

2532 097 40

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO § 529 Abs 2 Satz 1, §§ 523, 272 b .

Rechtssatz: Eine Verzögerung des Rechtsstreits, die die Nichtzulassung eines erstmals in der Berufungsbegründung geltend gemachten Antrags auf Vernehmung eines Zeugen rechtfertigt (§ 529 Abs 2), kann im Hinblick auf die Möglichkeit, den Zeugen gemäss § 272 b ZPO zu der mündlichen Verhandlung bereitzustellen, entfallen.

Aktenzeichen: III ZR 100/53

Urteil des BGH vom 11. November 1954

LG Stuttgart

OLG Stuttgart

Verkündet am 11. November 1954
[REDACTED], Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Hermann P [REDACTED], S [REDACTED], O [REDACTED]
straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

das Land Baden-Württemberg, vertreten durch das Innen-
ministerium,

Beklagten, Berufungsbeklag-
ten und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. November 1954 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der
Bundesrichter Dr. Weber, Dr. Kreft, Dr. Beyer und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 18. März 1953 aufgehoben und die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

40

- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1890 geborene Kläger hatte als württembergischer Beamter auf Lebenszeit zuletzt im höheren Verwaltungsdienst die Stellung eines Amtmanns bei dem Oberamt in Künzelsau bekleidet. Im Jahre 1927 wurde er wegen einer Lungenkrankheit als dienstunfähig in den Ruhestand versetzt und danach als Rechtsanwalt tätig. Nach seiner Zuruhesetzung bezog der Kläger einige Jahre Ruhegehalt. Im Jahre 1932 trat im Zuge von Sparmassnahmen das Württ. Innenministerium an den von ihm wieder für dienstfähig angesehenen Kläger zwecks neuerlicher Verwendung im Staatsdienst heran. In den hierüber von Ministerialrat K. und dem Kläger geführten Besprechungen wurde letzterer vor die Wahl gestellt, in den Staatsdienst zurückzukehren oder auf Grund des Art 102 Nr 1 des damals geltenden Württ. Beamtengesetzes vom 21. Januar 1929 (WürttBG), wonach das Ruhegehalt wegfällt, "wenn der Beamte eine Wiederanstellung ablehnt (Art 107)", seines Ruhegehaltes verlustig zu gehen. Nach längerer Bedenkzeit unterzeichnete der Kläger am 9. Juli 1932 eine Erklärung dahin, dass er mit Ablauf des 30. September 1932 auf die ihm "zustehenden Pensionsrechte, insbesondere das Ruhegehalt verzichte." Dementsprechend wurden die Ruhegehaltszahlungen am 1. Oktober 1932 eingestellt.

Der Kläger, der diese Erklärung unter dem 31. Dezember 1942 widerrufen und unter dem 9. Juni 1944 angefochten hat, verlangt mit der im Oktober 1944 eingebrachten, zunächst gegen den Württembergischen Fiskus, vertreten durch den Innenminister, gerichteten Klage mit wechseln-



den Klaganträgen Zahlung der gesetzlichen Ruhegelder. Er beruft sich namentlich darauf, dass die Voraussetzungen des Art 102 Nr 1 WürttBG nicht vorgelegen hätten, sowie darauf, dass das beklagte Land im Jahre 1932 nicht das für die Anwendung des Art 102 zwingend vorgeschriebene Verfahren nach Art 107 des Gesetzes durchgeführt habe. Er hält seine zu alledem noch angeblich unter Zwang abgegebene Verzichtserklärung für rechtsunwirksam. Das beklagte Land ist dem entgegengetreten und hat vorsorglich eingewandt, der Kläger handle arglistig, wenn er jetzt aus dem Fehlen eines Verfahrens nach Art 107 des Gesetzes Rechte für sich herleite, und habe überdies seinen Ruhegehaltsanspruch wegen verspäteter Geltendmachung verwirkt.

Das Landgericht hat der Klage, mit der der Kläger vor ihm zuletzt die Verurteilung des beklagten Landes zur Zahlung von 2.960,55 DM nebst Zinsen beantragte, abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers, mit der er in der Schlussverhandlung die Verurteilung des beklagten Landes zur Zahlung von 8.460,55 DM nebst Zinsen begehrte, zurückgewiesen. Beide Vordergerichte haben angenommen, das beklagte Land habe eine Widerklage auf Feststellung, dass dem Kläger kein Anspruch auf Ruhegehalt zustehe, nur angekündigt, aber nicht erhoben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Berufungsantrag weiter und bittet, daneben durch Beschluss dem beklagten Land die Kosten der seiner Meinung nach erhobenen und wieder zurückgenommenen Widerklage aufzuerlegen. Das beklagte Land bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht erachtet die Klage im Hinblick auf Art 102 Nr 1 WürttBG für unbegründet. Es nimmt an, nach der Bestimmung sei der Wegfall des Ruhegehalts allein davon abhängig, dass der Ruhestandsbeamte trotz bestehender Dienstfähigkeit die Wiederverwendung im Staatsdienst ablehne. Den Tatbestand sieht das Berufungsgericht als erfüllt an und stellt hierzu mit ins einzelne gehenden Ausführungen fest:

Der Kläger sei im Jahre 1932 wieder dienstfähig gewesen, habe das auch gegenüber Ministerialrat K. nicht mehr abgestritten; höchstens habe er unter gelegentlichen, seine Tauglichkeit im Staatsdienst nicht in Frage stellenden gesundheitlichen Störungen gelitten. Das beklagte Land habe den Kläger entgegen dessen heutiger Behauptung nicht um seinen Ruhegehaltsanspruch bringen wollen, sondern habe allen Ernstes die Einstellung des Klägers angestrebt und ihm die Verwendung in einer der früheren Dienststellung entsprechenden Stelle angeboten. Der Kläger habe indessen bei den damaligen Besprechungen nach reiflicher und freier Überlegung sowie im Bewusstsein des ihn nach Art 102 treffenden Rechtsverlustes die Wiederverwendung klar und ohne Vorbehalt abgelehnt.

Aus dem Umstand, dass die Weigerung des Klägers unmittelbar kraft Gesetzes den Verlust des Ruhegehaltsanspruches herbeigeführt habe, schliesst das Berufungsgericht auf ein Doppeltes. Einmal habe die vom Kläger

unter dem 9. Juli 1932 abgegebene Verzichtserklärung keine rechtsvernichtende, sondern bloß eine rechtsbestätigende Bedeutung, brauche daher nicht auf das Vorliegen von Fassungs- und Willensmängeln untersucht zu werden. Zum zweiten komme es in einem Fall wie dem vorliegenden nicht darauf an, ob das Verfahren nach Art 107 des Gesetzes durchgeführt worden sei. Die Anwendung des Art 107 wäre nur in Betracht gekommen, wenn der betreffende Beamte gegenüber der ihm angebotenen Wiedereinstellung eingewendet hätte, er sei nicht dienstfähig, oder die für ihn vorgesehene Stelle entspreche nicht seiner Berufsbildung und früheren Dienststellung. Die Anwendung der genannten Vorschrift sei aber zu der Herbeiführung des kraft Gesetzes eingetretenen Verlustes des Ruhegehaltsanspruches unnötig und eine leere Formalität, wenn ein Beamter, wie hier der Kläger, dienstfähig sei, jedoch grundsätzlich eine gleichwertige Wiederverwendung im Staatsdienst ablehne. Überdies verstosse es, so führt das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Erstrichter weiter aus, gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger, der im Jahre 1932 von seinem ihm bekannt gewesenen Recht, ein Verfahren nach Art 107 des Gesetzes zu verlangen, nicht Gebrauch gemacht und hierdurch seinen Verhandlungspartner veranlasst habe, auch seinerseits auf ein formelles Verfahren keinen Wert zu legen, heute aus der Nichtdurchführung des Verfahrens Rechte herleiten wolle.

2. Die Rügen, die die Revision in sachlichrechtlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht hiergegen erhebt, können ihr nicht zum Erfolg verhelfen.

a) Insoweit das Berufungsurteil ausführt, der in

Art 102 WürttBG vorgesehene Wegfall des Ruhegehalts trete auch ohne Durchführung des in Art 107 des Gesetzes geregelten Verfahrens ein, wenn der Beamte dienstfähig sei, jedoch grundsätzlich eine gleichwertige Wiederverwendung im Staatsdienst ablehne, handelt es sich um die Anwendung nichtrevisibelen Rechts. Für die Frage nach der Revisibilität kommt es nämlich entscheidend auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Revisionsverhandlung an (BGHZ 10, 368 ff). Infolgedessen ist das nach Erlass des Berufungsurteils am 1. Juli 1953 in Kraft getretene Baden-Württembergische Gesetz über die Oberlandesgerichte vom 27. April 1953 (GVBl Bad-Württ S 31) zu berücksichtigen. Nach diesem (§§ 2 und 3) umfasst der Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart heute den gesamten Gebietsbereich des früheren Landes Württemberg, sodass das im Jahre 1929 ergangene württembergische Beamtengesetz lediglich im Bezirk dieses Gerichts Geltung hat (§ 549 ZPO). Soweit das Berufungsgericht über die Anwendung nichtrevisibelen Rechts entschieden hat, ist seine Entscheidung gemäss § 562 ZPO für die auf die Revision ergehende Entscheidung massgeblich.

b) Die Revision rügt nun, das Berufungsgericht habe die Dienstfähigkeit des Klägers unter Verstoß gegen verfahrensrechtliche Bestimmungen festgestellt. Die Rüge macht eine nicht einwandfrei getroffene Feststellung einer Tatsache geltend, die das Berufungsgericht nach seiner Auslegung des nichtrevisibelen Rechts als erheblich ansieht. Sie ist zulässig und vom Revisionsgericht nachzuprüfen (vgl u.s. BGHZ 3, 342 [346/347]; 10, 373; RG JW 1933, 2582; Stein-Jonas-Schönke § 549, V; Baumbach § 549, 5). Der Rüge halten die Urteilsgründe nicht stand.

Den erstmals in der Berufungsbegründung enthaltenen Beweisantritt des Klägers, den Zeugen Konsul a.D. B. [REDACTED] darüber zu vernehmen, dass der Kläger um das Jahr 1932 immer wieder monatelang krank und noch im Sommer 1934 zu einem mehrere Monate umfassenden Aufenthalt in Lugano gezwungen gewesen sei, hat das Berufungsgericht in Anwendung des § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht zugelassen. Diese Bestimmung ist zwar im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbar. Die Frage, ob eine Verzögerung im Sinne des Gesetzes eintreten würde, ist aber der Beurteilung des Revisionsgerichts nicht entzogen. Die Berufungsbegründung stammt hier vom 14. November 1952 und ist am Tage darauf beim Berufungsgericht eingegangen. Der Verhandlungstermin ist am 17. November 1952 auf den 4. März 1953 anberaumt, das Urteil ohne vorgängige Beweiserhebung am 18. März 1953 gefällt worden. Nun hatte das Berufungsgericht gemäss §§ 523, 272 b ZPO alle Anordnungen zu treffen, die angebracht erschienen, um den Rechtsstreit tunlichst in jener Verhandlung zu erledigen. Zu diesem Zweck konnte es insbesondere (§ 272 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) Zeugen, auf die sich eine Partei bezogen hatte, zur mündlichen Verhandlung laden. Namentlich im Hinblick auf diese Möglichkeit der Bereitstellung des Beweismittels hätte das Berufungsgericht die objektive Verzögerungsfolge mit einer nachprüfbaren Begründung feststellen müssen, um die Nichtzulassung des Beweismittels nach § 529 ZPO zu rechtfertigen (WarnRechtspr 1937 Nr. 140). Das ist nicht geschehen. Weder aus dem Urteil noch sonstwie erhellt, dass der Zeuge nicht im Termin vom 4. März 1953 hätte vernommen werden können. Es hätte sodann nur des Zeitaufwands bedurft, den die Vernehmung des Zeugen im Termin erfordert hätte. Dieser geringfügige Zeitablauf kann nicht als eine nach § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO beachtliche Verzögerung in Betracht ge-

zogen werden (vgl. RG HRR 1931 Nr 877). Die Vernehmung des Zeugen hätte möglicherweise das Berufungsgericht dazu geführt, den Gesundheitszustand des Klägers anders zu beurteilen oder doch weitere Beweise nach dieser Richtung zu erheben. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger sei damals dienstfähig gewesen, ist mithin unter einem rechtserheblichen Verfahrensverstoss zustande gekommen. Ob das Berufungsgericht seine Feststellung ohne Heranziehung eines ärztlichen Sachverständigen treffen durfte, was die Revision verneint, kann dahingestellt bleiben.

Insoweit die Revision noch auf die Behauptung des Klägers hinweist, er würde bei der Durchführung des Verfahrens den Wiedereintritt in den Staatsdienst erwogen haben, und hieran anschliessend bemängelt, das Berufungsgericht habe unter unzulässiger Vorauswürdigung das Verfahren als eine leere Formalität erklärt, so scheitert sie mit ihrer Rüge an den hierzu vom Berufungsgericht getroffenen und das Revisionsgericht bindenden Feststellungen. Diese besagen, zum Teil unter Übernahme der landgerichtlichen Ausführungen, dass der Kläger sich nach einer voll ausreichenden Bedenkzeit eindeutig und vorbehaltlos für die Ablehnung der Wiedereinstellung entschieden habe und dass das Verfahren nach Art 107 des Gesetzes mit Sicherheit zu keinem anderen Ergebnis geführt haben würde. Damit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoss zum Ausdruck gebracht, dass es sich in diesem Punkte wie auch anderweit der Darstellung des Klägers zu folgen ausserstande sieht.

c) Der Umstand, dass nach der gegenwärtigen Verfahrenslage nicht von einer im Jahre 1932 vorhandenen Dienst-

fähigkeit des Klägers ausgegangen werden darf, würde dann nicht zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zwecks weiterer tatsächlicher Klärung nötigen, wenn der Kläger auch bei Unterstellung einer damals gegebenen Dienstunfähigkeit den eingeklagten Ruhegehaltsanspruch nicht geltend machen könnte. Nach dieser Richtung kommt in Betracht, ob nicht dem seinerzeitigen Verhalten des Klägers eine dahingehende rechtliche Bedeutung beizumessen ist.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Kläger, vor die Wahl der Wiederanstellung oder des Verlustes seines Ruhegehalts gestellt, in Kenntnis der Rechtslage darauf verwiesen, er habe "immer wieder mit der Lunge zu tun" und müsse dann "jeweils einige Wochen ausspannen"; auf die Entgegnung, er könne deswegen nicht als dienstunfähig angesprochen werden, habe er seine Dienstfähigkeit nicht mehr abgestritten. Es erhebt sich nun zunächst die Frage, ob dieses Verhalten, wenn es etwa dahin zu werten ist, dass der Kläger seine Dienstfähigkeit, von der seine Pflicht zur Annahme einer Wiederanstellung und bei gegebenen Umständen der Verlust seiner Ruhegelder abhing, nicht mehr anzweifeln und sich als dienstfähig behandeln lassen wollte, gegebenenfalls im Zusammenhalt mit der von ihm abgegebenen Verzichtserklärung im Rahmen der Art 102, 107 WürttBG zu einem Rechtsverlust geführt hat. Mit dieser Frage braucht sich jedoch der Senat vorliegend bei der ihm nach § 563 ZPO obliegenden Prüfung, ob das Berufungsurteil aus anderen als den ihm gegebenen Gründen aufrecht erhalten werden kann, um deswillen nicht zu befassen, weil das Berufungsurteil ohnehin auf Grund eines anderen, nachstehend unter II

behandelten Rechtsfehlers aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden muss. Der von dem Beklagten erhobene Einwand, der Kläger gehe wider Treu und Glauben vor, kann erst abschliessend beurteilt werden, wenn die Tragweite der landesrechtlichen Bestimmungen und erforderlichenfalls die seinerzeitigen Gesundheitsverhältnisse des Klägers geklärt sind.

II.

Der Kläger hat das Klagebegehren auch damit begründet, dass das beklagte Land unter Verletzung der ihm obliegenden Fürsorgepflicht ihn später, namentlich während des Krieges, zu einer Zeit, als er wieder dienstfähig geworden sei und seine Dienste angeboten habe, trotz des Mangels an Beamten nicht eingestellt habe. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag unter der Annahme, dass er erstmals in der Berufungsbegründung geltend gemacht worden sei, in Anwendung des § 529 Abs 2 ZPO nicht zugelassen. Die von der Revision hiergegen erhobene Rüge ist begründet.

Es handelt sich hier darum, dass der Kläger aus einem anderen Sachverhalt einen neuen, auf Schadensersatz gehenden Anspruch, nicht einen neuen Klagegrund für denselben Anspruch in den Prozess einführt. Die Zulassung der hierin liegenden Klagänderung bemisst sich nicht nach § 529 ZPO, sondern nach §§ 523, 264 ZPO. Sie ist also davon abhängig, dass die beklagte Partei in die Klagänderung einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet. Die Einwilligung der beklagten Partei in die Änderung der Klage ist nach § 269 ZPO anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in der mündlichen Verhand-

lung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat. Dies ist nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hier der Fall. Ist aber die Klagänderung zugelassen, so können die zur Begründung des neuen Anspruchs vorgetragenen Angriffsmittel, Behauptungen und Beweismittel, nur nach Maßgabe der §§ 279, 283 Abs 2 in Verbindung mit § 523 ZPO zurückgewiesen werden, wenn die Säumnis in die Zeit nach der Erhebung des neuen Anspruchs fällt. Denn wenn ein neuer Anspruch zulässig während des Berufungsverfahrens erhoben worden ist, muss auch seine Begründung zugelassen werden.

Das Berufungsgericht hat, indem es dem Kläger das Vorbringen zur Begründung des Anspruchs abschnitt, so verfahren, als ob eine unzulässige Klagänderung vorliege. Der Rechtsfehler führt hier zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, damit es über die (geänderte) Klage entscheidet. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts scheidet, wenn sie überhaupt für zulässig zu erachten wäre, hier mit Rücksicht darauf aus, dass der Kläger die von ihm behauptete Pflicht des beklagten Landes zur Wiedereinstellung vornehmlich auf Art 106 WürttBG gründet und damit auf eine nichtrevisibele Vorschrift, deren Auslegung dem Berufungsgericht zu überlassen angebracht erscheint.

III.

Die Widerklage haben beide Vorinstanzen als nicht erhoben angesehen. Wäre sie, wie die Revision meint, erhoben, aber zurückgenommen worden, so würde dies gemäss § 271 Abs 3 ZPO die entsprechende, die insoweit entstandenen An-

waltsgebühren in sich schliessende Kostenlast des Beklagten nach sich ziehen. Eine die Kostenlast des Beklagten aus-
sprechende Entscheidung kann im gegebenen Fall in dem Ur-
teil mit getroffen werden, das über die Klage entscheidet
und von der Revision angestrebt wird.

Das Landgericht hat seine Auffassung damit begründet,
das Verhandlungsprotokoll vom 6. März 1945 enthalte nur
eine allgemeine Verweisung auf den in Blatt 16 - d.i. der
Schriftsatz des beklagten Landes vom 6. November 1944 -
angekündigten Antrag (dieser bestand aus dem Klagabweisungs-
und dem Widerklagantrag) und keinen auf die Widerklage be-
züglichen Sachantrag des Klägers. Das beklagte Land habe
zudem im Termin vom 11. Februar 1952 erklärt, die Wider-
klage nicht erheben zu wollen.

Das Oberlandesgericht hat erwogen: Nach dem gemäss
§ 314 ZPO beweiskräftigen Tatbestand des landgerichtli-
chen Urteils sei der Widerklagantrag im Termin vom 6. März
1945 nicht verlesen worden. Diese Annahme werde durch das
Sitzungsprotokoll angesichts seiner unklaren Fassung nicht
widerlegt. Auch sei die Widerklage nicht im Wege der Zu-
stellung eines Schriftsatzes erhoben worden, da der Schrift-
satz vom 6. November 1944 den Widerklagantrag ohne jede Be-
gründung enthalte.

Die letztere Erwägung des Berufungsgerichts ist im
Hinblick auf §§ 281, 253 Abs 2 Nr 2 ZPO frei von Rechts-
irrtum. Der in Frage stehende Schriftsatz enthält keine
bestimmte Angabe über den Grund des Widerklagenspruches.
Er ist daher nur die Ankündigung einer demnächst zu erhe-
benden Klage (Stein-Jonas Schönke § 281 II 2; Baumbach

§ 281, 2). Gegen die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts erhebt die Revision begründete Bedenken. Der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils enthält entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine der Beweiswirkung nach § 314 ZPO teilhaftige Feststellung dahin, dass der Widerklagantrag nicht verlesen worden sei. Er folgt dies nur aus anderen Umständen. Die Feststellung des Tatbestandes, der Beklagte habe nunmehr eindeutig erklärt, die Widerklage nicht erheben zu wollen, schließt nicht aus, dass die Widerklage schon erhoben worden ist. Es handelt sich sonach bei der Frage, ob die Widerklage vorliegend erhoben worden ist oder nicht, ausschliesslich um eine Auslegung des Verhaltens einer Partei im Verfahren. Hierin ist das Revisionsgericht an die Auffassungen des Tatrichters nicht gebunden. Die dem Senat mithin zukommende freie Würdigung ergibt nun:

Die Verhandlungsniederschrift vom 6. März 1945 ergibt mit dem Vermerk, der Prozessbevollmächtigte des Beklagten habe den Sachantrag aus Blatt 16 gestellt, die Parteien hätten anschliessend zur Sache verhandelt, nicht, dass der Widerklagantrag nicht gestellt ist. Die allgemeine Verweisung auf den Schriftsatz spricht eher dafür, dass auch der in ihm wiedergegebene Antrag zur Widerklage gestellt worden ist. Der Umstand, dass die Sitzungsniederschrift nicht ausweist, ob der Kläger zur Widerklage einen Gegenantrag gestellt hat, hat kein Gewicht. Denn in der Sitzungsniederschrift sind nur Sachanträge festzustellen. Nur auf diese, also auf Anträge, in denen der Antragsteller erklärt, welchen Inhalt die Formel des von ihm erbetenen Urteils haben soll, beziehen sich die Bestimmungen in § 160 Abs 1 Nr 2 und § 297 ZPO. Anträge, die

rein negativ und daher entbehrlich sind, sind keine solchen Sachanträge (so u.a. Stein-Jonas-Schönke § 160 II 2; Baumbach § 160 2 B b).

Für die Erhebung der Widerklage sprechen dagegen folgende Umstände: Das beklagte Land hat in seinem auf den erwähnten Schriftsatz vom 6. November 1944 folgenden Schriftsatz vom 14. November 1944 samt Anlage zur Begründung der Widerklage auf sein rechtliches Interesse an der erstrebten Feststellung mit dem Bemerken verwiesen, dass daher die Widerklage geboten sei, und hat im Schriftsatz vom 27. Februar 1945 die Vereinbarkeit der Widerklage mit dem von ihm primär gestellten Antrag, den Rechtsstreit als nicht kriegsdringlich zurückzustellen, behauptet. Es hat ferner im Schriftsatz vom 20. März 1945 um Festsetzung des Streitwerts für die Widerklage gebeten, hatte auch, wie aus dem Schriftsatz vom 14. November 1944 und dessen Anlage erhellt, seinen Prozessbevollmächtigten beauftragt, in erster Linie die Zurückstellung des Rechtsstreits zu beantragen, für den Fall der Ablehnung des Antrages die Klagabweisung zu beantragen und Widerklage mit dem Antrag zu erheben, dass dem Kläger kein Anspruch auf Ruhegehalt zustehe.

Der Kläger hat im Schriftsatz vom 31. Dezember 1944 ausgeführt, die Einwendungen des Beklagten könnten die Widerklage nicht zum Erfolg bringen, die lediglich eine erhebliche Kostenerhöhung verursache, und im Schriftsatz vom 18. März 1945 darauf verwiesen, dem Klaganspruch sei ohne weiteres, unter Abweisung der Widerklage, stattzugeben.

Nach alledem ist das prozessuale Verhalten der beklag-

ten Partei dahin zu würdigen, dass sie im Termin vom 6. März 1945 die Widerklage durch Verlesung des Widerklageantrags erhoben hat. Die von ihr am 11. Februar 1952 abgegebene Erklärung, die angekündigte Widerklage solle nicht erhoben werden, ist als die Erklärung der Rücknahme der Widerklage aufzufassen, zu der der Kläger seine Einwilligung erteilt hat.

Der aus dieser Rechtslage folgende Ausspruch über die Kostenpflicht des beklagten Landes ist dem Berufungsgericht zu überlassen, an das die Sache ohnehin zurückverwiesen werden muss.

Mithin ist das angefochtene Urteil in seinem vollen Umfang aufzuheben und auf Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu erkennen. Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorzubehalten.

Dr. Geiger

Dr. Weber

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla