



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 606/20

Verkündet am:
18. Oktober 2022
Schwaninger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 304 Abs. 1

Der Erlass eines Grundurteils ist unzulässig, wenn dies zu einer ungerechtfertigten Verzögerung und Verteuerung des Prozesses führt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Tatsachen für Grund und Höhe des Anspruchs annähernd dieselben sind oder in einem so engen Zusammenhang stehen, dass die Herausnahme einer Grundentscheidung unzweckmäßig wäre.

BGH, Urteil vom 18. Oktober 2022 - XI ZR 606/20 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2022 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Matthias und Dr. Schild von Spannenberg sowie die Richterinnen Ettl und Dr. Allgayer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und auf die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 29. Oktober 2020 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Anschlussrevision zurückgewiesen.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger begehrt von der Beklagten Zahlung aus einem Schuldanerkenntnis vom 16. Februar 2005.
- 2 Die Beklagte, eine Ärztin, betrieb in den 1990er Jahren mehrere Dialysezentren. Ihr damaliger Lebensgefährte, der Bruder des Klägers (nachfolgend: Ze-
dent), beteiligte sich vergleichbar einem stillen Gesellschafter an einer der von ihr betriebenen Dialysepraxen. Die Beklagte beteiligte sich ihrerseits an seinen Unternehmungen im Bereich der Medizintechnik. Als sie sich im Jahr 1999 von

dem Zedenten trennte, hatten sich dessen überwiegend fremdfinanzierte Unternehmungen wirtschaftlich desaströs entwickelt. In der Folge wurde auch die Beklagte von den Finanzierungsgläubigern des Zedenten in Anspruch genommen. Unter dem 16. Februar 2005 unterzeichnete die Beklagte eine als "Schuldschein/Schuldanerkenntnis" überschriebene Erklärung, in der sie gegenüber dem Zedenten einen mit 6% p.a. zu verzinsenden "Schuldbetrag in Höhe von 600.000 €" bestätigte, der bis zum 31. Mai 2012 vollständig an diesen zurückzahlen sein sollte. Im März des Jahres 2010 trat der Zedent die Forderung aus dem Schuldanerkenntnis an den Kläger ab.

3 Mit Schreiben vom 29. August 2012 forderte der Kläger unter Berufung auf die an ihn erfolgte Abtretung von der Beklagten Zahlung auf die Schuldurkunde. Die Beklagte wies die Zahlungsaufforderung mit Schreiben vom 6. September 2012 unter Hinweis auf die fehlende Vorlage einer Abtretungsurkunde zurück.

4 Durch Beschluss vom 12. August 2013 eröffnete das Amtsgericht Bremen das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten. Der Insolvenzverwalter hat die Abtretung von Ansprüchen aus dem Schuldschein vom 16. Februar 2005 mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 gegenüber dem Kläger angefochten und sämtliche daraus resultierenden Rückgewähransprüche anschließend an die Beklagte abgetreten.

5 Mit seiner Klage hat der Kläger beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 600.000 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 6% p.a. seit dem 16. Februar 2005 zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Nach Durchführung einer Beweisaufnahme hat es den Nachweis der Aktivlegitimation des Klägers als nicht erbracht angesehen.

6 Im Berufungsverfahren hat die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung mit 19 verschiedenen Gegenforderungen in einer Gesamthöhe von 2.818.328,24 € erklärt, deren Reihenfolge sie vorgegeben hat. Höchst hilfsweise hat sie unter Berufung auf den Dolo-agit-Einwand (§ 242 BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht. Diesen Einwand hat sie darauf gestützt, dass der Kläger ihr das Schuldanerkenntnis aus vom Insolvenzverwalter abgetretenen Recht infolge der von ihm erklärten Anfechtung der Abtretung durch den Zedenten herauszugeben und die verbriefte Forderung an sie abzutreten habe. Die Erhebung des Zahlungsanspruchs aus dem Schuldschein sei als unzulässige Rechtsausübung zu bewerten, weil der ihr zustehende Anspruch auf Herausgabe und Rückabtretung die Pflicht des Klägers zur sofortigen Rückgewähr der verlangten Rechtsposition begründe. Der Kläger hat die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche bestritten und hinsichtlich des dem Einwand aus § 242 BGB zugrundeliegenden Anspruchs die Einrede der Verjährung erhoben. In der Berufungsverhandlung vom 17. Dezember 2019 hat der Kläger beantragt, das Urteil des Landgerichts aufzuheben, die Beklagte zur Zahlung von 600.000 € nebst Zinsen zu verurteilen und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. Mit Schriftsatz vom 21. September 2020, eingegangen beim Berufungsgericht am selben Tag, hat er seinen Antrag auf Zurückverweisung unter Hinweis auf die bereits eingetretene und weiter fortdauernde Verzögerung des Rechtsstreits und das Fehlen der Voraussetzungen nach § 538 Abs. 2 ZPO zurückgenommen und dem Berufungsgericht angetragen, gemäß § 538 Abs. 1 ZPO selbst in der Sache zu entscheiden.

7 Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben, den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Verhandlung und Entscheidung über dessen Höhe an das Landgericht zurückverwiesen (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 ZPO). Dagegen richtet sich die

vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Der Kläger erstrebt mit der Anschlussrevision die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu seinem Nachteil erkannt worden ist, und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung, hilfsweise insoweit die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu erneuter Verhandlung und Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

A. Revision

8 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die angefochtene Entscheidung leide an einem wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, da das Landgericht die von ihm vorgenommene Beweiswürdigung unter Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) auf eine nur unzureichend erhobene Grundlage gestützt habe. Weder habe das Landgericht die angebotenen Beweise ausgeschöpft noch habe es das Beweisthema hinreichend klar gefasst. Das Landgericht habe sich nicht darauf beschränken dürfen, den Zedenten wegen seiner engen persönlichen Nähebeziehung zum Kläger und seinem potenti-

ellen Eigeninteresse am Verfahrensausgang als unglaubwürdig und seine Angaben zu den Umständen der Abtretung als unglaubhaft zu bewerten. Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht insbesondere lediglich zur Frage des Zeitpunkts der behaupteten Abtretung des Klageanspruchs an den Zedenten Beweis erhoben, obgleich ergänzend auch Beweis für die Kenntnis der Beklagten von der Abtretung durch Mitteilung des Zedenten Anfang Mai des Jahres 2012 angeboten gewesen sei. Das Landgericht habe zudem versäumt, Beweis zu verschiedenen vom Kläger vorgetragene Umständen zu erheben, die für die Glaubwürdigkeit des Zedenten und die Glaubhaftigkeit seiner Angaben nicht unerhebliches individuelles Gewicht gehabt hätten.

11 Die im Berufungsverfahren durchgeführte Beweisaufnahme durch die erneute Einvernahme des Zedenten begründe die Überzeugung des Senats, dass dieser die Forderung aus dem Schuldanerkenntnis vom 16. Februar 2005 im März 2010 an den Kläger abgetreten habe. Der Anspruch des Klägers sei entgegen der Auffassung des Landgerichts dem Grunde nach gegeben und auch nicht verjährt.

12 Da der Streit über den Betrag des geltend gemachten Anspruchs jedoch nicht zur Entscheidung reif, sondern insoweit eine weitere Verhandlung erforderlich sei, lägen die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO vor und dürfe das Berufungsgericht die Sache insoweit unter Aufhebung des Urteils an das Landgericht zurückverweisen. Der Senat sehe davon ab, die für die Entscheidung über die Anspruchshöhe mit Blick auf die abgestuften Verteidigungsmittel der Beklagten erforderlichen Beweise zu erheben und gemäß § 538 Abs. 1 ZPO selbst abschließend in der Sache zu entscheiden. Die Zivilprozessordnung weise die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen grundsätzlich der ersten Instanz zu. Das Berufungsgericht solle sich auf die Rechtsfehlerkontrolle und

-korrektur beschränken. Davon könne jedoch keine Rede sein, wenn Verfahrensfehler dazu führten, dass aus erster Instanz keine verwertbare Tatsachengrundlage vorliege. In einem solchen Fall träte das Berufungsgericht an die Stelle der ersten Instanz, was für die Parteien dem Verlust einer Instanz gleichkäme. Gleichzeitig hinderten derart umfangreiche Beweisaufnahmen den Senat daran, in anderen Sachen seiner Rechtsfehlerkontroll- und Korrekturfunktion zeitnahe nachkommen zu können. Der durch die Zurückverweisung entstehende grundsätzliche Nachteil einer Verzögerung und Verteuerung des Prozesses müsse unter diesen Umständen hingenommen werden. Ohnehin sei eine schnellere Erledigung des Rechtsstreits durch den Senat angesichts seiner aktuellen Belastung sowie der Erkrankung eines Senatsmitglieds und der seit Jahren anhaltenden hohen Mehrbelastung sämtlicher Senate des Oberlandesgerichts nicht zu erwarten. Der Anwendung des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO stehe schließlich nicht entgegen, dass der Kläger seinen in der Berufungsverhandlung gestellten Hilfsantrag auf Aufhebung und Zurückverweisung der Sache zurückgenommen habe. Die Rücknahme des Antrags sei unwirksam, denn es handele sich dabei um einen prozessualen Hilfsantrag, der, anders als ein Sachantrag, im Berufungsverfahren lediglich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt und auch wieder zurückgenommen werden könne. Die erst nach Beendigung der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich erklärte Antragsrücknahme sei deshalb wirkungslos.

II.

13 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

- 14 Das Berufungsgericht durfte weder ein Grundurteil erlassen noch die Sache im Übrigen gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 ZPO an das Landgericht zurückverweisen. Es hatte vielmehr gemäß § 538 Abs. 1 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden. Das rügt die Beklagte, die durch die Zurückverweisung der Sache an das erstinstanzliche Gericht beschwert ist (vgl. BGH, Urteile vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, WM 2010, 892 Rn. 10 und vom 5. November 1997 - XII ZR 290/95, NJW 1998, 613, 614), zu Recht.
- 15 1. Das angefochtene Grundurteil hätte nicht ergehen dürfen.
- 16 a) Ein Grundurteil (§ 304 Abs. 1 ZPO) darf nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, grundsätzlich alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind, und wenn nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (vgl. BGH, Urteile vom 6. Juni 2019 - VII ZR 103/16, WM 2019, 1858 Rn. 16, vom 8. September 2016 - VII ZR 168/15, NJW 2017, 265 Rn. 21, vom 25. Oktober 2013 - V ZR 230/12, BGHZ 198, 327 Rn. 26 und vom 2. Oktober 2000 - II ZR 54/99, WM 2000, 2427).
- 17 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das Berufungsgericht hat nicht alle Fragen erledigt, die zum Grund des geltend gemachten Anspruchs gehören. Die Feststellung der anspruchsbegründenden Tatsachen allein reicht dafür in Anbetracht der von der Beklagten geltend gemachten Verteidigungsmittel nicht aus. Die Beklagte hat dem Klageanspruch in Höhe von 600.000 € zum einen die Aufrechnung mit 19 verschiedenen Forderungen in einer Gesamthöhe von 2.818.328,24 € entgegengesetzt. Verhalten hat das Berufungsgericht sich nur zu einem der zur Aufrechnung gestellten Ansprüche in Höhe von 105.000 €, den es, nicht tragend, als nicht gegeben erachtet. Hinsichtlich der 18 weiteren Gegenansprüche ist eine Entscheidung jeweils entweder aus rechtlichen oder

tatsächlichen Gründen unterblieben. Das Berufungsgericht hat zwar dennoch gemeint, ein Anspruch des Klägers sei nach vorläufiger Einschätzung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Gleichzeitig hat es aber der Beklagten die Möglichkeit eingeräumt, ergänzend zu den bislang un schlüssigen Positionen vorzutragen, und, schon aufgrund des bereits gehaltenen Vortrags, eine weitere Beweisaufnahme für erforderlich erachtet. Die damit möglicherweise bestehenden Gegenforderungen der Beklagten in einer Gesamthöhe von 2.713.328,24 € stellen den gesamten Bestand der Klageforderung in Frage. Damit fehlt es an der für den Erlass eines Grundurteils erforderlichen Wahrscheinlichkeit, dass der Klageanspruch in irgendeiner Höhe besteht.

18 Dies ergibt sich auch aus dem von der Beklagten erhobenen Arglisteinwand, der im Falle seines Bestehens gleichfalls zur Klageabweisung führen würde. Auf die Begründung, der der Einwendung nach § 242 BGB zugrundeliegende Anspruch "dürfte" verjährt sein, konnte sich das Berufungsgericht nicht beschränken. Denn dies lässt jedenfalls die Möglichkeit offen, dass der Arglisteinwand durchgreift und der mit der Klage verfolgte Anspruch dauerhaft nicht durchsetzbar ist.

19 b) Das Grundurteil leidet, wie die Revision zu Recht rügt, auch deshalb an einem Rechtsfehler, weil es den bei Anwendung und Auslegung der Regelungen der §§ 304, 538 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO in Bedacht zu nehmenden Grundsätzen der Prozessökonomie nicht Rechnung trägt.

20 aa) Der Erlass eines Grundurteils ist immer dann unzulässig, wenn dies zu einer ungerechtfertigten Verzögerung und Verteuerung des Prozesses führt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Tatsachen für Grund und Höhe des Anspruchs annähernd dieselben sind oder in einem so engen Zusammenhang stehen, dass die Herausnahme einer Grundentscheidung unzweckmäßig und

verwirrend wäre (BGH, Urteile vom 23. September 2020 - KZR 4/19, WM 2022, 193 Rn. 69, vom 28. Juni 2016 - VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244 Rn. 36 und vom 3. November 1978 - IV ZR 61/77, VersR 1979, 25).

21 bb) In Ansehung dessen durfte das Berufungsgericht die bereits im Grundverfahren erörterte Frage, ob sich die Beklagte auf den Dolo-agit-Einwand berufen kann, nicht ungeklärt lassen. Dies allein führt zu einer Verlängerung und Verteuerung des Prozesses und zu der Notwendigkeit einer erneuten Beweisaufnahme über Tatsachen, die bereits die Beweisaufnahme im Grundverfahren zur Aktivlegitimation des Klägers betroffen haben und damit in Zusammenhang stehen. Soweit das Berufungsgericht die Einwendung als nicht "rechtshängig" betrachtet hat, weil diese höchsthilfsweise für den Fall des Scheiterns der hilfsweisen Prozessaufrechnung erhoben worden sei, geht seine Annahme fehl. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) ist ein Verteidigungsmittel im Sinne des § 282 ZPO, mit dem bezweckt wird, den geltend gemachten Klageanspruch zu Fall zu bringen. Den dafür maßgeblichen Vortrag hat die Beklagte bereits in der ersten Instanz gehalten. Der Sachvortrag gehört damit zu dem in der Berufungsinstanz angefallenen Prozessstoff, welcher gemäß §§ 528, 530 ZPO der richterlichen Nachprüfungspflicht unterliegt. Die Rechtsanwendung unterliegt dabei nicht der Dispositionsfreiheit der Parteien. Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung vielmehr selbständig und ohne an die rechtlichen Gesichtspunkte der Parteien oder des ersten Richters gebunden zu sein, den Prozessstoff nach allen Richtungen von neuem zu prüfen (BGH, Urteil vom 8. November 1991 - V ZR 260/90, NJW 1992, 899, 900). Die Beklagte hätte den Einwand in der Berufungsinstanz nicht einmal wiederholen müssen (vgl. BGH, Urteile vom 15. Dezember 1988 - IX ZR 33/88, NJW 1990, 326, 327 [zur Einrede der Verjährung] und vom 29. April 1986 - IX ZR 145/85, WM 1986, 841, 842 [zur Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB]).

- 22 An die Eventualstellung des Arglisteinwands war das Oberlandesgericht im Rahmen der vorzunehmenden Rechtsprüfung nicht gebunden. Denn die in der Erfolglosigkeit der Hilfsaufrechnung liegende innerprozessuale Bedingung ist nach den für Prozesshandlungen geltenden allgemeinen Grundsätzen unzulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen zwar nicht nur die von den Parteien gestellten Sachanträge, sondern auch sonstige Prozesshandlungen und Tatsachenvortrag von einer innerprozessualen Bedingung abhängig gemacht werden (BGH, Urteil vom 25. Februar 2003 - X ZR 240/00, NJW-RR 2003, 1145, 1146). Dies findet seine Grenzen aber in der gesetzlichen Pflicht der Prozesspartei zu vollständigem und wahrheitsgemäßem Vortrag gemäß § 138 Abs. 1 ZPO und zur Prozessförderung gemäß § 282 Abs. 1 ZPO (vgl. BGH, aaO). Die Partei hat kein Recht, einen langwierigen Prozess zu erzwingen, obwohl dieser bei Berücksichtigung des Eventualvorbringens frühzeitig entscheidungsreif wäre (Kern in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 303 mwN). So liegt es hier. Das Recht, das Gericht zu einer Entscheidung zunächst über 19 zur Aufrechnung gestellte und streitige Gegenansprüche zu zwingen, steht der Beklagten nicht zu. Die dahingehende Bedingung widerspricht ihrer Prozessförderungspflicht und ist unwirksam. Das Berufungsgericht hätte daher ohne Rücksichtnahme auf die vorgegebene Abstufung der Verteidigungsmittel über den geltend gemachten Arglisteinwand entscheiden müssen.
- 23 2. Das Berufungsgericht hätte die Sache auch nicht an das Landgericht zurückverweisen dürfen. Die Zurückverweisung findet weder in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO noch in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO eine Grundlage. Auch dies rügt die Revision zu Recht.
- 24 a) Die Voraussetzungen der Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 ZPO liegen schon deshalb nicht vor, weil es an dem dafür erforderlichen Antrag einer Prozesspartei fehlt.

- 25 Eine Zurückverweisung von Amts wegen sieht das Gesetz nicht vor. Diese setzt vielmehr, abgesehen von der Regelung in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO, stets den Antrag einer Partei voraus (Senatsurteil vom 22. Juni 2004 - XI ZR 90/03, WM 2004, 1625, 127 mwN; BGH, Urteil vom 5. Juli 2011 - II ZR 188/09, WM 2011, 1631 Rn. 6). Selbst im Falle des Vorliegens eines Zurückverweisungsgrundes nach § 538 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht selbst in der Sache zu entscheiden, wenn die Parteien dies übereinstimmend wünschen (BT-Drucks. 14/4722, S. 102).
- 26 So verhält es sich hier. Ein Antrag auf Zurückverweisung liegt nicht vor. Der Kläger hat seinen in der Berufungsverhandlung vom 1. September 2019 gestellten Zurückverweisungsantrag mit Schriftsatz vom 21. September 2020 wirksam zurückgenommen. Die Beklagte hat einen solchen Antrag nicht gestellt. Allein deshalb hatte das Berufungsgericht selbst in der Sache zu entscheiden (§ 538 Abs. 1 ZPO).
- 27 Bei dem Antrag auf Zurückverweisung handelt es sich um einen Prozess-, nicht um einen Sachantrag, denn er zielt lediglich auf einen spezifischen Fortgang des Verfahrens ab (vgl. MünchKomm/Rimmelspacher, ZPO, 6. Aufl., § 538 Rn. 30). Er muss nicht bereits mit der Berufungsbegründung gestellt werden, sondern kann noch nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist in der Berufungsverhandlung nachgeholt und bis zum Abschluss des Verfahrens, auch hilfsweise, gestellt werden. Gleichmaßen liegt es in der Verfahrensherrschaft des Antragstellers, den Antrag auf Zurückverweisung in jedem Stadium des Verfahrens bis zum Erlass des Urteils wieder zurückzunehmen. Dies folgt aus den Grundsätzen über den Widerruf von Prozesshandlungen. Diese sind wegen ihrer prozessgestaltenden Wirkung grundsätzlich unwiderruflich, wenn sie als sogenannte Bewirkungshandlungen die Prozesslage unmittelbar beeinflussen, wie dies etwa bei der Rücknahme der Klage oder der Rücknahme eines Rechtsmittels der Fall ist

(BGH, Urteil vom 27. Februar 2015 - V ZR 128/14, WM 2015, 1810 Rn. 27; BGH, Beschluss vom 8. Juli 2013 - VII ZB 35/12, juris Rn. 1). Prozesshandlungen, deren bezweckter Erfolg erst aufgrund eines Tätigwerdens des Gerichts eintritt (Erwirkungshandlung; vgl. Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl., Vorb. § 128 Rn. 14 mwN), sind dagegen widerruflich, solange durch sie keine geschützte Position der Gegenseite entstanden ist (BGH, Urteil vom 27. Februar 2015, aaO Rn. 28; Zöller/Greger, ZPO, 34. Aufl., Vorb. § 128 Rn. 23; Kern in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., Vorb. § 128 Rn. 251 ff.; Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 19. Aufl., Einl. Rn. 63). Vorliegend hat die Beklagte, da zur Hauptsache mündlich verhandelt worden ist, eine geschützte Rechtsposition zwar nach dem Rechtsgedanken des § 269 Abs. 1 ZPO auf den Erhalt einer gerichtlichen Sachentscheidung erlangt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 2015, aaO Rn. 29). Auf den Spruchkörper einer bestimmten Instanz erstreckt sich der Vertrauensschutz hingegen nicht. Er wäre auch überflüssig. Denn es steht jeder Prozesspartei frei, selbst auf Zurückverweisung anzutragen und dadurch auszuschließen, dass das Berufungsgericht wegen eines fehlenden Antrags an der Zurückverweisung gehindert ist.

28 b) Unabhängig davon hat das Berufungsgericht das ihm bei der Anwendung sowohl des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO als auch des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt.

29 Verweist das Berufungsgericht den Rechtsstreit an das erstinstanzliche Gericht zurück, müssen seine Ausführungen erkennen lassen, dass es das ihm in § 538 Abs. 2 Satz 1 ZPO eingeräumte Ermessen, eine eigene Sachentscheidung zu treffen oder ausnahmsweise den Rechtsstreit an das Erstgericht zurückzuverweisen, pflichtgemäß ausgeübt hat (vgl. BGH, Urteile vom 5. Juli 2011 - II ZR 188/09, WM 2011, 1631 Rn. 7, vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, WM 2010, 892 Rn. 16 und vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03, NZBau 2005, 224, 225). Dabei hat es zu erwägen, dass eine Zurückverweisung der Sache in aller

Regel zu einer Verteuerung und Verzögerung des Rechtsstreits und zu weiteren Nachteilen führt und dies den schützenswerten Interessen der Parteien entgegenstehen kann. Wenn sich das Berufungsgericht gleichwohl für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 ZPO entscheidet, muss es nicht nur im Fall des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, sondern auch bei einem Fall des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO zur Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens erkennen lassen, dass es den maßgeblichen Gesichtspunkt der Prozessökonomie in Betracht gezogen hat (vgl. BGH, Urteile vom 10. März 2005 - VII ZR 220/03, NJW-RR 2005, 928 und vom 8. Juli 2004 - VII ZR 231/03, NJW-RR 2004, 1537, 1538).

30 Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht hat zwar erkannt, dass ihm bei der Entscheidung über die Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 ZPO Ermessen eingeräumt ist. Es legt der Ausübung seines Ermessens aber schon einen fehlerhaften Maßstab zugrunde, wenn es davon ausgeht, die Zivilprozessordnung weise die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen grundsätzlich der ersten Instanz zu, während die Berufungsinstanz der Rechtsfehlerkontrolle zu dienen bestimmt sei. Dies verkennt den Grundsatz der eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts (§ 529 Abs. 1, § 538 Abs. 1 ZPO).

31 Die Vorschrift des § 538 Abs. 1 ZPO erhebt es zum Regelfall, dass das Berufungsgericht selbst die notwendigen Beweise zu erheben und die Sache zu entscheiden hat. Mit der Neufassung des § 538 ZPO durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2002 (BGBl. I 1887) sollte eine Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz im Interesse der Verfahrensbeschleunigung noch stärker als bisher die Ausnahme von einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts bilden (vgl. BGH, Urteile vom 21. Januar 2021 - I ZR 120/19, GRUR 2021, 636 Rn. 14; vom 12. April 2018 - III ZR 105/17, WM 2018, 897 Rn. 16 mwN). Es sollte dem Interesse der Parteien an einer zügigen Erledigung

des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz durch eine abschließende Sachentscheidung angemessen Geltung verschafft und zugleich die erste Instanz durch die Reduzierung der Zurückverweisungen entlastet werden. Schließlich entsteht mit der Zurückverweisung die Gefahr einer erneuten Anfechtung des untergerichtlichen Urteils und damit einer weiteren Verzögerung und Verteuerung des Rechtsstreits. Die zeitaufwändige Zurückverweisung von der zweiten an die erste Instanz sollte auf unverzichtbare Ausnahmefälle beschränkt werden (BGH, Urteile vom 21. Januar 2021, aaO und vom 12. April 2018, aaO; Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 538 Rn. 3; MünchKomm/Rimmelspacher, ZPO, 6. Aufl., § 538 Rn. 53). Schon darin, dass die der angefochtenen Entscheidung zugrundeliegenden Erwägungen dieser Zielsetzung widersprechen, liegt ein Ermessensfehlergebrauch.

32 Ermessensfehlerhaft sind aber auch die nur formelhaft angestellten Erwägungen, die das Berufungsgericht zu den mit einer Zurückverweisung der Sache verbundenen Nachteilen für die Prozessparteien angestellt hat. Das Berufungsgericht hätte sich zu Art und Umfang der für notwendig gehaltenen Beweisaufnahme konkret verhalten müssen. Zu welchen Umständen eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme zu erwarten steht, kann dem Berufungsurteil nicht entnommen werden. Dies gilt umso mehr, weil das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten zu den zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüchen teilweise als nicht schlüssig bewertet und ergänzenden Vortrag für erforderlich gehalten hat. Insoweit ist das Berufungsgericht lediglich von einer möglicherweise umfangreichen und aufwändigen Beweisaufnahme ausgegangen. Eine solche würde aber nur dann erforderlich, wenn es der Beklagten gelingt, zu ihren Verteidigungsmitteln schlüssig vorzutragen.

33 Schließlich ist auch der Hinweis des Berufungsgerichts auf die eigene Belastung durch andere laufende Verfahren und personelle Engpässe ermessensfehlerhaft. Die Belastung des vom Gesetz zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers ist kein Kriterium, das in die Ermessensausübung im Rahmen des § 538 Abs. 2 ZPO eingestellt werden darf; es ist sachfremd.

III.

34 Das Berufungsurteil, das sich nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO), unterliegt mithin der Aufhebung (§ 562 ZPO). Da weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind und die Sache deshalb nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), muss sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

35 Sofern es im Rahmen einer neuen Verhandlung und Entscheidung darauf ankommen sollte, ob sich die Beklagte auf den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) berufen kann, könnte in Bedacht zu nehmen sein, dass die Erfüllung einer Leistungspflicht, die auf einer anfechtbaren Handlung beruht, gemäß § 146 Abs. 2, § 145 Abs. 2 Nr. 2, § 138 Abs. 1 Nr. 2 InsO (auch) verweigert werden kann, wenn der Anfechtungsanspruch verjährt ist. Die Folgen der Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (Konfusion) sind im Gesetz nicht geregelt. Es besteht jedoch Übereinstimmung, dass in diesen Fällen das Schuldverhältnis in der Regel erlischt (BGH, Urteile vom 23. April 2009 - IX ZR 19/08, WM 2009, 1048 Rn. 19; vom 14. Juni 1995 - IV ZR 212/94, WM 1995, 1693, 1694; vom 11. Dezember 1981 - V ZR 222/80, NJW 1982, 2381, 2382 und vom 1. Juni 1967 - II ZR 150/66, BGHZ 48, 214, 218).

B. Anschlussrevision

36 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige (vgl. dazu Senatsurteil vom 27. Februar 2018 - XI ZR 480/16, juris Rn. 20) Anschlussrevision des Klägers hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

37 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Anschlussrevision zusätzlich von Bedeutung - ausgeführt:

38 Entgegen der Ansicht des Klägers sei der Senat am Erlass eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO gehindert, denn ein solches könne nur dann ergehen, wenn die mit der Klage geltend gemachte Forderung entscheidungsreif sei, indes über eine oder mehrere, auch hilfsweise, zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen noch nicht entschieden werden könne. Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Denn die Beklagte habe sich hilfsweise nicht ausschließlich mit abgestuften Aufrechnungspositionen verteidigt, sondern zusätzlich höchst hilfsweise den Arglisteinwand erhoben. Über diesen Einwand könne derzeit jedoch nicht entschieden werden, weil er infolge der von der Beklagten vorgegebenen Abstufung ihrer Verteidigungsmittel nicht rechtshängig geworden sei. Aus dem Einwand aus § 242 BGB könne sich ein Vorbehalt gemäß § 302 Abs. 4 Satz 1 ZPO aber nicht ergeben, so dass ein Vorbehaltsurteil ausscheide.

II.

39 Die Anschlussrevision hat Erfolg, soweit sie den Erlass eines Grundurteils
und die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht rügt.
Im Übrigen ist sie unbegründet.

40 1. Zu Recht rügt der Kläger, das Berufungsgericht habe kein Grundurteil
erlassen und die Sache nicht an das Landgericht zurückverweisen dürfen, weil
die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 ZPO nicht vorge-
legen hätten. Auf die Ausführungen zur Revision, die insoweit gleichermaßen für
die Anschlussrevision gelten, nimmt der Senat Bezug.

41 2. Ohne Erfolg macht der Kläger aber geltend, das Berufungsgericht habe
verfahrensfehlerhaft vom Erlass eines Vorbehaltsurteils (§ 302 ZPO) abgesehen.

42 a) Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend ge-
macht, so kann gemäß § 302 Abs. 1 ZPO, wenn nur die Verhandlung über die
Forderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Vorbehalt der Entscheidung über
die Aufrechnung ergehen. Gesetzlich ausdrücklich normierte Voraussetzung für
den Erlass eines Vorbehaltsurteils ist mithin allein, dass die Verhandlung über
die Klageforderung zur Entscheidung reif ist (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2021
- VII ZR 44/18, BGHZ 231, 365 Rn. 15 f.). Gelangt das Gericht insoweit zu der
Überzeugung, dass die Klageforderung ohne Rücksicht auf die vom Beklagten
geltend gemachte Aufrechnung nicht besteht, hat es die Klage abzuweisen. Der
Erlass eines Vorbehaltsurteils setzt mithin voraus, dass alle vom Beklagten ge-
gen die Klage erhobenen Verteidigungsmittel mit Ausnahme der Aufrechnung zur
Entscheidungsreife gebracht und als nicht bestehend oder nicht erheblich ange-
sehen worden sind. Ob in einer solchen Situation von der Möglichkeit eines Vor-
behaltsurteils Gebrauch gemacht wird, liegt im freien Ermessen ("kann") des Ge-

richts. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt allerdings, ob sich im Einzelfall aus der gebotenen Auslegung der gesetzlichen Regelung Grenzen dieses Ermessens ergeben und ob das Gericht das ihm zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat (BGH, Urteile vom 28. Oktober 2021, aaO und vom 24. November 2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134, 136).

43 b) Nach Maßgabe dessen ist die Anschlussrevision schon deshalb un begründet, weil eine Situation, in der das dem Berufungsgericht eingeräumte Er messen bezüglich des Erlasses eines Vorbehaltsurteils auf Null reduziert gewe sen ist, nicht vorliegt. Anderes behauptet auch die Anschlussrevision nicht.

44 Daneben fehlte es vorliegend aber auch an den gesetzlichen Vorausset zungen für den Erlass eines Vorbehaltsurteils, weil die Klage infolge des von der Beklagten erhobenen Dolo-agit-Einwands nicht entscheidungsreif gewesen ist. Der von der Anschlussrevision erhobene Einwand, ein Beklagter könne den Er lass eines Vorbehaltsurteils mutwillig verhindern, indem er nachrangig zur Auf rechnung eine weitere Einrede geltend mache und die Regelung des § 302 ZPO damit gezielt leerlaufen lasse, verfängt nicht. Mit einem auf Missbrauch angeleg ten Prozessverhalten wird der Beklagte, wie bereits dargelegt, regelmäßig gegen seine Prozessförderungspflicht (§ 282 Abs. 1 ZPO) verstoßen mit der Folge, dass die Abstufung seiner Verteidigungsmittel keine Wirksamkeit erlangt.

III.

45 Das Berufungsurteil unterliegt mithin, soweit nicht die Anschlussrevision zu rückzuweisen ist, auch zugunsten des Klägers in dem aus der Entscheidungsfor mel ersichtlichen Umfang der Aufhebung (§ 562 ZPO), weil es sich insoweit nicht

aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). In diesem Umfang verweist der Senat, der nicht selbst entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO), die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurück (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO).

Ellenberger

Matthias

Schild von Spannenberg

Ettl

Allgayer

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 30.07.2019 - 11 O 1028/16 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 29.10.2020 - 3 U 75/19 -