

Verkündet
am 9. Mai 1955
Jodas, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Versäumnisurteil

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Curt G [REDACTED], B [REDACTED] b/M [REDACTED],
Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Ludwig S c h [REDACTED], M [REDACTED] [REDACTED],
I [REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt
Dr. [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED]. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Artl für
Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München,
den Parteien an Verkündungsstatt am 2. September
1954 zugestellt, aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Land-
gerichts München II vom 21. November 1952, beiden Par-
teien schriftlich mitgeteilt am 8. Dezember 1952, wird
insoweit zurückgewiesen, als der Beklagte die Feststel-
lung begehrt hat, daß der zwischen den Streitteilen
am 26. Juli 1950 abgeschlossene Gesellschaftsvertrag
nichtig sei.

Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die
von dem Beklagten in der Berufungsinstanz gestellten
Hilfsanträge wird die Sache an den 3. Zivilsenat des
Berufungsgerichts verwiesen, der dabei auch über die
Kosten der Revision zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, der ein Mühlenfachmann ist, baute mit Hilfe erheblicher Bankkredite in der Zeit ab 1947 eine Kunstmühle auf. Durch die Kündigung einer Hypothek und die bevorstehende Fälligkeit namhafter Wechselverbindlichkeiten geriet er im November 1949 in finanzielle Schwierigkeiten, die ihn zwangen, neue Geldmittel für sein Unternehmen zu erschließen. Bei diesen Bemühungen kam er mit dem Kläger in Verbindung. Er schloß mit ihm am 9. Dezember 1949 einen Vertrag, nach dessen Inhalt sich der Kläger als stiller Gesellschafter mit einer Einlage von 150.000 DM an dem Unternehmen des Beklagten beteiligte. Dem Kläger wurde das Recht vorbehalten, seine Einlage bis zum 31. Dezember 1952 auf 280.000 DM zu erhöhen, wobei die Parteien davon ausgingen, daß der Betriebswert des dem Beklagten gehörenden Unternehmens ebenfalls mit 280.000 DM anzusetzen sei. Schließlich war in dem Vertrag noch bestimmt, daß gewisse Lasten, u.a. die Leistungen für den Lastenausgleich und die Soforthilfe sowie Unterhaltungskosten an der Stauanlage über einen Betrag von jährlich 3.000 DM hinaus, ausschließlich zu Lasten des Beklagten gehen sollten. Als frühester Kündigungstermin für diesen Vertrag wurde der 31. Dezember 1974 bestimmt. Der Kläger kam seiner Einlageverpflichtung nach. Im Sommer 1950 stellte sich jedoch heraus, daß die vom Kläger aufgebrauchten Mittel für die Sanierung der Mühle nicht ausreichten. Der Beklagte trat deshalb erneut an den Kläger heran. Diese Verhandlungen führten am 26. Juli 1950 zum Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages. Danach nahm der Beklagte den Kläger als Kommanditisten auf, während er selbst persönlich haftender Gesellschafter der neu errichteten Kommanditgesellschaft wurde. Der Beklagte brachte in die Gesellschaft seinen Mühlenbetrieb einschließlich eines Pkw mit einem angenommenen Wert von 220.000 DM ein, während der Kläger seine stille

- 3 -

Einlage in Höhe von 150.000 DM und eine weitere Mitte Juli 1950 gemachte Einlage von 70.000 DM, also insgesamt ebenfalls 220.000 DM einbrachte. Die in dem Gesellschaftsvertrag vom 9. Dezember 1949 dem Beklagten auferlegten Belastungen wurden auch in dem Vertrag vom 26. Juli 1950 vom Beklagten übernommen.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Feststellung, daß er zur Alleinübernahme des Kunstmühlenbetriebes berechtigt sei. Er stützt seine Klage auf eine Reihe von Vorgängen, durch die sich der Beklagte schwerer Verletzungen seiner gesellschaftlichen Verpflichtungen schuldig gemacht habe. Demgegenüber hat der Beklagte im Wege der Widerklage die Zwischenfeststellung beantragt, daß der Gesellschaftsvertrag vom 26. Juli 1950 nichtig sei. Zur Begründung dieser Klage hat er sich darauf berufen, daß der Kläger durch Abschluß dieses Vertrages seine - des Beklagten - Notlage bewußt ausgenutzt habe, um sich Vermögensvorteile gewähren zu lassen, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu seiner eigenen Leistung ständen.

Das Landgericht hat die Widerklage des Beklagten abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte in erster Linie weiterhin seinen Feststellungsantrag zu seiner Inzidentwiderklage verfolgt, hilfsweise aber auch noch den Antrag auf Ausschließung des Klägers aus der Kommanditgesellschaft und einen weiteren Hilfsantrag gestellt, nämlich dahin, daß die Unwirksamkeit einzelner, und zwar näher bezeichneter Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages festgestellt werde. Das Berufungsgericht hat der Widerklage stattgegeben und demgemäß festgestellt, daß der Gesellschaftsvertrag vom 26. Juli 1950 nichtig sei. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils; der Beklagte hat sich in der Revisionsinstanz nicht vertreten lassen.



Entscheidungsgründe:

Da der Beklagte und Revisionsbeklagte in der Revisionsinstanz durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt nicht vertreten ist, ist auf Antrag des Revisionsklägers ein Versäumnisurteil nach Maßgabe der §§ 557, 331 ZPO zu erlassen, wobei von den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts unter Berücksichtigung der von der Revision angebrachten Rügen auszugehen ist.

I. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß bei dem Gesellschaftsvertrag die Voraussetzungen des § 138 Abs 2 BGB gegeben seien. Es geht dabei zunächst davon aus, daß das von dem Beklagten eingebrachte Unternehmen jedenfalls in Höhe eines Betrages von 86.000 DM unterbewertet worden sei. Abgesehen davon enthalte aber die in dem Vertrag getroffene Regelung, wonach der Beklagte bestimmte Belastungen ausschließlich allein zu tragen habe, ein noch weit tiefer greifendes Mißverhältnis zwischen der Leistung des Klägers und der Gegenleistung des Beklagten; denn die Höhe dieser Belastungen müsse zwangsläufig dazu führen, daß bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin der Kapitalanteil des Beklagten in der Gesellschaft aufgezehrt sein werde und damit dem Kläger allein zufalle. In seinen weiteren Ausführungen legt das Berufungsgericht sodann dar, daß auch in subjektiver Hinsicht die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wucherischen Geschäfts gegeben seien. Diese Beurteilung führe unter Anwendung des § 139 BGB schließlich zu dem Ergebnis, daß nicht nur die den Tatbestand des Wuchers erfüllenden Vertragsbestimmungen, sondern der gesamte Gesellschaftsvertrag nichtig sei, da der Kläger den Vertrag nicht ohne diese als Sicherungen gedachten Bestimmungen abgeschlossen haben würde.

Der Revision ist darin beizutreten, daß diese Ausführungen des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht haltbar sind. Dabei können in diesem Zusammenhang die Revisionsangriffe unberücksichtigt bleiben, mit denen sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, daß einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages den Tatbestand des Wuchers in objektiver wie in subjektiver Hinsicht erfüllten. Denn selbst wenn diese Annahme des Berufungsgerichts zutreffen sollte, so ist es im vorliegenden Fall nicht möglich, auf Grund dieser Annahme mit dem Berufungsgericht unter Anwendung des § 139 BGB zu dem Ergebnis zu gelangen, daß der Gesellschaftsvertrag vom 26. Juli 1950 insgesamt nichtig sei. Denn die Parteien haben, worauf die Revision mit Recht hinweist, in ihren Gesellschaftsvertrag eine Vorschrift aufgenommen, wonach bei Ungültigkeit der einen oder anderen Bestimmung des Vertrages das auf die Rechtsgültigkeit der übrigen Bestimmungen keinen Einfluß haben solle (§ 22 des Gesellschaftsvertrages).

Bei dieser ausdrücklichen Regelung kann es offen bleiben, ob ohne eine solche Bestimmung bei einer in Vollzug gesetzten Personalhandelsgesellschaft die Vorschrift des § 139 BGB überhaupt anwendbar ist (verneinend Weipert RGRK HGB § 105 Bem 73 a.E.; vgl für den Fall der subjektiven Teilnichtigkeit Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 7 I 2). Die besondere Sach- und Rechtslage bei in Vollzug gesetzten Gesellschaften nötigt, wie die Grundsätze von der faktischen Gesellschaft erweisen - jedenfalls für die zurückliegende Zeit -, in einem weit höheren Maß als bei anderen Rechtsgeschäften dazu, die Tatbestände vollständiger Nichtigkeit nach Möglichkeit einzuschränken. Dieser Umstand bildet den Anlaß, daß in zahlreichen Gesellschaftsverträgen eine Bestimmung aufgenommen wird, daß die Nichtigkeit der einen oder anderen Vorschrift

des Gesellschaftsvertrages ohne Einfluß auf den Bestand des übrigen Gesellschaftsvertrages sein soll, daß also entgegen der gesetzlichen Auslegungsregel des § 139 BGB die Teilnichtigkeit nicht zu einer vollständigen Nichtigkeit des Vertrages führen soll. Das bedeutet, daß in einem solchen Fall noch über den Anwendungsbereich der Lehre von der faktischen Gesellschaft hinaus ein solcher Mangel für die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auch für die Zukunft ohne Bedeutung ist und als solcher auch keinen Auflösungsgrund für die in Vollzug gesetzte Gesellschaft darstellt.

Nach dem Vortrag des Beklagten, wie er insoweit auch den Feststellungen des Berufungsgerichts zugrunde liegt, ist der vom Berufungsgericht angenommene wucherische Inhalt einzelner Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auf den Entschluß des Beklagten, mit dem Kläger eine Kommanditgesellschaft zu errichten, ohne Einfluß gewesen. Die Errichtung einer solchen Gesellschaft entsprach vielmehr seinem freien, von ihm auch jetzt noch bejahten Willen, weil es ihm gerade darauf ankam, durch Aufnahme eines offenen Teilhabers die Eigenmittel des Unternehmens zu verstärken und es so zu sanieren. Es kann daher hier nicht davon gesprochen werden, daß die vom Berufungsgericht angenommene Ausnutzung einer Notlage des Beklagten durch den Kläger auch auf den übrigen Inhalt des Vertrages von irgendwelchem Einfluß gewesen ist. Es könnte daher hier bei einer Anwendung des § 138 Abs 2 BGB immer nur in Betracht kommen, daß lediglich einzelne Bestimmungen, nämlich lediglich diejenigen, aus denen das Berufungsgericht ein tiefgreifendes Mißverhältnis zwischen der Leistung des Klägers und der Gegenleistung des Beklagten entnimmt, nicht aber der ganze Gesellschaftsvertrag unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Wuchers nichtig sind. Das führt aber im Hinblick auf die erwähnte Bestimmung in § 22 des Gesellschaftsvertrages zu der Folgerung,

daß danach nicht der gesamte Gesellschaftsvertrag, sondern in dem für den Beklagten günstigsten Fall nur einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nichtig sind. Somit konnte schon aus diesem Grunde der Zwischenfeststellungsklage des Beklagten nicht entsprochen werden.

II Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz im Wege der Klägerweiterung noch zwei Hilfsanträge gestellt, zu denen das Berufungsgericht bisher - von seinem Standpunkt aus zwangsläufig - noch keine Stellung genommen hat. Für den erkennenden Senat ist insoweit mangels tatsächlicher Feststellungen eine Entscheidung nicht möglich. Das Berufungsgericht muß daher jetzt noch eine Entscheidung über diese Anträge treffen, so daß unter Aufhebung des Berufungsurteils die Berufung des Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil nur insoweit zurückgewiesen werden kann, als es sich um den in der Berufungsinstanz gestellten Hauptantrag zur Widerklage des Beklagten handelt. Im übrigen ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der Entscheidung über die Hilfsanträge werden folgende rechtliche Gesichtspunkte zu beachten sein.

1.) Die alleinige Entscheidung über eine Zwischenfeststellungsklage, sei es, daß sie vom Kläger als Klage, sei es, daß sie vom Beklagten als Widerklage erhoben worden ist, stellt sich ihrem sachlichen Inhalt nach nicht als ein Zwischenurteil, sondern als ein Endurteil, und zwar in der Form eines Teilurteils dar, weil einerseits über die Zwischenfeststellungsklage eine abschließende Entscheidung getroffen worden ist, andererseits aber ein Teil der in der Instanz gestellten Anträge dabei noch unentschieden geblieben ist (RGZ 101, 174; 170, 330). Ist gegen ein Teilurteil Berufung eingelegt, so ist der Berufungskläger, wie auch in anderen Fällen, rechtlich in der Lage, seine

Anträge dahin zu erweitern, daß er über den Angriff gegen das erstinstanzliche Urteil hinaus noch weitere Anträge stellt. Eine Beschränkung besteht dabei freilich insoweit, als der Berufungskläger die im Teilurteil noch nicht entschiedenen erstinstanzlichen Anträge nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen in die Berufungsinstanz einbeziehen kann (vgl dazu BGHZ 8, 383; 12, 276). Um einen Fall dieser Art handelt es sich hier aber nicht, weil die Hilfsanträge sich nicht unmittelbar auf den Klaganspruch des Klägers, der noch einer Entscheidung durch die erste Instanz harrt, beziehen. Es ist daher hier auch keine Stellungnahme zu der im einzelnen zweifelhaften Frage notwendig, unter welchen Voraussetzungen die im Teilurteil der ersten Instanz noch nicht erledigten Ansprüche im Berufungsverfahren der Prüfung durch das Berufungsgericht zugeführt werden können. Das Berufungsgericht hat hier vielmehr zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Erweiterung der Widerklage durch Stellung der beiden Anträge in der Berufungsinstanz, die sich rechtlich als eine Klagänderung darstellt, sachdienlich ist und deshalb zuzulassen ist.

2.) Diese Frage könnte bei dem ersten Hilfsantrag immerhin zweifelhaft sein. In diesem Antrag erstrebt der Beklagte die Ausschließung des Klägers aus der Gesellschaft. Da der entsprechende Gegenantrag des Klägers aus § 142 HGB noch in der ersten Instanz anhängig ist, erscheint es bei dem engen sachlichen Zusammenhang, in dem beide Anträge zueinander stehen, nur wenig sachgerecht, eine Entscheidung über den Ausschließungsantrag des Beklagten schon jetzt in der Berufungsinstanz herbeizuführen und damit den inneren Zusammenhang der beiden Anträge zu zerreißen. Anders könnte diese Frage unter Umständen beurteilt werden, wenn im Einverständnis beider Parteien zugleich auch der Ausschließungsantrag des Klägers unter Anwendung der in BGHZ 8, 385 entwickelten Grundsätze (vgl dazu auch BGHZ 12, 277) einer Entscheidung durch das Berufungsgericht zugeführt wird.

Bei dem zweiten Hilfsantrag des Beklagten bestehen hinsichtlich der Sachdienlichkeit nicht die gleichen Bedenken wie bei dem ersten Hilfsantrag. Sollte das Berufungsgericht insoweit nach seinem Ermessen die Sachdienlichkeit bejahen, so ist dann zu berücksichtigen, daß mit diesem Antrag keine Zwischenfeststellung im Sinn des § 280 ZPO, sondern eine Feststellung im Sinn des § 256 ZPO erstrebt wird. Denn die Feststellung der Nichtigkeit einzelner Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ist für die Entscheidung über den Ausschließungsantrag des Klägers nicht präjudiziell, weil nämlich auch im Fall einer Nichtigkeit dieser Bestimmungen die Möglichkeit einer Ausschließung des Beklagten wegen gesellschaftswidrigen Verhaltens in keiner Weise berührt wird, diese vielmehr davon völlig unabhängig ist. Bei der Prüfung der Frage, ob der Beklagte ein rechtliches Interesse an der von ihm begehrten Feststellung hat, wird zu erwägen sein, ob nicht der Feststellungsantrag anders gefaßt werden muß. Denn wenn das Berufungsgericht in einer erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß die fraglichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nach § 138 Abs 2 BGB nichtig sind, so ist damit für den Beklagten noch nichts Abschließendes gewonnen. In diesem Fall wäre nämlich der Gesellschaftsvertrag lückenhaft und es wäre bei dem Streit der Parteien dann erforderlich, diese Vertragslücke im Wege der ergänzenden richterlichen Vertragsauslegung zu schließen (vgl dazu BGHZ 9, 273). Angesichts dieser Rechtslage wäre es daher sinnvoller, wenn der Beklagte mit seinem entsprechenden Antrag eine Feststellung darüber begehren würde, in welcher Weise der Gesellschaftsvertrag in den Punkten der etwa nichtigen Vertragsbestimmungen auszulegen sei.

3.) Bei der erneut zu prüfenden Sach- und Rechtslage, ob einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages wegen

Wuchers nichtig sind, wird das Berufungsgericht entgegen seinen bisherigen Ausführungen davon auszugehen haben, daß nach der eigenen Auffassung des Beklagten der Gesellschaftsvertrag vom 9. Dezember 1949 den Tatbestand des Wuchers nicht erfüllt. Das müßte auch für den Fall gelten, daß bereits in diesem Vertrag zwischen der Leistung des Klägers und der Gegenleistung des Beklagten deswegen ein tiefgreifendes Mißverhältnis besteht, weil der Beklagte auch schon in diesem Vertrag eine Reihe von Verbindlichkeiten als persönliche, ihn allein treffende Verbindlichkeiten übernommen hatte. Von einem Wucher kann auch in diesem Fall nicht gesprochen werden, weil sich der Beklagte nach seinem eigenen Vortrag vor und bei Abschluß dieses Vertrages in keiner Notlage befunden hatte, sondern sich in innerlich freier Entscheidung für den Abschluß dieses Vertrages entschieden hatte. Es erhebt sich bei dieser Sachlage deshalb die Frage, ob der Vertrag vom 26. Juli 1950 eine so wesentliche und sachlich nicht gerechtfertigte Verschlechterung der Lage des Beklagten erbracht hatte, daß dieses bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 138 Abs 2 BGB die Annahme eines wucherischen Geschäfts rechtfertigt. Eine solche Verschlechterung könnte darin erblickt werden, daß in dem zweiten Vertrag der Wert des Unternehmens nicht mehr mit 280.000 DM, sondern nur noch mit 210.000 DM angenommen worden ist. Ob diese neue Bewertung sachlich ungerechtfertigt war, wird das Berufungsgericht angesichts der vorliegenden und in diesem Punkt abweichenden Parteigutachten nur mit Hilfe eines vom Berufungsgericht beizuziehenden Sachverständigengutachtens ermitteln können. Denn die vom Berufungsgericht einseitige Berücksichtigung des Parteigutachtens des Beklagten dürfte insoweit der gebotenen objektiven Beurteilung des Parteivorbringens nicht gerecht werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch noch darauf, daß sich die Behauptung des Klägers, der Wert des Unternehmens

sei in der Zeit zwischen dem 9. Dezember 1949 und dem 26. Juli 1950 zurückgegangen und dieser Umstand sei eine ausreichende Rechtfertigung für die niedrigere Bewertung, nicht damit ausgeräumt werden kann, daß das Unternehmen in der ersten Hälfte des Jahres 1950 noch einen buchmäßigen Gewinn von 16.000 DM - in Wirklichkeit dürfte es sich nur um einen solchen von 6.000 DM handeln, weil nach der Aussage des Steuerberaters des Beklagten, Reichenbach, die Bilanz zum 30. Juli 1950 einen "technischen Fehler" in Höhe von 10.000 DM aufweist (Bl 105 R GA) - ausgewiesen habe. Denn insoweit wäre eine sachgerechte Beurteilung nur durch einen Vergleich mit den Verhältnissen im Jahre 1949, insbesondere mit den Gewinnen im Jahre 1949 möglich, zumal ein buchmäßiger Gewinn auch nur noch im ersten Quartal des Jahres 1950 erzielt worden war und das Jahr 1950 insgesamt einen nicht unerheblichen Verlust gebracht haben soll. Zugunsten des Klägers ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, daß der Kläger durch die Errichtung der Kommanditgesellschaft nicht nur seine Stellung als Gläubiger des Beklagten aufgegeben, sondern darüber hinaus auch noch die ihm für seine stille Einlage gewährten dinglichen Sicherheiten freigegeben hat, so daß, abgesehen von der Erhöhung seiner Beteiligung, der Vertrag vom 26. Juli 1950 für ihn ein größeres Risiko enthielt und deshalb wohl auch eine höhere Leistung des Beklagten rechtfertigte. Angesichts der Belastungen, die der Beklagte im Vertrag vom 26. Juli 1950 persönlich übernommen hat und denen das Berufungsgericht ein so entscheidendes Gewicht beimißt, wäre mit Hilfe des gerichtlichen Sachverständigen noch festzustellen, ob diese Belastungen bei der Bewertung des Unternehmens bereits berücksichtigt worden sind oder nicht, worüber sich die Parteien in den Vorinstanzen bisher gestritten haben. Auch wird zu erwägen sein, daß die Leistungen des Beklagten für seine Lebensversicherung diesem persönlich zufließen und

deshalb im Ergebnis nicht eine Leistung zugunsten der Gesellschaft sind, wenngleich die Gesellschaft ihrerseits an diesen Leistungen ebenfalls ein Interesse hat, weil die Lebensversicherung zur Zeit als Sicherheit für einen der Gesellschaft gewährten Kredit dient. Erst unter Berücksichtigung all dieser Umstände wird entgegen den bisherigen Ausführungen des Berufungsgerichts eine abschließende Beurteilung darüber möglich sein, ob einzelne oder alle der von dem Beklagten in seinem zweiten Hilfsantrag bezeichneten Vertragsbestimmungen den Tatbestand des Wuchers erfüllen und daher gemäß § 138 Abs 2 BGB nichtig sind oder nicht.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist nunmehr, nachdem eine abschließende Entscheidung über den Hauptantrag der Widerklage ergangen ist, noch eine Entscheidung über die in der zweiten Instanz gestellten Hilfsanträge erforderlich. Zur Herbeiführung dieser Entscheidung bedarf es der Zurückverweisung an das Berufungsgericht, wobei es bei den gegebenen Verhältnissen sachgerecht erscheint, die Verweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts auszusprechen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht vorzubehalten, da eine abschließende Entscheidung über die Widerklage des Beklagten noch nicht möglich ist.

Dr. Canter Dr. Selowsky Dr. Haidinger

Dr. Fischer Artl