

Verkündet
am 24. Januar 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2189 088

14

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Walter L. [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Stahlbeton-, Straßen- und Tiefbau, in D. [REDACTED]-K. [REDACTED], Am Z. [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Walter L. [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma T. [REDACTED]-Baubetriebe Gesellschaft mit beschränkter Haftung in B. [REDACTED], W. [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer Dr. Theodor S. [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom 30. Juni 1961 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die mit dem Bau einer Siedlung in L [REDACTED] beauftragte Baugesellschaft Am K [REDACTED] m.b.H. übertrug der Beklagten die gesamten Erdbewegungen sowie die Kanal- und die Straßenbauarbeiten. Einen Teil dieser Arbeiten, die in zwei Leistungsverzeichnissen mit 845.238,24 DM angesetzt sind, vergab die Beklagte im Oktober 1958 zu einem Pauschalpreis von 800.000 DM abzüglich 6 % an die Klägerin als Subunternehmerin.

Die Klägerin führte diese und nach ihrer Behauptung noch weitere in den Leistungsverzeichnissen nicht enthaltene Arbeiten aus. Auf Grund von Teilabrechnungen empfing sie von der Beklagten Zahlungen von insgesamt 1.060.966,92 DM. In ihrer Teilabrechnung vom 8. Februar 1960 bezifferte die Klägerin ihre Leistungen auf 1.388.840,88 DM. Sie forderte von der Beklagten gemäß § 16 VOB (B) eine weitere angemessene Abschlagszahlung. Da die Beklagte diesem Verlangen nicht nachkam, hat sie Klage auf Zahlung eines weiteren Teilbetrags von 50.000 DM nebst Zinsen erhoben.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat bestritten, daß die Klägerin über die bezahlten Beträge hinaus etwas zu beanspruchen habe. Ferner hat sie geltend gemacht, eine etwa noch bestehende Verbindlichkeit sei ihr auf Grund einer am 4. Februar 1960 getroffenen Abrede von der Klägerin gestundet worden. Vorsorglich hat die Beklagte gegenüber dem Klageanspruch mit einer ihr zustehenden Gegenforderung von 92.451,20 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, entweder bestehe die Klageforderung nicht oder sie sei, wenn sie bestände, durch die Aufrechnung der Beklagten mit einer Gegenforderung, die in Höhe von 50.148,61 DM unstreitig sei, untergegangen.

Das Oberlandesgericht hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, beantragt die Beklagte, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen, weil dessen Verfahren an einem wesentlichen Mangel leide (§ 539 ZPO). Einen solchen Verfahrensfehler erblickt es darin, daß das Landgericht, wenn es sich schon im Hinblick auf die von der Beklagten vorsorglich erklärte Aufrechnung der längst nicht mehr herrschenden Klageabweisungstheorie habe anschließen wollen, es unterlassen habe, bei den Parteien auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken (§ 139 ZPO). Der Verstoß gegen die Aufklärungspflicht falle besonders ins Gewicht, weil das Landgericht über das Bestehen der Klageforderung zunächst Beweis erhoben habe und die Parteien darauf hätten vertrauen können, das Bestehen dieses Anspruchs werde sachlich geprüft werden. Eine Sachentscheidung durch das Berufungsgericht selbst sei nicht zweckmäßig, weil bei einer Verwertung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme den Parteien eine Tatsacheninstanz verloren gehe und – wenigstens nach dem Vorbringen der Klägerin – die Beweisaufnahme noch nicht abgeschlossen sei.

Dem angefochtenen Urteil ist entgegen den Angriffen der Revision im Ergebnis beizutreten.



1) Die Revision ist zulässig. Das Berufungsurteil ist ein Endurteil, weil es den Rechtsstreit im zweiten Rechtszuge endgültig entscheidet. Die Beklagte ist durch das Urteil beschwert; denn ihrem Antrage, die Berufung zurückzuweisen, ist nicht stattgegeben worden (BGHZ 18, 107 f; 31, 358, 361). Ob das Urteil eine Sachentscheidung enthält oder nicht, spielt für die Zulässigkeit der Revision keine Rolle.

2) Das Oberlandesgericht hat die Voraussetzungen des § 539 ZPO nicht verkannt. Seiner Ansicht, das Verfahren des ersten Rechtszuges habe an einem wesentlichen Mangel gelitten, ist zuzustimmen.

a) Allerdings stellt das Berufungsgericht in den Vordergrund seiner Urteilsbegründung, daß das Landgericht entgegen dem § 139 ZPO unterlassen habe, die Parteien zu sachdienlichen Anträgen zu veranlassen. Solche Anträge kämen aber nur in Betracht, wenn die vom Landgericht angewandte sog. Klageabweisungstheorie richtig wäre (vgl. Weigelin ZZP Bd. 62 S. 242 ff). Diese Theorie ist jedoch abzulehnen.

b) Auch das Berufungsgericht hat, wie die Revision nicht verkennt, in dem angefochtenen Urteil unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß die vom Landgericht angewandte sog. Klageabweisungstheorie überholt und unrichtig ist. Seine Ausführungen lassen erkennen, daß es entsprechend der schon geraume Zeit herrschenden und auch vom Bundesgerichtshof übernommenen Lehre (vgl. u.a. RGZ 142, 175, 176; 167, 257, 258; BGH LM § 322 ZPO Nr. 21; Rosenberg, Lehrb. 9. Aufl. § 104 II 7) im Falle einer Aufrechnung mit einer begründeten Gegenforderung zunächst die Prüfung für notwendig hält, ob die bestrittene Klageforderung besteht. Das Berufungsgericht hat also das landgerichtliche Urteil im Ergebnis auch deshalb aufgehoben, weil es das erstinstanzliche Verfahren, die Klage ohne

eine sachliche Prüfung des geltend gemachten Anspruchs jedenfalls im Hinblick auf die Aufrechnung mit einer begründeten Gegenforderung abzuweisen, und zwar mit Recht, für fehlerhaft hielt. Die Aufhebung der Entscheidung des ersten Rechteszuges war mithin gerechtfertigt, weil das Landgericht eine - auch für die Rechtskraft wesentliche - Feststellung aus fehlerhaften verfahrensrechtlichen Erwägungen unterlassen hatte.

3) Ob das Berufungsgericht die Sache gemäß § 539 ZPO an das Landgericht zurückverwies oder selbst in der Sache entschied (§ 537 ZPO), stand in seinem pflichtmäßigen, im Revisionsrecht zuge nicht nachprüfbaren Ermessen.

Das verkennt auch die Revision nicht. Sie ist aber der Ansicht, eine Zurückverweisung des Rechtsstreits, damit das Landgericht die unterlassene Antragsergänzung nachhole, sei angesichts der vom Berufungsgericht vertretenen Rechtsauffassung überflüssig und unstatthaft. Ferner sei das Berufungsgericht bei der Feststellung der Voraussetzungen und Grenzen seines Ermessens nach § 539 ZPO rechtsfehlerhaft vorgegangen. Sein Standpunkt, bei einer Verwertung der Beweisaufnahme des Landgerichts ginge den Parteien eine Tatsacheninstanz verloren, sei rechtsirrtümlich, weil die Einhaltung eines bestimmten Instanzenzuges insoweit nicht gewährleistet sei. Ferner beruhe seine Feststellung, die Beweisaufnahme über die von der Beklagten angeführte Stundungsabrede sei - wenigstens nach der Behauptung der Klägerin - noch nicht abgeschlossen, auf einem Verfahrensverstoß (§ 286 ZPO).

Auch insoweit kann der Revision nicht gefolgt werden.

a) Dem Berufungsgericht war ersichtlich daran gelegen, daß zunächst über das Bestehen der Klageforderung entschieden wurde. In eine solche Prüfung war das Landgericht zwar

zunächst eingetreten, hatte dann aber im Hinblick auf die unstreitige Gegenforderung eine sachliche Stellungnahme zu dem Klageanspruch unterlassen. Wenn das Berufungsgericht, weil dieses Verfahren fehlerhaft war, die Sache zur Nachholung der notwendigen Feststellungen an die erste Instanz zurückverwies, so geschah dies, auch wenn es in erster Linie auf die vom Standpunkt des Landgerichts aus versäumte Aufklärung der Parteien nach § 139 ZPO hinwies, doch der Sache nach zu dem Zweck, daß nunmehr erstmals sachlich über das Bestehen des Klageanspruchs entschieden wurde. Die Zurückverweisung stand also mit dem Grund der Aufhebung durchaus in Einklang. Sie war nicht entbehrlich, auch war der Verfahrensfehler nicht für die Zurückverweisung unerheblich, wie die Revision meint.

b) Es trifft ferner nicht zu, daß das Berufungsgericht mit seiner Ansicht, bei einer Verwertung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme gehe den Parteien eine Tatsacheninstanz verloren, die Grenzen des ihm im § 539 ZPO eingeräumten Ermessens verkannt hätte. Daß eine Partei keinen Rechtsanspruch auf eine zweimalige Entscheidung über jeden einzelnen Streitpunkt hat, ist an sich richtig. Das schließt aber nicht aus, daß es im einzelnen Falle sachgemäß sein kann, den Parteien zwei Tatsacheninstanzen zu gewähren. Hier gilt das umso mehr, weil das Landgericht nicht über das Bestehen des Klageanspruchs Beweis erhoben hatte, sondern nur über die von der Beklagten behauptete Stundungsabrede. Eine Verwertung derartiger Beweiserhebungen durch das Oberlandesgericht hätte also, wenn dieses das Zustandekommen einer Stundungsvereinbarung verneint hätte, zu nichts geführt.

c) Ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, die Beweisaufnahme über die Stundungsabrede sei noch nicht abgeschlossen gewesen, kann dahingestellt bleiben. Die Rüge der Revision, diese Feststellung verstoße gegen § 286 ZPO, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das Berufungsgericht auf

Grund der Beweiserhebungen des Landgerichts die Stundung für erwiesen hätte ansehen müssen. Das ist jedoch nicht der Fall. Das Ergebnis der Beweisaufnahme zu diesem Punkt ist nicht völlig eindeutig. Wäre das Berufungsgericht aber nach eigener Beweiswürdigung dazu gelangt, eine Stundung zu verneinen, so fehlte es an einer tatsächlichen Grundlage für das Bestehen der Klageforderung; denn insoweit hatte das Landgericht keinen Beweis erhoben.

4) Es bedarf keiner Prüfung, ob die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht nicht auch deshalb angebracht war, weil das Berufungsgericht, wenn es auf die Berufung der Klägerin die Klageforderung für unbegründet erachtet hätte, dies ohne einen Verstoß gegen das Verbot des § 536 ZPO nicht hätte feststellen können. Die Revision ist jedenfalls aus den vorstehend zu 1 - 3 angeführten Gründen zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung erfolgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Dr. Vogt