

Für das Nachschlagewerk ! Nur zu Nr.1 !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

2334 074

41

1) Gesetz: ZPO § 274

Rechtssatz: Wendet der Beklagte gegenüber einem mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruch ein, er habe mit dem Kläger vereinbart, daß dieser nur einen bestimmten Teilbetrag der Forderung einklagen, die Entscheidung jedoch für den Gesamtbetrag verbindlich sein solle, so handelt es sich nicht um eine prozeßhindernde Einrede.

2) Gesetz: BGB § 119 Abs.2

Rechtsatz: Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache bei einem gewagten Geschäft.

Aktenzeichen: VIII ZR 86/57

Urt. v. 24. Juni 1958

OLG Hamburg

Verkündet am 24. Juni 1958

Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Heinz T. in H., B.
Str., alleiniger Inhaber Kaufmann Heinz T.,

Beklagten, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

die U.-D. und Verlagsanstalt Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in F., Bo.
straße, gesetzlich vertreten durch ihre Ge-
schäftsführer Kurt Wi. und Wilhelm Fa.,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats
des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg
vom 25. März 1957 wird mit der Maßgabe auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen, daß die Feststellungs-
widerklage der Beklagten nicht als unzulässig, son-
dern als unbegründet abgewiesen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte im Mai 1954 den vereidigten Versteigerer Wo[REDACTED], von ihr im Herbst 1951 aus den Vereinigten Staaten von Amerika bezogenes, in H[REDACTED] beschädigt eingetroffenes und im Freihafen bei der Firma B[REDACTED] & Co. eingelagertes Rotationspapier in einer Menge von etwa 1425 Rollen und im Gewicht von rund 270 to freihändig zu veräußern. Wo[REDACTED] verkaufte die Partie an die Beklagte, deren Inhaber vorher das Papier besichtigt und Proben entnommen hatte. Sein Bestätigungsschreiben vom 24. Juli 1954 an die Beklagte enthält folgende Angaben über das Geschäft:

"ca. 1425 Rollen Altpapier ... zum Preise von 30,-DM je 100 kg, brutto für netto, unverzollt und unversteuert ab Freihafenlager, netto Kasse."

Die Beklagte antwortete durch Brief vom 26. Juli 1954, in dem es heißt:

"Nur der guten Ordnung halber erlaube ich mir den Hinweis, daß ich den in Ihrem vorerwähnten Schreiben (vom 24. Juli 1954) gemachten Vermerk bei der Preisangabe, nämlich:

".... unverzollt und unversteuert"

nur dahingehend verstehen kann, daß die Einfuhr
"zollfrei"

erfolgt, wie zollamtlich für Altpapier vorgesehen."

Wo[REDACTED] beantwortete den Brief nicht.

Die Zollbehörde forderte für die Einfuhr des Papiers einen Betrag von 14.925,70 DM als Zoll, weitere 5.870,75 DM als Umsatzausgleichssteuer und 358,80 DM als Gebühren. Zwischen den Parteien entstand Streit darüber, wer von ihnen diese Forderung zu begleichen habe. Nachdem sich die Klägerin bereit erklärt hatte, ein Drittel der Umsatzausgleichssteuer zu übernehmen, bezifferte sich der streitige Betrag auf 18.839,55 DM.



Im August 1954 einigten sich die Parteien dahin, daß die Klägerin die von der Zollverwaltung geforderten Beträge einstweilen vorstrecken sollte. Wo [REDACTED] stellte auf Veranlassung der Parteien eine neue Schlußnote aus, in der die Ware als "ca. 1425 Rollen Papier (zu erheblichem Teil Altpapier)" und der Preis von 30 DM je 100 kg als "Durchschnittspreis" bezeichnet wurde. Die Parteien wollten versuchen, den Erlaß der Zollschuld oder wenigstens eines Teiles zu erreichen, und sich gegebenenfalls später wegen des Restbetrages auseinanderzusetzen. In der Folgezeit kamen sie jedoch überein, Anträge wegen des Erlasses der Zollschuld erst zu stellen, nachdem unter ihnen klargestellt war, wer von ihnen Schuldner der als Zoll und restliche Umsatzausgleichssteuer geforderten Beträge war. In einem Schreiben vom 30. April 1955 schlugen die späteren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin der Beklagten vor, sofern eine außergerichtliche Einigung nicht erzielt werde, die Klage auf den Streitwert von 1.000 DM zu begrenzen, der im Rechtsstreit ergehenden Entscheidung jedoch Wirksamkeit für den Gesamtbetrag beizumessen. Hiermit war die Beklagte einverstanden.

Da die Parteien sich wegen der Übernahme der Zollschuld nicht einigen konnten, hat die Klägerin auf Zahlung eines Teilbetrages von 1.100 DM nebst Zinsen Klage erhoben und diesen Betrag dahin aufgegliedert, daß sie einen Teilbetrag des Zolles und der Umsatzausgleichssteuer von 911,20 DM, einen Teilbetrag der Zollabfertigungskosten B [REDACTED] von 100 DM und die Gebühren für die Zollüberwachung in Höhe von 88,80 DM verlange. Nachdem der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen des Landgerichts die Ansicht geäußert hatte, der eingeklagte Teilbetrag könne möglicherweise bereits aus einem von der Klägerin behaupteten Anerkenntnis der Beklagten begründet sein, die noch streitige Umsatzsteuerausgleichs-

schuld in Höhe von 3.913,80 DM tragen zu müssen, hat die Klägerin im Termin vom 24. Oktober 1955 die Klage um diesen Betrag erhöht und nunmehr Zahlung von 5.013,80 DM nebst Zinsen begehrt.

Die Beklagte hat die Klageforderung bestritten und in ihrem Schriftsatz vom 18. November 1955 hervorgehoben, die Klagerhöhung sei vereinbarungswidrig, so daß ihr der "Einwand der prozessualen Unzulässigkeit" entgegenstehe.

Das Landgericht hat der Klage in voller Höhe stattgegeben, das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die im zweiten Rechtszuge erhobene Widerklage der Beklagten als unzulässig abgewiesen, mit der diese die Feststellung begehrt hat, daß der Klägerin auch über den eingeklagten Betrag hinaus keine Ansprüche gegen die Beklagte wegen Zoll- und Umsatzsteuerausgleichsverpflichtungen zuständen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin erstrebt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage und Verurteilung der Klägerin auf die Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hält die von den Parteien getroffene Vereinbarung, daß die Klägerin nur rund 1.000 DM einklagen und die in dem Rechtsstreit ergehende Entscheidung für den Gesamtbetrag verbindlich sein sollte, für rechtswirksam. Es ist jedoch der Ansicht, daß der von ihm als "Einrede der Teilklage" bezeichnete, aus dieser Vereinbarung hergeleitete Einwand der Beklagten gegen

die den Betrag von 1.100 DM übersteigende Klageforderung einer prozeßhindernden Einrede gleichstehe und deshalb vor der Verhandlung über den erhöhten Klageanspruch habe geltend gemacht werden müssen, was aber die Beklagte unterlassen habe, so daß der Einwand nicht berücksichtigt werden könne.

Diese Ausführungen halten, wie die Revision mit Recht geltend macht, einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß die prozeßhindernden Einreden in § 274 Abs. 2 ZPO erschöpfend und abschließend aufgezählt sind (Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 274 Anm. II; Wieczorek, ZPO, 1957, § 274 Anm. C; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 7. Aufl. § 89 V S. 414). Das von dem Berufungsgericht angeführte Urteil RGZ 157, 389, 393, 394 ist nicht geeignet, die von ihm vertretene Meinung zu stützen. In dieser Entscheidung, die den "Einwand der individuellen völkerrechtlichen Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit" behandelt, ist lediglich die Anwendung der Vorschrift des § 275 Abs. 2 ZPO auf ein diesen Einwand verwerfendes Zwischenurteil für zulässig erklärt worden, aus ihr ergibt sich jedoch nicht, daß das Reichsgericht diesen Einwand als prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274 Abs. 2 ZPO angesehen hat. Handelt es sich aber bei dem hier von der Beklagten erhobenen Einwand, der nicht unter die in § 274 Abs. 2 ZPO aufgeführten Prozeßvoraussetzungen und -hindernisse fällt, in Wahrheit um keine prozeßhindernde Einrede, so kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, daß sie sich nur bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 274 Abs. 3 ZPO mit Erfolg erheben ließe.

2. Indes ist das angefochtene Urteil, soweit es der Beklagten die Berufung auf den erörterten Einwand versagt, aus einem anderen Grunde im Ergebnis richtig.

Das Verhalten beider Parteien im Rechtsstreit ergibt nämlich, daß sie sich von dieser Vereinbarung losgesagt haben und sie deshalb der Gegenpartei auch dann nicht entgegenhalten können, wenn die Abrede, was ungeprüft bleiben kann, entsprechend der Annahme des Berufungsgerichts rechtswirksam sein sollte und die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, die Klage auf den Betrag von 1.100 DM zu beschränken.

Die Klägerin hat, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß hervorhebt, entgegen dem Sinn der getroffenen Vereinbarung den Klageanspruch auch auf ein angebliches Anerkenntnis der Beklagten gestützt und hierdurch den Zweck des Abkommens vereitelt. Außerdem hat sie die Klage erhöht, was ebenfalls der Vereinbarung widersprach. Aber auch die Beklagte, die sich im ersten Rechtszuge auf die Vereinbarung berufen und hierdurch die Abweisung des über 1.100 DM hinausgehenden Klageanspruches zu erreichen versucht hat, ist in ihrer Prozeßführung schließlich von dem Boden dieser Abrede abgegangen. Die Widerklage, die sie im zweiten Rechtszuge erhoben hat, verstößt nämlich ebenfalls gegen Sinn und Zweck der Vereinbarung. Der Ansicht der Revision, die erhobene Feststellungswiderklage sei die einzige Möglichkeit gewesen, um im Verhältnis der Parteien "eine klare Lage" zu schaffen, nachdem die Klägerin die "Existenz des Abkommens" geleugnet habe, kann nicht beigetreten werden. Der Beklagten hätte es freigestanden, eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 280 ZPO zu erheben, um die Wirksamkeit der Abrede klarzustellen, sie konnte auch, wie sie es im Rechtsstreit getan hat, dem über den Betrag von 1.100 DM hinausgehenden Klageantrag mit dem Hinweis auf die getroffene Vereinbarung entgegenzutreten. Sie durfte nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt des Abkommens aber nicht mit einer negativen Feststellungswiderklage den nicht eingeklagten Teil der Forderung sachlich zum Gegenstand des Rechts-

streites machen. Der Sinn dieser Feststellungswiderklage, der von dem erkennenden Senat selbst ermittelt werden kann, da es sich um die Würdigung des Verhaltens der Beklagten im Prozeß handelt (vgl. RGZ 168,56,57 mit weiteren Nachweisen), geht ersichtlich dahin, den Streitwert des Rechtsstreites auf einen über 6.000 DM liegenden Betrag zu erhöhen und damit der Beklagten, die offenbar mit einer ihr ungünstigen Entscheidung des Berufungsgerichts rechnete, die Revisionsmöglichkeit zu eröffnen. Ohne Erhebung der Widerklage hätte sie Revision nur dann einlegen können, wenn das Berufungsgericht sie zugelassen hätte, was immerhin zweifelhaft erscheinen mochte. Mit dem Zweck des Abkommens, das einer Niedrighaltung der Kosten der gerichtlichen Auseinandersetzung der Parteien dienen sollte, ist aber die Erhebung einer Widerklage bezüglich der streitigen Forderung, um einen die Revision ermöglichenden Streitwert zu erreichen, unvereinbar, weil dadurch zwangsläufig weitere Kosten erwachsen. Auch die Beklagte hat sich somit nicht an die vor Beginn des Prozesses abgeschlossene Vereinbarung über die Durchführung einer Teilklage gehalten.

Wenn die erwähnte Vereinbarung wirksam ist, was für diesen Rechtszug zu unterstellen ist, so würde sie dem Gegner des der Vereinbarung Zuwiderhandelnden eine Einrede gewähren und zur Abweisung der Klage (oder der Widerklage) als unzulässig führen (vgl. RGZ 102,217,222; 159,186,189; 160,241,245; RAG 13,28,30; 16,236,239). Auf die Zuwiderhandlung des Vertragsgegners gegen eine Vereinbarung, wie sie hier in Frage steht, kann sich aber die andere Partei, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, dann nicht berufen, wenn sie durch ihr Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß sie selbst an dieser Vereinbarung nicht festhalten will und ebenfalls einen entsprechenden Verstoß gegen die Vereinbarung begeht, wie sie ihn zwecks Begründung der Einrede dem Gegner zur Last legt.

41

Danach ist das Ergebnis gerechtfertigt, daß weder die Beklagte gegenüber dem über 1.100 DM hinausgehenden Klageanspruch noch die Klägerin gegenüber der Widerklage mit Erfolg eine Einrede aus ihrer Abrede erheben können. Vielmehr ist die Klage in voller Höhe zulässig und auch die Zulässigkeit der Widerklage läßt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wegen der erwähnten Vereinbarung der Parteien über die Begrenzung der Klage nicht verneinen. Damit erledigen sich auch die von der Revisionserwiderung gegen die Zulässigkeit der Revision geäußerten Bedenken.

3. Den Klageanspruch hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht als sachlich begründet angesehen. Es hält auf Grund der Zeugenaussage des vereidigten Versteigerers Wo■■■■, die durch die Bekundungen des Kaufmanns Fe■■■■, eines früheren Einkäufers der Beklagten, und der Ehefrau des Inhabers der Beklagten nicht widerlegt sei, für erwiesen, daß der Kauf zwischen Wo■■■■ und dem Inhaber der Beklagten bereits vor Absendung des Schreibens vom 24. Juli 1954 mündlich mit der Bedingung "unversteuert und unverzollt ab Freihafenlager" zum Abschluß gekommen sei. Das Schreiben des Wo■■■■ vom 24. Juli 1954 habe daher, so erwägt das Berufungsgericht weiter, nur den bereits abgeschlossenen Kauf zutreffend bestätigt. Aus dem Schreiben des Beklagten vom 26. Juli 1954, auf das es im übrigen rechtlich nicht ankomme, habe Wo■■■■ keinen Widerspruch gegen sein Bestätigungsschreiben zu entnehmen brauchen. Die Beklagte habe daher, zu diesem Ergebnis ist das Berufungsgericht gelangt, nach Sinn und Inhalt des abgeschlossenen Vertrages den Zoll und den Teil der Umsatzausgleichsteuer, um die der Streit der Parteien gehe, zu tragen.

Diese Darlegungen werden von der Revision ohne Erfolg bekämpft.

a) Sie meint, die Auslegung des Berufungsgerichts sei unzulässig, wenn in den mündlichen Vorverhandlungen nach Ansicht des Kaufmanns Fe [REDACTED], auf dessen Vernehmung als Zeugen sie sich bezogen habe, eine Vereinbarung dahin getroffen worden sein sollte, die Klägerin müsse Zoll und Umsatzausgleichssteuer tragen, und rügt die Übergehung ihres Beweisantrages auf Vernehmung des Fe [REDACTED].

Bei dieser Rüge übersieht die Revision, daß Fe [REDACTED] bereits von dem Landgericht als Zeuge vernommen worden war und seine Vernehmung sich auf die von der Revision wiedergegebenen Behauptungen der Beklagten bezogen hatte. Die wiederholte Vernehmung dieses Zeugen stand aber im Ermessen des Berufungsgerichts (§ 398 ZPO). Da Fe [REDACTED] bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht ausgesagt hatte, daß er bei mündlichen Verhandlungen zwischen Wo [REDACTED] und dem Inhaber der Beklagten nicht zugegen gewesen sei und Wo [REDACTED] erst anlässlich einer Besprechung bei dem späteren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin nach Entstehung der Streitigkeiten kennengelernt habe, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde das Berufungsgericht zu seiner erneuten Vernehmung verpflichtet gewesen sein sollte, zumal die Beklagte die Richtigkeit dieser Bekundung des Zeugen nicht in Zweifel gezogen hat. Auf "Ansichten", die der Zeuge über mündliche Verhandlungen haben soll, an denen er nicht teilgenommen hat, kann es keinesfalls ankommen.

b) Die Revision wirft dem Berufungsgericht weiter vor, es habe nicht beachtet, daß die Einfuhrbewilligung der Klägerin erteilt gewesen sei und nur diese, nicht die Beklagte, das hier in Frage stehende Papier habe einführen dürfen. Gerade dieser Umstand, so führt die Revision aus, habe die Beklagte zu der Überzeugung brin-

gen müssen, daß die Last einer möglichen Verzollung nur die Klägerin, nicht die Beklagte treffen könne.

Auch mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben. Einmal ist am Anfang des Tatbestandes als unstreitig ausdrücklich mitgeteilt, daß die Klägerin das hier in Frage stehende Papier auf Grund einer ihr erteilten Importlizenz bezogen habe, und es besteht kein Anhalt für die Annahme, daß das Berufungsgericht diesen Umstand bei seiner Entscheidung übersehen hat. Außerdem geht die Betrachtungsweise der Revision in eine falsche Richtung: Der Zollbehörde gegenüber war sicherlich die Klägerin als Einführer der Ware für den Zoll und die Umsatzausgleichssteuer haftbar. Diese Tatsache ist aber ohne Bedeutung für die Entscheidung der hier maßgebenden Frage, ob die Beklagte der Klägerin gegenüber in dem Kaufvertrag die Verpflichtung übernommen hat, die etwa anfallenden Zölle und Steuern zu tragen.

c) Der Hinweis des Berufungsurteils auf die im Bestätigungsschreiben des Wo [REDACTED] vom 24. Juli 1954 enthaltenen Worte: "Ab Freihafenlager", die nach Ansicht des Berufungsgerichts nur dahin verstanden werden können, daß die Beklagte die hier streitigen Beträge zu übernehmen habe, findet sich in einem Teil des Berufungsurteils, der lediglich Hilferwägungen enthält. Da bereits die Hauptbegründung das Urteil trägt, kommt es nicht darauf an, ob die wiedergegebene Wendung, was die Revision unter Erhebung einer Verfahrensrüge in Abrede stellt, einen Rückschluß auf die Beschwerung des Käufers mit der Verzollung zulassen würde.

d) Zu Unrecht beruft sich die Revision schließlich auch auf eine von der Beklagten angeblich erklärte Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtum. Sie meint, der Irrtum über die Zollpflicht des gekauften Papiers, dem

die Beklagte erlegen sei, stelle einen nach § 119 Abs.2 BGB beachtlichen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Papiers dar, so daß die Anfechtung begründet und der Kaufvertrag nichtig sei.

Dieser Ansicht vermag der erkennende Senat nicht beizutreten. Selbst wenn der Revision darin gefolgt werden könnte, daß die Zollfreiheit als eine verkehrswesentliche Eigenschaft des verkauften Papiers anzusehen ist (dagegen Achilles/Greiff, BGB, 20.Aufl. § 719 Anm.11; OLG 13,325), so müßte die Anfechtung wegen Irrtums schon daran scheitern, daß der Inhaber der Beklagten, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergibt, sich bei Abschluß des Kaufvertrages im Ungewissen darüber gewesen ist, ob das Papier der Verzollung unterliegen würde, und diese Ungewißheit bewußt in Kauf genommen hat. Er hat nämlich, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, vor dem Kauf die Ware besichtigt und Proben von ihr entnommen, so daß ihm die Qualität der erworbenen Ware bekannt gewesen ist und er auch damit gerechnet hat, es könnten trotz der Bezeichnung als "Altpapier" Zoll und Umsatzausgleichssteuer erhoben werden. Mag auch der Inhaber der Beklagten gehofft und geglaubt haben, daß diese Befürchtung unbegründet sein werde und er die Ware im Inland verwerten könne, ohne Zoll und Umsatzausgleichssteuer zahlen zu müssen, so ändert dies nichts daran, daß der Inhaber der Beklagten bewußt ein gewagtes Geschäft eingegangen ist und deshalb das Risiko tragen muß, das mit dem Geschäft verbunden war und sich nunmehr verwirklicht hat. Unter diesen Umständen ist es daher der Beklagten versagt, sich deshalb, weil der Kauf des Papiers mit Rücksicht auf die Forderung der Zollbehörde für sie weniger günstig ist, als sie erwartet hatte, durch Anfechtung wegen Irrtums von dem Vertrage zu lösen (vgl. BGH Urt. I ZR 121/50 vom 15. Juni 1951 - NJW 1951,705).

e) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die Beklagte sich nicht auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könne, werden von der Revision nicht ausdrücklich angegriffen. Ein Rechtsirrtum ist auch insoweit nicht hervorgetreten.

Die Verurteilung der Beklagten auf die Klage kann daher aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

4. Die Abweisung der Feststellungswiderklage, die das Berufungsgericht wegen fehlenden rechtlichen Interesses als unzulässig angesehen hat, läßt sich, wie unter 2 bereits dargelegt ist, mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht rechtfertigen.

Ein Rechtsschutzinteresse für die Widerklage ist auch entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht deshalb entfallen, weil die Klägerin in einem nachgereichten Schriftsatz im Berufungsverfahren erklärt hat, sie verpflichte sich, die Restforderung gegen die Beklagte keinesfalls geltend zu machen, falls sie in dem Rechtsstreit unterliege. Aus dieser Erklärung ergibt sich, daß die Klägerin im Falle ihres Obsiegens auch die Forderung, auf die sich die Widerklage bezieht, beansprucht und nicht bereit ist, auf die Forderung unter allen Umständen zu verzichten. Die Beklagte hat aber gerade für den Fall, daß der Klägerin die Klageforderung zugesprochen wird, ein rechtliches Interesse an der von ihr begehrten Feststellung des Nichtbestehens eines über den eingeklagten Betrag hinausgehenden Anspruchs der Klägerin.

Die Widerklage ist mithin zulässig.

Wie die vorstehenden Ausführungen zur Klage ergeben, kann indes die Klägerin nach den vom Berufungsgericht getroffenen, von der Revision nicht erschütterten Feststellungen den gesamten noch streitigen Betrag, gegen dessen Höhe von der Beklagten irgendwelche Minwendungen nicht

erhoben sind, verlangen. Daraus folgt, daß die verneinende Feststellungswiderklage in vollem Umfange unbegründet ist. In einem solchen Falle darf das Revisionsgericht die vom Berufungsgericht als unzulässig angesehene Klage als unbegründet abweisen (BGHZ 12,308,316; 23,36,49,50; RG DR 1940,161 Nr.15 mit Hinweis darauf, daß das Verbot der Schlechterstellung - reformatio in peius - nicht entgegensteht).

Mit dieser Maßgabe muß deshalb die Revision zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der erfolglosen Revision folgt aus § 97 ZPO.

Dr.Großmann Dr.Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Dorschel