

107. Unter welchen Voraussetzungen kann sich der Berufungsrichter die Entscheidung auf die Klage vorbehalten und zugleich die Sache zur Entscheidung über den Betrag einer von ihm dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärten Widerklage in die Vorinstanz zurückverweisen?

E. P. D. § 538 Nr. 3.

V. Civilsenat. Ur. v. 9. Januar 1901 i. S. D. (Rl.) w. E. (Wefl.).  
Rep. V. 269/00.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien haben durch schriftlichen Vertrag vom 4. März 1899 mit ihren Grundstücken getauscht. Auf dem von dem Beklagten in den Tausch gegebenen Mühlengrundstücke haftet eine Rente, bezüglich deren er zugesagt hatte, daß sie mit dem Ablaufe des Jahres 1903 zu Ende gehe, die aber erst im Jahre 1936 zum Erlöschen kommt.

Der Beklagte wird deshalb vom Kläger in Höhe von 1219,<sup>84</sup> *M* auf Entschädigung in Anspruch genommen. Er hat diesen Anspruch nicht bestritten, aber einen Gegenanspruch in Höhe von 10500 *M* geltend gemacht, den er darauf gründet, daß das vom Kläger in den Tausch gegebene Grundstück nur 3 Ar 6 Quadratmeter groß sei, während ihm Kläger bei den dem Abschluß des Tauschvertrages vorausgegangenen Verhandlungen sowohl persönlich, wie auch durch den Vermittler G. die Größe auf 29—30 Quadratruten angegeben habe. Er will gegen die Klageforderung diesen Anspruch aufrechnen und erhebt wegen des überschießenden Betrages Widerklage. Sein Antrag geht dahin,

die Klage abzuweisen und den Kläger als Widerbeklagten zur Zahlung von 9280,<sup>15</sup> *M* nebst Zinsen seit dem 9. März 1892 zu verurteilen.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage zur Zahlung von 1219,<sup>84</sup> *M* und wies die Widerklage ab. Der zweite Richter hat auf Berufung des Beklagten dahin erkannt:

„Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet und die Sache insoweit zur Verhandlung an das Landgericht zurückverwiesen.“

Zugleich hat er durch Beschluß das Verfahren in der Berufungsinstanz auf die Klage ausgesetzt, bis in erster Instanz über die Widerklage entschieden sein wird.

Dieses Urteil ist auf Revision des Klägers aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

„In der Berufungsinstanz wiederholte der Beklagte und Widerkläger seine Anträge aus erster Instanz; das Berufungsgericht hatte also sowohl auf die Klage, wie auf die Widerklage zu entscheiden. Eine Entscheidung auf die Klage hat es nicht gegeben; diese soll im Gegenteile nach dem Beschlusse über die Aussetzung des Verfahrens in der Berufungsinstanz anhängig bleiben, bis in erster Instanz über die Widerklage entschieden sein wird. Hiermit ist es unvereinbar, wenn nun trotzdem durch das angefochtene Urteil der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache insoweit zur Verhandlung an das Landgericht zurückverwiesen wird. Denn mit der Widerklage ist ein

Anspruch nur insoweit geltend gemacht, als er die Klageforderung übersteigt. Solange daher der Berufungsrichter nicht feststellte, daß dem Widerkläger ein die Klageforderung übersteigender Ersatzanspruch zustehe (mochte auch im übrigen über seine Höhe ein abschließendes Urteil noch nicht zu gewinnen sein), konnte er auch nicht den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären. Zum Grunde gehört in solchen Fällen die Feststellung, daß ein Überschuß vorhanden sei. Eine dahin gehende Feststellung aber fehlt. Wäre sie getroffen, so würde bei der hier obwaltenden Sachlage freilich nichts entgegengestanden haben, einen der Klageforderung entsprechenden Betrag aufzurechnen, und demgemäß unter Abänderung des ersten Urtheiles zugleich auf Zurückweisung der Klage zu erkennen. Dies ist der eine Weg, auf welchem der Berufungsrichter zu einer Anwendung des § 538 Nr. 3 C.P.O. hätte gelangen können; wäre so, also unter gleichzeitiger Abweisung der Klage, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückgelangt, so hätte dieses nunmehr feststellen müssen, in welcher Höhe der Ersatzanspruch des Widerklägers nach Abrechnung des durch Kompensation auf die Klageforderung ihm bereits zuerkannten Betrages noch besteht. In Höhe dieses Betrages hätte es der Widerklage stattgeben und, soweit derselbe hinter den mit der Widerklage geforderten 9280,15 *M* zurückbleibt, hätte es sie abweisen müssen. Wie aber der erste Richter auf die Widerklage entscheiden soll, wenn es bei dem angefochtenen Urtheile verbleibt, ist mehr als zweifelhaft, weil er nicht in der Lage ist, auf die Klageforderung, über die er bereits erkannt hat und die nunmehr in zweiter Instanz anhängig ist, eine Aufrechnung auszusprechen. Die Anwendung des § 538 Nr. 3 C.P.O. darf eben in Fällen wie dem vorliegenden, wenn nämlich über die Widerklage erst erkannt werden kann, nachdem die Klageforderung festgestellt ist, nicht dahin führen, die Entscheidung über die Klage der zweiten Instanz vorzubehalten, und die Entscheidung über den Betrag der Widerklage in die erste Instanz zurückzuverlegen.

Bermieden wird eine solche Trennung in zwei Instanzen freilich auch dann, wenn Klage und Widerklage gleichzeitig in die erste Instanz zurückverwiesen werden. Daß dies zulässig, und daß unter Umständen die Zurückverweisung der Sache zur Entscheidung über die Widerklage die notwendige Folge der Zurückverweisung der Sache

zur Entscheidung über die Klage ist, hat der erkennende Senat bereits in dem Urteile vom 5. Mai 1900, ergangen in Sachen R. w. G., Rep. V. 55/00, ausgesprochen. Auch diesen Weg hätte der Berufungsrichter beschreiten können. Für das Revisionsgericht ist er ausgeschlossen, weil sich dieses nur mit der auf die Widerklage getroffenen Entscheidung zu befassen hat, und eine Zurückverweisung der ganzen Sache in die erste Instanz darüber hinausgreifen würde.“ . . .