

~~Für das Nachschlagewerk !) jedoch nur~~
~~Für die Amtliche Sammlung !) zu Ziff 3~~

Gesetz: ZPO § 99 Abs 1

Rechtssatz: Ist ein Teilurteil ohne Kostenentscheidung ergangen, so muß die im Schlußurteil getroffene Kostenentscheidung mit der Berufung oder Revision angegriffen werden, soll sie nicht rechtskräftig werden. Das gegen das Teilurteil eingelegte Rechtsmittel erfaßt entgegen RG Warn I (1908) Nr 94 S 65 und RAG 23, 289 grundsätzlich nicht die Kostenentscheidung des Schlußurteils.

Aktenzeichen: II ZR 135/55

Urteil des BGH vom 9. April 1956 - LG Köln
OLG Köln

Verkündet
laut Protokoll

am 9. April 1956

Braun, Justizobersekretär,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der H[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer, den Direktor Heinrich N[REDACTED] in
K[REDACTED]-M[REDACTED], A[REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten, Wider-, Berufungs-
und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Justizrat Dr. [REDACTED]-

gegen

1. die Witwe Edith Z [REDACTED] geb. O [REDACTED] in E [REDACTED],
Br [REDACTED] Straße [REDACTED],

2. deren Kinder

- a) Karl-Heinz Z [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1936,
- b) Carola Z [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1937,
- c) Helmut Z [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1939,
- d) Angelika Z [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1942,

Kläger, Wider-, Berufungs-
und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. April 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Fischer,
Dr. Kuhn, Dr. Winkelmann und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 15. April 1955 verkün-
dete Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine GmbH, wurde bis nach Klageerhebung als Aktiengesellschaft betrieben.

Der ursprüngliche Kläger war seit 1930 als Justiziar, ab 1933 als Vorstandsmitglied der Beklagten tätig. Nach seinem Anstellungsvertrage vom 1. Oktober 1939 waren er, seine Witwe und seine Kinder (diese bis zum vollendeten 18. Lebensjahr) außer in hier nicht interessierenden Fällen pensionsberechtigt, falls die Gesellschaft das Dienstverhältnis vor Eintritt der übrigen Pensionsfälle "lösen" sollte. Eine Pensionspflicht sollte dagegen nicht bestehen, falls der Kläger freiwillig aus den Diensten der Beklagten ausschied.

Mit Schreiben vom 25. August 1948 kündigte der Aufsichtsrat der Beklagten das Anstellungsverhältnis unter Berufung auf § 27 UmstG zum 30. September 1948 und fragte zugleich an, ob der Kläger grundsätzlich bereit sei, innerhalb der Kündigungszeit über einen neuen, den veränderten Verhältnissen angepassten Anstellungsvertrag zu verhandeln. Der Kläger bejahte das mit Schreiben vom 7. September 1948 und bat um Bekanntgabe eines Verhandlungstermins. Der Kläger setzte mit Einverständnis der Beklagten seine Tätigkeit über den 30. September 1948 hinaus zu den bisherigen Bezügen fort. Ende Oktober 1948 legte ihm der Aufsichtsrat einen von Rechtsanwalt Dr. He [REDACTED] ausgearbeiteten Vertragsentwurf vor. Der Kläger lehnte am 30. und 31. Oktober 1948 die darin vorgesehenen Bedingungen ab und schied am 15. November 1948 bei der Beklagten aus. Am 1. Dezember 1948 trat er bei der Brauerei St [REDACTED] in E [REDACTED] als Prokurist ein.



Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, daß die von ihr ausgesprochene Kündigung von § 27 UmstG nicht getragen werde und deshalb nichtig sei und daß der Kläger freiwillig aus ihren Diensten ausgeschieden sei und darum keine Pensionsrechte habe.

Der Kläger erhob Feststellungsklage, daß ein Pensionsanspruch bestehe, hilfsweise, daß die Beklagte nach Eintritt des Pensionsfalles die vereinbarte Pension zu zahlen habe.

Die Beklagte erhob wegen bestimmter Entnahmen des Klägers Widerklage auf Zahlung von 3.773,10 DM.

Das Landgericht gab durch Teilurteil dem Hauptantrag der Klage statt. Im Schlußurteil verurteilte es den Kläger unter Abweisung der weitergehenden Widerklage zur Zahlung von 2.718,28 DM und legte ihm 2/33 und der Beklagten 31/33 der Kosten des Rechtsstreits auf.

Die Beklagte brachte gegen das Teilurteil Berufung an mit dem Antrage, die Klage abzuweisen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. In der Berufungsbegründungsschrift machte sie geltend, daß die im Schlußurteil ergangene Kostenentscheidung nicht bestehen bleiben könne.

Der Kläger ist während der Berufungsinstanz (am 28. April 1954) verstorben. Seine Witwe und seine vier Kinder sind in den Rechtsstreit eingetreten und haben in erster Linie die Zurückweisung der Berufung und hilfsweise beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie eine monatliche Rente von 815 DM für die Zeit vom 15.11.48 bis zum 28.4.1954 und von 652 DM ab 28.4.1954 zu zahlen, und zwar den letzteren Betrag mit der Maßgabe, daß er sich um

je 81,50 DM ermäßigt, sobald eines der klagenden Kinder fortfällt oder das 18. Lebensjahr vollendet.

Das Berufungsgericht hat die Berufung kostenpflichtig zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter, während die Erben des Klägers um Zurückweisung der Revision gebeten haben.

Entscheidungsgründe:

1.) Die Beklagte hat in der Klagebeantwortung vortragen, nach dem Ausscheiden des Klägers aus ihren Diensten sei eine ganze Reihe von Tatsachen festgestellt worden, die seine fristlose Entlassung gerechtfertigt hätten. Sie hat dort außerdem erklärt, von einem näheren Eingehen hierauf wolle sie einstweilen absehen, weil bereits der Umstand, daß § 27 UmstG die ausgesprochene Kündigung nicht trage, die Klage zu Fall bringe. Monate nach Ablauf der mehrfach verlängerten Berufungsbegründungsfrist hat die Beklagte schriftsätzlich erklärt (Schriftsatz vom 3.1.55), "nunmehr" mache sie die Gründe geltend, die ihr ein Recht zur fristlosen Entlassung des Klägers gegeben hätten, und hat dafür im einzelnen Gründe angeführt und unter Beweis gestellt. Das Berufungsgericht führt aus, daß diese Behauptungen und Beweisantritte neu seien, schon in erster Instanz hätten geltend gemacht werden können und ihre Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben würde, und hat diesen Vortrag als verspätet zurückgewiesen (§§ 529 Abs 2, 3 ZPO), weil die Beklagte das Vorbringen im ersten Rechtszuge aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe.

Die Revision rügt Verletzung des § 529 ZPO. Ihre Angriffe sind jedoch unbegründet.

a) Der Schriftsatz vom 3.1.55 enthält neues Vorbringen, soweit in ihm g e l t e n d g e m a c h t wird, es hätten Tatsachen vorgelegen, die die fristlose Entlassung des Klägers gerechtfertigt haben würden. Neu sind alle Behauptungen und Beweisantritte, die im ersten Rechtszuge nicht geltend gemacht worden sind (Jonas DR 1942, 999). Das ist für Verteidigungsmittel angenommen worden, die in erster Instanz zwar vorgebracht, aber nicht aufrechterhalten worden sind (RG Urt v 20.6.02 - II 114/02). Für Tatsachen, auf die der Beklagte nach ausdrücklicher Erklärung seine Verteidigung im ersten Rechtszuge nicht stützen will und die er darum nur andeutet und nicht näher ausführt, kann nichts anderes gelten. Derartige Tatsachen sind noch nicht Prozeßstoff und werden es erst dadurch, daß der Beklagte erklärt, sie benutzen zu wollen. Eine solche Erklärung hat die Beklagte erst im Schriftsatz vom 3.1.55 abgegeben. Bis dahin galt ihre Erklärung, daß sie die Tatsachen, die eine fristlose Entlassung des Klägers rechtfertigen sollten, einstweilen nicht geltend machen wolle. Tatsächlich ist sie darauf auch in der Berufungsbegründung nicht zurückgekommen, obwohl sie aus dem ihr ungünstigen landgerichtlichen Urteil klar erkennen konnte, daß es auf diese Umstände ankomme.

b) Die Frage, ob ein Vorbringen in erster Instanz aus grober Nachlässigkeit unterlassen wurde, hat das Berufungsgericht nach freier Überzeugung zu entscheiden. Die Beurteilung der Schuldfrage kann darum in der Revisionsinstanz nur in der Richtung nachgeprüft werden, ob das Berufungsgericht von einem unrichtigen Begriff der groben Nachlässigkeit ausgegangen ist (RGZ 118, 319/20; Stein-Jonas-Schönke § 529 IV 6 m w Nachw). Davon kann hier keine Rede sein.

c) Die Zurückweisung erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist bekanntgewordener Tatsachen ist zulässig, falls sich das Unterlassen rechtzeitiger Nachforschungen als Mangel zumutbarer Sorgfalt darstellt (Jonas DR 1942, 1000). Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Beklagte ihre Sorgfaltspflicht verletzt hat. Es geht davon aus, daß die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag schon zur Zeit der Klageerhebung eine Reihe von Tatsachen gekannt und es in der Berufungsbegründung unterlassen hat, wenigstens diese Tatsachen anzuführen und auf sie ihren Klageabweisungsantrag zu stützen. Das Berufungsurteil meint, das sei das mindeste gewesen, was von der Beklagten habe verlangt werden können. Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es habe berücksichtigen müssen, daß Nachforschungen und Rückfragen bei Betriebsangehörigen den Prozeß weiter verschärft hätten und daß dies angesichts der vom Berufungsgericht unternommenen Vergleichsbemühungen untunlich gewesen sei. Sie übersieht hierbei jedoch, daß das Berufungsgericht der Beklagten gar nicht zum Vorwurf gemacht hat, Nachforschungen unterlassen zu haben, sondern vielmehr, die ihr bereits bekannten Tatsachen nicht wenigstens in der Berufungsbegründung gebracht zu haben. Da der Vergleichsversuch des Berufungsgerichts erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist einsetzte, kann er überdies nicht entschuldigen, daß die Beklagte den Klageabweisungsantrag nicht schon ⁱⁿ ihrer Berufungsbegründung auf die ihr bis dahin bekanntgewordenen Umstände, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen sollen, stützte.

2.) In der Sache selbst geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß § 27 Abs 1 Satz 2 UmstG für die Kündigung von Vorstandsmitgliedern nicht gilt, weil diese Bestimmung nur die Arbeitsverhältnisse der abhängigen

Arbeitnehmer betrifft (Harmening-Duden UmstG § 27 Anm 1) und hierzu das Anstellungsverhältnis des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nicht gehört (BGHZ 10, 191; 12, 8). Das Berufungsgericht meint weiter: Hierauf könne sich die Beklagte aber nicht berufen, da sie dem Kläger ernstlich gekündigt und der Kläger die Kündigung mit Wissen und Willen der Beklagten als wirksam angesehen und demgemäß gehandelt habe. Die Beklagte habe sich aus der vertraglichen Bindung zum Kläger mit Rücksicht auf die Währungsumstellung auf alle Fälle lösen wollen. Sie habe die Möglichkeit einer Fortgeltung des Vertrages vom 1. Oktober 1939 überhaupt nicht in Betracht gezogen und nur von einem neuen Anstellungsvertrag gesprochen. Der Kläger habe seine Stellung nur dann behalten sollen, falls er sich mit einem gegenüber seinem bisherigen Dienstvertrage ungünstigeren Dienstvertrage einverstanden erklärte. Bei dieser Sachlage könne von einer bloß formalen Kündigung keine Rede sein. Die Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, wenn sie die von ihr ausgesprochene Kündigung nunmehr als unwirksam angesehen haben und auf diese Weise erreichen wolle, daß der Dienstvertrag als vom Kläger gelöst zu beurteilen sei und sie deshalb nicht die vertragliche Pension zu zahlen brauche.

Die Revision will demgegenüber wahr haben, daß es sich um eine bloße Änderungskündigung und nicht um eine Auflösungskündigung gehandelt habe und daß der Kläger die Kündigung auch als Änderungskündigung aufgefaßt habe. Auch wenn die Kündigung als eine reine Änderungskündigung gemeint war, ist das Berufungsurteil richtig. Eine Änderungskündigung stellt den Gekündigten vor die Wahl, ob er die Lösung des Dienstverhältnisses hinnehmen oder sich mit der Änderung der Bedingungen des Dienstvertrages einverstanden erklären will (Nipperdey in Staudinger Bem 55 vor

§ 620). Es kann nicht zweifelhaft sein, daß sich der Kläger mit der ihm vorgeschlagenen Verschlechterung seiner Vertragsbedingungen nicht einverstanden erklärt hat. Aus der Tatsache, daß das Dienstverhältnis über den 30. September 1948 fortgesetzt worden ist, kann nicht abgeleitet werden, daß die Kündigung im Einverständnis mit dem Kläger bereits zurückgenommen war. Die Kündigung hätte ihren Sinn verloren, wenn das grundsätzliche Einverständnis des Klägers mit der ihm angebotenen Fortsetzung des Dienstverhältnisses die Rücknahme der Kündigung bedeuten sollte. Bevor die Beklagte nicht die von ihr gewünschte Verschlechterung der Vertragsbedingungen erreicht hatte, blieb die Beendigung des Dienstverhältnisses in der Schwebe. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Beklagte nicht erneut zu kündigen brauchte, wenn sich der Kläger nicht mit den von ihr gewünschten Bedingungen einverstanden erklärte und die Beklagte das Dienstverhältnis als beendet betrachten wollte. Ebenso sicher ist auch, daß der Kläger durch sein grundsätzliches Einverständnis mit einer Vertragsänderung und der vorläufigen Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht das Recht aufgab, ihm nicht genehme Bedingungen abzulehnen und seine Dienstleistungen einzustellen, wenn er sich nach dem Verhalten der Beklagten nicht den Abschluß eines Vertrages zu ihm genehmen Bedingungen versprach. Die Beklagte hat entgegen dem Inhalt ihres Kündigungsschreibens mit dem Kläger nicht innerhalb der Kündigungsfrist über die beabsichtigte Vertragsänderung verhandelt. Sie hat ihm zunächst auch keine Änderungsvorschläge unterbreitet und erst nahezu einen Monat nach dem 30. September 1948, zu dem sie das Vertragsverhältnis gekündigt hatte, einen Vertragsentwurf vorgelegt. Dieser Vertragsentwurf verschlechterte die Stellung des Klägers ganz wesentlich. Unter diesen Umständen war dem

Kläger nicht zumutbar, sich nach diesem Vertragsentwurf noch auf weitere Verhandlungen einzulassen. Das Ausscheiden des Klägers aus den Diensten der Beklagten beruhte auf der von dieser ausgesprochenen Kündigung, so daß der Kläger das ihm vertraglich zugesagte Pensionsrecht erwarb.

3.) Auch die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe die Kostenentscheidung des landgerichtlichen Schlußurteils abändern müssen, ist unbegründet.

Das Landgericht hat in dem zur Klage erlassenen Teilurteil nicht über die Kosten entschieden. Das Schlußurteil verhält sich über die Widerklage und die ganzen Kosten des ersten Rechtszuges. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß die erst im Schlußurteil ergangene Kostenentscheidung von der Partei, die das Teilurteil angegriffen hat, selbständig mit der Berufung oder Revision angegriffen werden kann, wenn über das gegen das Teilurteil gerichtete Rechtsmittel noch nicht entschieden ist (RG JW 1936, 2544 m w Nachw; RGZ 163, 253). Dem hat sich der Senat in seinem Urteil vom 28. November 1955 - II ZR 19/55 - (BGHZ 19, 173) angeschlossen. Diese Rechtsprechung beruht darauf, daß die erst im Schlußurteil enthaltene Kostenentscheidung ihrem sachlichen Inhalt nach das ohne Kostenentscheidung ergangene Teilurteil ergänzt. Ist aber die Kostenentscheidung des Schlußurteils selbständig mit der Berufung oder Revision angreifbar, so wird sie rechtskräftig, wenn von diesen Rechtsmitteln kein Gebrauch gemacht wird. Sie muß daher angefochten werden, wenn sie nicht rechtskräftig werden soll (RG JW 1936, 2544). Das Reichsgericht hat allerdings in seinem Urteil vom 5.11.07 - III 135/07 - (Warn I (1908) Nr 94 S 65) den Standpunkt vertreten, daß das gegen ein ohne Kostenentscheidung ergangenes Teilur-

teil angebrachte Rechtsmittel die Kostenentscheidung des Schlußurteils miterfasse, weil die Kostenentscheidung des Schlußurteils mit der Sachentscheidung des Teilurteils ein einheitliches Ganzes bilde, und daß es eines beonderen Rechtsmittels gegen die Entscheidung des Schlußurteils im Kostenpunkt gar nicht bedürfe, weil das Gericht gemäß §§ 308 Abs 2, 557 ZPO auch ohne Antrag über die Prozeßkosten zu entscheiden habe (ebenso RAG 23, 289). Diese Entscheidung berief sich aber auf Erkenntnisse, in denen die Revision nicht nur gegen das Teilurteil, sondern auch gegen das Schlußurteil eingelegt war, und die Stellungnahme dieser Erkenntnisse, daß die Kostenentscheidung im Schlußurteil als eine Vervollständigung des Teilurteils gelte, diene der Rechtfertigung der Annahme, daß, wenn ein Teilurteil ohne Kostenentscheidung ergangen ist, entgegen § 99 Abs 1 ZPO Revision gegen die Kostenentscheidung des Schlußurteils angebracht werden könne, ohne daß das Rechtsmittel das Erreichen der Erwachsenheitssumme erfordert. Das Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung des Schlußurteils ergänzt das bereits gegen das Teilurteil angebrachte Rechtsmittel. Deshalb hat das Reichsgericht schon in einem Urteil vom 29.10.1910 - V 13/1910 - (Gruch 55, 654 [6637]) ausdrücklich verlangt, daß die Kostenentscheidung des Schlußurteils mit der Berufung oder Revision angefochten werden muß, falls sie nicht rechtskräftig werden soll. Diese Rechtsprechung ist fortgesetzt (vgl JW 1936, 2544 m w Nachw; JW 1937, 2776) und auch in der Literatur gebilligt worden (Stein-Jonas-Schönke ZPO § 99 VI 1; Rosenberg, Lehrb des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 79 V 1). Die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts (RAG 23, 289), daß die Rechtskraft des Schlußurteils eine Abänderung der darin enthaltenen Kostenentscheidung nicht hindere, weil sie unter dem selbstverständlichen Vorbehalt ergangen sei, daß das Teilurteil bei Bestand bleibe, kann nicht gebilligt

werden. Die Kostenentscheidung des Schlußurteils kann, ohne daß sie selbständig angegriffen ist, nur dann abgeändert werden, wenn sie bei Entscheidung über das gegen das Teilurteil gerichtete Rechtsmittel noch nicht rechtskräftig ist. So liegt der Fall hier nicht. Die am 18. Mai 1953 gegen das Teilurteil eingelegte Berufung erstreckte sich auf die Kostenentscheidung des Schlußurteils nicht, da dieses Urteil erst am 16. Dezember 1953 erlassen wurde. Daran vermag auch nichts zu ändern, daß die Beklagte das Rechtsmittel gegen das Teilurteil mit dem Antrag versah, dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Da das Schlußurteil am 21. Dezember 1953 zugestellt worden ist, war die darin enthaltene Kostenentscheidung schon bei Eingang der Berufungsbegründung (13. Februar 1954) rechtskräftig. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob in ihr eine selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung des Schlußurteils gefunden werden könnte. Das Berufungsgericht durfte daher über die im landgerichtlichen Schlußurteil vorgenommene Kostenverteilung nicht mehr entscheiden. Die von der Revision gerügte Verletzung des § 551 Ziff 7 ZPO liegt nicht vor.

4.) Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Winkelmann Dr. Haager