufrechnung infolge der verordneten Ausschließung eine Vollstreckungsgegenklage nicht begründen könnte (RG. in SeuffArch. Bd. 89 Nr. 78 S. 161). So wenig aber in einem solchen Fall die Wirkungslosigkeit der Aufrechnung den Schuldner hindert, die vergeblich zur Aufrechnung gestellte Forderung zwecks Einziehung einzulagern, so wenig kann ihm durch § 767 Abs. 2 ZPO. verwehrt sein, den Anspruch, dessentwegen er gegenüber einem Anspruch des Gläubigers hätte zurückhalten können, im Prozeßwege geltend zu machen. Der Kläger könnte zweifellos gemäß § 1144 BGB. auf Erteilung der Lösungsbevollmächtigung Zug um Zug gegen Befriedigung des Beklagten klagen. Dann aber muß es ihm — sofern nur das vom Berufungsgericht noch nicht geprüfte, in § 256 ZPO. vorausgesetzte rechtliche Interesse vorliegt — auch freistehen, auf Feststellung des aus § 1144 BGB. für ihn sich ergebenden Rechts in gleichem Sinne Klage zu erheben. Selbst wenn der in der Schweiz angestrengte Rechtsstreit schon zu rechtskräftiger Feststellung des dort erhobenen Zahlungsanspruchs geführt hätte, läge die Sache nicht anders; denn nach § 322 Abs. 1 ZPO. erstreckt sich die Rechtskraft auf Gegenrechte, die wie das Zurückbehaltungsrecht nur auf Einrede zu berücksichtigen sind, nicht einmal dann, wenn die Einrede erhoben ist (Stein-Jonas V 2b zu § 322). Auch das zeigt, daß die Einrede der Rechtshängigkeit nicht begründet sein kann. Denn sie erfordert Übereinstimmung (Identität) des Streitgegenstandes in beiden Prozessen, während Rechtskraftwirkung schon die Entscheidung einer Vorfrage haben, insofern also Präjudizialität genügen kann (RGZ. Bd. 50 S. 416; Stein-Jonas III 2 zu § 263).

Zu dem neuen Berufungsantrag des Klägers unter Nr. 1 bemerkt die Revision, der Kläger habe vor dem Schweizer Gericht geltend gemacht, daß er sich durch Reichsmarkzahlung auf Sperrkonto von der Schuld befreien könnte, und das Schweizer Gericht,

dessen Urteil im Fall der Rechtskraft in Deutschland anerkannt werde, habe diese Verteidigung zurückgewiesen. Das ist richtig, trifft aber nicht den Kern der Sache. Der Kläger, der einen auf Zahlung in der Schweiz gerichteten Anspruch bestreitet, weil er sich nur zur Zahlung in Berlin für verpflichtet hält, will in dem vorliegenden Rechtsstreit eine Entscheidung darüber herbeiführen, ob er dieser Verpflichtung nach Maßgabe der deutschen Devisengesetzgebung zu genügen hat. Darüber braucht aber, wie oben gesagt wurde, in dem Schweizer Rechtsstreit nicht notwendig entschieden zu werden. Deshalb greift die Einrede der Rechtshängigkeit auch gegenüber dem neuen Antrag zu 1 nicht durch.

2. Die im vorstehenden als richtig erkannte Entscheidung des Kammergerichts beschränkt sich inhaltlich auf die Verwerfung der prozeßhindernden Einrede der Rechtshängigkeit. Damit ist der Streit über die vom Kläger erhobene Feststellungsklage noch nicht beendet. Deshalb ist im Sinne des § 538 Abs. 1 ZPO. eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich. Daß sich die Verhandlung im ersten und übrigens auch im zweiten Rechtsgange tatsächlich bereits auf andere, den Streitstoff insgesamt erschöpfende Punkte erstreckt hat und deshalb die Sache, soviel zu ersehen ist, für das Kammergericht im ganzen spruchreif gewesen wäre, ist für die Anwendung der angezogenen Vorschrift ohne Bedeutung (RGZ. Bd 12 S. 377, Bd. 61 S. 409, Bd. 97 S. 212; RG. in JW. 1937 S. 813 Nr. 8). Es kommt vielmehr nur noch darauf an, ob die zweite Voraussetzung für die Zurückverweisung gegeben, d. h. vom Landgericht nur über die prozeßhindernde Einrede entschieden worden ist. Trifft das zu, dann war für das Kammergericht der Rechtsstreit im übrigen noch nicht entscheidungsreif, weil den Parteien — das ist der Grundgedanke der Vorschrift — der erste Rechtsgang nicht entgehen soll. Anderenfalls mußte das Kammergericht selber in der Sache abschließend entscheiden.

a) Tatsächlich hat nun, worauf die Revision hinweist, das Landgericht die Abweisung der ursprünglichen Klageanträge zu 1 und 3, an deren Stelle die neuen Klageanträge getreten sind, hilfsweise auch damit begründet, daß es an dem von § 256 ZPO. vorausgesetzten rechtlichen Interesse für die vom Kläger erbetene Feststellung fehle. Wenn das Kammergericht in eine Prüfung auch dieses Entscheidungsgrundes eingetreten wäre, hätte es zu einer

Zurückverweisung nicht kommen können; denn die unterbliebene Prüfung hätte entweder zur Zurückweisung der Berufung oder dazu führen müssen, daß das Kammergericht in der Sache selbst entschied. Zwar ist der zweite Entscheidungsgrund des Landgerichts ebenfalls dem Prozeßrecht entnommen, und hat das Reichsgericht die Vorschrift in § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. für entsprechend anwendbar erklärt, wenn im ersten Rechtsgang aus anderen als den in § 274 Abs. 2 ZPO. aufgeführten verfahrensrechtlichen Gründen entschieden worden ist und dieser Entscheidungsgrund im zweiten Rechtsgang nicht gebilligt wird (RGZ. Bd. 123 S. 194 [201], Bd. 133 S. 365 [370] und RG. in JW. 1937 S. 813 Nr. 8). In zweien der damals beurteilten Fälle handelte es sich um das auf § 272 Abs. 3 HGB. gestützte Verlangen nach Sicherheitsleistung, das keine prozeßhindernde Einrede begründet; im dritten Falle hat das Revisionsgericht in sinngemäßer Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. zurückverwiesen, weil beide Vorinstanzen die Klage wegen eines Mangels der Klageaufstellung zu Unrecht abgewiesen hatten. In solchen und ähnlichen Fällen ist eine entsprechende Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. nach dem Zweck der Vorschrift wegen Gleichheit des Rechtsgrundes geboten. Doch muß es sich immer um eine Prozeßvoraussetzung handeln, die wie die aus § 274 Abs. 2 ZPO. zu entnehmenden gegeben sein muß, um dem Gericht überhaupt ein Sachurteil, nicht nur ein dem Kläger günstiges, zu ermöglichen. Zu diesen Prozeßvoraussetzungen gehört das von § 256 ZPO. geforderte rechtliche Interesse am Feststellungsurteil nicht (vgl. RGZ. Bd. 71 S. 68 [71]). Dem dessen Fehlen verwehrt dem Richter nicht die Sachprüfung und folglich nicht die Abweisung in der Sache selbst (Stein-Jonas I, IV zu § 538, II C 1 zu § 300, III zu § 256). Die gebotene Folgerung, daß bei Abweisung der Feststellungsklage mangels rechtlichen Interesses durch den ersten Richter und bei Mißbilligung dieses Entscheidungsgrundes durch das vom Kläger angegangene Berufungsgericht unter Umständen die ganze Sachprüfung tatsächlich in die zweite Instanz verlegt wird, wird denn auch, soviel bekannt, nirgends mit dem Hinweis auf eine aus § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. zu entnehmende Abhilfsmöglichkeit abgelehnt. Vielmehr entspricht es allgemeiner Rechtsüberzeugung und Rechtsübung, daß solchenfalls das Berufungsgericht nach der Regelvorschrift in § 537 ZPO. selber zu entscheiden hat.



b) Unerachtet der vom Landgericht gegebenen Hilfsbegründung wäre die Zurückverweisung nicht statthaft gewesen, wenn der vom Kläger erhobene Anspruch erst durch eine Klagänderung im zweiten Rechtszug aus einem bereits anderweit in Streit befangenen ein noch nicht rechtshängiger Anspruch geworden wäre. Denn neuen Prozeßstoff, der ihm auf diese Art vorgetragen wird, muß das Berufungsgericht selber erschöpfend prüfen. In einem solchen Falle verschlägt es nichts, daß die Parteien dadurch eine Instanz verlieren; denn das ist nur eine Folge aus der Zulassung der Klagänderung im zweiten Rechtszug. Der erste Richter hat dann eben über den ihm unterbreiteten Streitstoff vollständig erkannt, so daß eine Zurückverweisung der Sache aus § 538 Abs. 1 Nr. 2 so wenig wie etwa aus § 539 ZPO. zu rechtfertigen wäre.

Das Kammergericht hält die vorstehend wiedergegebenen, in RGZ. Bd. 29 S. 416 entwickelten Rechtsätze hier nicht für maßgebend, weil der Beklagte anders als in dem dort entschiedenen Falle auch gegenüber den neuen Klageanträgen die Einrede der Rechtshängigkeit vorgeschützt habe. Doch ist dies nur ein unwesentlicher Unterschied, auf dem das angeführte Urteil des Reichsgerichts nicht beruht. Der tragende Grund war die Erwägung, daß der im zweiten Rechtszug allein noch zur Entscheidung stehende Antrag im Wege der Klageänderung neu in diese Instanz eingeführt wurde und hier von Amts wegen auf die Zulässigkeit des Rechtswegs (um die es sich damals handelte) zu prüfen war. Das Reichsgericht hat später auch wiederholt entschieden, daß es für die Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. nicht auf die Geltendmachung des Prozeßhindernisses im Wege der Einrede ankomme (RGZ. Bd. 70 S. 179, Bd. 123 S. 194 [201]). Ist die Rechtshängigkeit, was offen bleiben kann, nicht von Amts wegen zu beachten, so war die Erhebung einer auf sie gestützten Einrede Voraussetzung für ihre Berücksichtigung gegenüber neuen Klageanträgen im zweiten Rechtszug, aber für sich allein kein Grund für die Zurückverweisung.

Dennoch hat das Kammergericht im Ergebnis recht. Die zum Vergleich gestellten Fälle unterscheiden sich im wesentlichen dadurch, daß im vorliegenden Falle der Kläger seine Klage nicht geändert hat. Das Kammergericht hat darüber nicht entschieden, sondern nur ausgesprochen, daß, wenn eine Klageänderung anzunehmen sei, sie als sachdienlich zugelassen werde. Das Revisionsgericht ist deshalb durch

die Vorschrift in § 270 ZPO. nicht gehindert, die Frage nach einer Klageänderung selbständig zu entscheiden. Der Kläger hat im zweiten Rechtsgange seine Klageanträge lediglich erweitert, ohne hierbei den Klagegrund zu ändern. Darin liegt nach § 268 ZPO. keine Änderung der Klage. Der Klageanspruch hat sich also nicht erst im zweiten Rechtsgang in einen nicht rechtshängigen Anspruch verwandelt. Mit dem Prozeßmangel doppelter Rechtshängigkeit ist die Klage von vornherein nicht befaßt gewesen. Das Urteil des Kammergerichts betrifft mithin denselben, im Sinne der Zivilprozeßordnung (§ 268) nur unwesentlich veränderten Anspruch, den das Landgericht infolge eines Rechtsirrtums auf die Einrede der Rechtshängigkeit hin abgewiesen hat. Aus diesem Grunde können die in RGZ. Bd. 29 S. 416 enthaltenen Rechtsätze auf den Streitfall nicht angewendet werden.

c) Die Entscheidung über die Revision hängt daher, soweit sie sich gegen die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht wendet, allein davon ab, ob das Kammergericht die vom Landgericht gegebene Hilfsbegründung, wie geschehen, unbeachtet lassen durfte. Diese Hilfsbegründung hatte bei rein denkfähiger Betrachtung in das erste Urteil einen gewissen Widerspruch hineingetragen. Wenn das Landgericht die Klage abwies, weil ihr das Prozeßhindernis der doppelten Rechtshängigkeit entgegenstehe, konnte es nicht zur Gewinnung eines zweiten selbständigen Abweisungsgrundes über dieses Hindernis hinwegsehen und die Klage auf das Vorliegen der in § 256 ZPO. aufgestellten besonderen Rechtsschutzvoraussetzung hin prüfen. Denn eine solche Prüfung setzte Entscheidungsbefugnis in der Sache selbst voraus, und gerade diese Befugnis hatte das Landgericht mit dem ersten Abweisungsgrund verneint. So gesehen würde das Urteil des Landgerichts der erforderlichen Bestimmtheit entbehren, insofern es ungewiß ließ, welcher der in der Tragweite verschiedenen Abweisungsgründe, die sich untereinander ausschließen, gelten sollte. Die Rechtskraftwirkung des zweiten Abweisungsgrundes würde, obwohl auch er auf verfahrensrechtlichem Gebiete liegt, doch eine andere sein als die des ersten.

Daraus folgt aber nicht, daß das Berufungsgericht, nachdem das erste Urteil nicht rechtskräftig geworden, sondern mit dem zulässigen Rechtsmittel angefochten worden ist, die Hilfsbegründung

hätte übergehen dürfen. Freilich ist es mit der Bemerkung der Revision, daß auf die Einrede der Rechtshängigkeit verzichtet werden könne, nicht getan; es ist nicht zu ersehen, inwiefern hieraus auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer derartigen Hilfsbegründung sollte geschlossen werden können, nachdem die Einrede nun einmal erhoben worden ist. Allein die Zulassung von Rechtsmitteln bezweckt eine schnelle und zuverlässige Rechtsfindung und steht damit im Dienst einer vorwiegend rechtspolitischen Aufgabe, bei deren Erfüllung rechtstheoretische Erwägungen hinter die Anforderungen einer praktischen Handhabung der Prozeßordnung zurücktreten müssen. Überdies ergibt sich auch bei einer nur logischen Betrachtungsweise, daß dem unteren Richter die von ihm beanspruchte weitere Entscheidungsbefugnis nicht fehlte, wenn der höhere Richter angerufen wird und dahin entscheidet, daß der erste rein prozessuale Abweisungsgrund nicht zu Recht bestehe.

Nun ist zwar richtig, daß das Reichsgericht in solchen Fällen die Hilfsbegründung als nicht geschrieben behandelt (RGZ. Bd. 41 S. 369, Bd. 105 S. 196, Bd. 153 S. 216 [219]; RG. in JW. 1937 S. 813 Nr. 8, 1938 S. 966 Nr. 28; auch RGZ. Bd. 18 S. 216 [221]; zweifelnd RGZ. Bd. 144 S. 369 [374]) und daß, obwohl die ergangenen Urteile sich meist auf die Abweisung zugleich aus einem rein prozessualen und aus einem der Sache selbst entnommenen materiell-rechtlichen Grunde beziehen, es entscheidend doch auf die auch im Streitfall gegebene Unvereinbarkeit der mehreren Abweisungsgründe ankommt. Indessen betrifft diese Rechtsprechung die auf Revision ergehenden Entscheidungen. Für das abweichend geordnete Berufungsverfahren gilt sie nicht. Das Berufungsgericht hat — anders als das nur mit der Rechtsanwendung besetzte Revisionsgericht — nach § 537 ZPO. über alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte zu befinden, über die nach den Anträgen entschieden werden muß, selbst wenn über diese Streitpunkte im ersten Rechtsgang nicht entschieden worden war. Mithin hat zunächst im Bereich dieser Vorschrift das Berufungsgericht, falls es entgegen dem ersten Richter den rein verfahrensrechtlichen Abweisungsgrund mißbilligt, in der Sache selbst zu entscheiden und dabei erforderlichenfalls auch den hilfsweise gegebenen weiteren Abweisungsgrund des ersten Richters nachzuprüfen. Die Fiktion, daß die Hilfsbegründung nicht vorhanden sei, hat hier keine Bedeutung; ein Zurückgreifen auf diese

würde keine unstatthafte Änderung des angefochtenen Urteils zum Nachteil des Rechtsmittelführers bedeuten. So wird die Rechtslage auch von Stein-Jonas (II Abs. 2 zu § 537 ZPO.) beurteilt, der in dem gedachten Falle als Aufgabe des Berufungsrichters die Sachprüfung und als Aufgabe des Revisionsrichters die Zurückverweisung der Sache bezeichnet. Aber auch im Bereich des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. kann nach dem oben bereits angegebenen Grundgedanken der Vorschrift nichts anderes gelten. Mit jener Fiktion ließe sich eine Zurückverweisung der Sache im vorliegenden Falle nicht rechtfertigen. Das Landgericht hat tatsächlich nicht nur über die prozeßhindernde Einrede befunden, sondern ist — wie die hier gebilligte Rechtsauffassung des Berufungsgerichts überdies zeigt, befugtermaßen — in eine Prüfung der Klage, sei es auch nur auf eine besondere Rechtsschutzvoraussetzung hin, eingetreten und hat darüber entschieden. Diese Tatsache bestimmte die Grenzen des Anfalls der Sache an das Berufungsgericht und stand folglich einer Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. entgegen (ebenso Stein-Jonas IV zu § 538). Ob sich die Zurückverweisung aus § 539 ZPO. hätte rechtfertigen lassen, bedarf schon deshalb keiner Erörterung, weil das Berufungsgericht von dieser auf sein Ermessen abstellenden Vorschrift keinen Gebrauch gemacht hat.