

43. Ist ein Teilurteil über eine Widerklage zulässig, die durch eine unselbständige Berufung in den Rechtsstreit eingeführt worden ist?

RPO. § 301 Abs. 1, § 522.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 31. Januar 1939 i. S. B. (Kl.) w. Kreis- und Stadtparkasse R. (Bekl.). VII 112/38.

I. Landgericht Krefeld-Uerdingen.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Kläger hat der Beklagten im Oktober und Dezember 1923 drei Aufträge zum Ankauf von Berliner Hypothekenspfandbriefen im Nennwerte von insgesamt 1400000 M. und von Hamburger Hypothekenspfandbriefen im Nennwerte von 500000 M. gegeben. Er behauptet, er habe Vorkriegspfandbriefe haben wollen, er habe dies auch bei den Aufträgen genügend zum Ausdruck gebracht. Er hat die Annahme der Nachkriegspfandbriefe, welche die Beklagte gekauft hatte, abgelehnt. Die Beklagte hat daraufhin im November 1926 die Papiere unter Verzicht auf Rücknahme für den Kläger hinterlegt. Sie bestreitet, daß der Kläger Vorkriegsausgaben bestellt habe.

Der Kläger hält die Beklagte für schadensersatzpflichtig, einmal aus dem Vertrage und dann aus Verschulden beim Vertragsschluß. Wenn sie Zweifel an dem Inhalt der Aufträge gehabt habe, so hätte sie — wie er meint — bei ihm nachfragen müssen; gegebenenfalls hätte er den Auftrag zum Ankauf anderer Vorkriegspapiere gegeben. Da auf die Berliner Vorkriegshypothekenspfandbriefe 271600 RM. und auf die Hamburger Vorkriegspfandbriefe 112000 RM. ausgeschüttet worden seien, sei ihm einschließlich Zinsen ein Schaden in Höhe von 471720 RM. entstanden, den die Beklagte zu ersetzen habe. Eingeklagt hat er nur einen Teilbetrag von 50000 RM. nebst 5% Zinsen seit dem 1. April 1935.

Die Beklagte hat der Klage widersprochen und eine Reihe von Einwendungen vorgebracht. Das Landgericht hat die Klage wegen Vermirkung des eingeklagten Anspruchs abgewiesen. Der Kläger hat Berufung eingelegt. Nunmehr hat die Beklagte, indem sie sich der Berufung des Gegners nach Ablauf der Berufungsfrist anschloß, Widerklage erhoben mit dem Antrag auf Feststellung, daß der Kläger

auch über den eingeklagten Teil des geltend gemachten Anspruchs hinaus aus den drei Aufträgen gegen sie keinen Anspruch auf Schadenersatz habe. Das Oberlandesgericht hat der Widerklage durch Teilurteil stattgegeben. Die Revision des Klägers gegen dieses Teilurteil hatte Erfolg.

Gründe:

Eine nach Ablauf der Berufungsfrist erklärte Anschließung an die Berufung des Gegners wird unwirksam, wenn die Berufung des Gegners zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§ 522 Abs. 1 ZPO.). Wegen dieser Möglichkeit kann ein Teilurteil über eine Widerklage, die durch eine derartige Anschlußberufung in den Rechtsstreit eingeführt worden ist, vor der Entscheidung über die Berufung nicht ergehen; die Widerklage ist vorher noch nicht zur Endentscheidung reif (§ 301 Abs. 1 ZPO.). Die unselbständige Anschlußberufung ist durch die Bestimmung, daß sie im Falle einer Zurücknahme der Berufung unwirksam wird oder als unzulässig zu verwerfen ist — d. h. durch die Bestimmung, daß sie nur durch eine noch bestehende und zulässige Berufung getragen wird — so eng mit der Berufung verknüpft, daß sie vor der Entscheidung über die Berufung einer abgesonderten Entscheidung nicht zugänglich ist. Ein Zwischenurteil, etwa über eine prozeßhindernde Eintrede (§ 275 ZPO.) oder über den Grund eines Anspruchs (§ 304 ZPO.), kann durch eine spätere Abweisung der Klage hinfällig gemacht werden; es entscheidet zwar wie jedes Urteil endgültig, aber nur über eine bestimmte Vorfrage, nicht über einen bestimmten Teil des Klageanspruchs. Das Teilurteil entscheidet aber gerade über einen bestimmten Teil des Klage- oder Widerklageanspruchs oder einen von mehreren Ansprüchen der Klage oder Widerklage. Den Feststellungen des Zwischenurteils widerspricht es nicht, wenn durch das Endurteil die Klage abgewiesen wird; mit dem Wesen des Teilurteils aber wäre es nicht vereinbar, wenn seine Feststellungen noch von einer Bedingung abhängig wären, sei diese nun aufschiebend oder auflösend. Es ist deshalb unzulässig, ein Teilurteil zu erlassen, wenn die Möglichkeit besteht, daß es durch Zurücknahme der Berufung oder ihre Verwerfung als unzulässig hinfällig gemacht werden kann. Und selbst wenn man annähme, die Zurücknahme der Berufung oder ihre Verwerfung als unzulässig berühre das nun einmal erlassene Teilurteil nicht, so müßte gerade diese Annahme dahin führen, die Endentscheidungsreife vor der

Entscheidung über die Berufung zu verneinen, weil sonst die Bestimmung des § 522 Abs. 1 ZPO. unter Umständen unwirksam würde.

Die Revision hat die Unzulässigkeit des angefochtenen Teilurteils nicht in der schriftlichen Revisionsbegründung geltend gemacht. Der dargelegte Verfahrensmangel ist jedoch auch ohne Rüge in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen. Zwar soll im allgemeinen — außer in Ehefachen (RGZ. Bd. 107 S. 350) — die Zulässigkeit eines Teilurteils in der Revisionsinstanz nur auf besondere Rüge nachgeprüft werden (RGZ. Bd. 85 S. 214 [217], Bd. 152 S. 292 [297]). Aber die Bestimmung, daß eine unselbständige Anschlußberufung unwirksam wird, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird, ist nicht nur der Verfügung der Parteien entrückt und läßt auch den Boden einer solchen Anschlußberufung nicht nur höchst schwankend erscheinen, sondern sie bewirkt eine derartige Verzahnung zwischen Berufung und Anschluß, daß eine besondere Entscheidung über letztere, welche die Tragfähigkeit der ersteren überschätzt, das ganze Verfahren betrifft und deshalb von Amts wegen auf ihre Zulässigkeit in dieser Beziehung geprüft werden muß.

Die Revisionsbeklagte sucht diesem Ergebnis dadurch zu begegnen, daß sie erklärt, sie widerspreche jetzt schon jeder Zurücknahme der Berufung. Damit kann sie den unsicheren Boden des Teilurteils aber nicht nachträglich tragfähig machen. Die zunächst immer noch bleibende Möglichkeit, daß die Berufung als unzulässig verworfen wird, kann nur durch das Berufungsgericht beseitigt werden; denn nach Wortlaut und Sinn des § 522 Abs. 1 ZPO. kommt es nicht auf die sachliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Berufung an, die etwa auch ein anderes Gericht prüfen könnte, sondern auf die Verwerfung der Berufung als unzulässig, und diese Entscheidung kann nur das Berufungsgericht treffen. Ferner hat aber die Erklärung der Revisionsbeklagten, die auch Berufungsbeklagte ist, nicht die Kraft, die Zurücknahme der Berufung auszuschließen. Da die Parteien über die Widerklage verhandelt haben, bedarf zwar eine rechtsgültige Zurücknahme der Berufung durch den Kläger der Einwilligung der Beklagten (§ 515 Abs. 1 ZPO.), aber die jetzige Erklärung, die Einwilligung zu verweigern, schließt nicht aus, daß die Revisionsbeklagte, wenn etwa der Kläger seine Berufung in gehöriger Form zurücknahm, nunmehr doch rechtswirksam in diese Zurücknahme einwilligte. Die

Zurücknahme einer Berufung ist ebenso wie die Zurücknahme einer Klage bindend und unwiderruflich, und dasselbe gilt für die Einwilligung oder Verjagung der Einwilligung zu der erklärten Zurücknahme. Damit ist aber nicht gesagt, daß eine vor der Zurücknahme ausgesprochene Einwilligung oder deren Verjagung dieselben Eigenschaften hätte. Es liegt nahe, beiden Erklärungen die Bindung abzusprechen oder ihnen wenigstens bis zur Zurücknahme der Berufung oder der Klage die Widerruflichkeit zuzugestehen. Wie es sich mit der Einwilligung verhält, bedarf hier keiner Entscheidung, wenn auch für ihre Widerruflichkeit trotz der Verschiedenheit von Prozeßhandlung und privatrechtlichem Rechtsgeschäft in gewissem Umfange die Vorschriften des § 183 BGB. sprechen; daß die Verjagung der Einwilligung, die vor der Zurücknahme erklärt worden ist, jederzeit unwiderruflich ist, unterliegt keinem Zweifel. Der Rechtsordnung kann nicht daran liegen, die Möglichkeit der Wiederherstellung des Rechtsfriedens, die mit der Zurücknahme einer Berufung oder einer Klage gegeben wäre, schon vor der Zurücknahme auszuschließen und den Gegner an einer vor der Zurücknahme erklärten Verjagung der Einwilligung festzuhalten, ohne ihm das Recht zu geben, die Lage neu zu prüfen, nachdem ihm das Angebot zum Rechtsfrieden tatsächlich gemacht worden ist.