

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

2368 023

Gesetz: ZPO §§ 260, 300 ff.

Rechtssatz: Ist eine Klage in zulässiger Weise in Form der Eventualhäufung dahin erhoben, dass die Leistung gleichwertiger Ersatzgeräte und für den Fall, dass diese Leistung dem Beklagten nicht zumutbar sei, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme verlangt wird, so hat das Gericht in jedem Fall zunächst über den ersten Antrag und nur für den Fall, dass dieser unbegründet ist, über den zweiten Antrag zu entscheiden. Die Entscheidung ist in beiden Fällen stets ohne Zufügung einer Bedingung zu treffen.

Aktenzeichen: II ZR 211/51

Urt. des OGH. v. 30. Mai 1952 OLG. München

II ZR 211/51

Verkündet am 30. Mai 1952
Firth, 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 Adam B [REDACTED], Bauunternehmung, Inh.
Adam E [REDACTED], I [REDACTED], A [REDACTED]strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..

g e g e n

die Firma Albert S [REDACTED], Baugeräte, Drumaschinen,
Feldbahnen, I [REDACTED], G [REDACTED]strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1952 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 26. April 1951 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte mietete durch schriftlichen Vertrag vom 3. November 1943 nach den Bedingungen des Einheitsmietvertrages für Baugeräte (Deutscher Reichsanzeiger 1940 Nr 132) von der Klägerin 2 Diesellokomotiven, 15 Muldenkippwagen und etwa 1050 lfdm Feldbahngleis mit verschiedenen Schwellen. Die Beklagte setzte diese Geräte zur Ausführung eines Bauauftrages der OT auf ihrer Baustelle in Polen ein, wo sie beim Vormarsch der russischen Truppen im Sommer 1944 verloren gegangen sind. Ein Ersatz für den entstandenen Verlust ist weder vom Deutschen Reich noch von der OT geleistet worden.

Die Klägerin verlangt nach § 11 EMV von der Beklagten Ersatz für den eingetretenen Verlust der Mietgeräte und hat beantragt, die Beklagte zur Leistung gleichwertigen Ersatzes, frachtfrei auf den Lagerplatz der Klägerin und für den Fall, dass der Beklagten eine Ersatzleistung in Natur nicht zugemutet werden könne, zur Zahlung von DM 13.132,73 und von DM 199,36 zu verurteilen. Dabei hat die Klägerin zu ihrem hilfsweise geltend gemachten Zahlungsanspruch ausgeführt, dass die Beklagte den Betrag von DM 13.132,73 als Barentschädigung und den Betrag von DM 199,36 unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes für Frachtkosten schulde, weil Frachtkosten in dieser Höhe für die Klägerin beim Ankauf neuer Geräte für den Versand ab Lieferwerk entstehen würden.

Die Beklagte hat eingewandt, dass die Voraussetzungen ihrer Haftung aus § 11 EMV aus rechtlichen Gründen nicht gegeben seien und hat gegenüber dem Antrag auf Leistung gleichwertigen Ersatzes des weiteren geltend gemacht, dass



ihr eine solche Leistung angesichts ihrer eigenen hohen Kriegsvorluste nicht zuzumuten sei und dass über die Frage der Zumutbarkeit zudem der in § 11 Abs 2 genannte Schiedsgutachterausschuss allein zu entscheiden habe. Das Landgericht hat die Beklagte zur Leistung gleichwertigen Ersatzes und für den Fall, dass ihr diese Leistung nicht zuzumuten sei, zur Zahlung von insgesamt DM 13.332,09 verurteilt. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Der Auffassung der Revision, dass die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten nach § 11 EMV aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht gegeben seien, dass daher der geltend gemachte Klaganspruch weder in der einen noch in der anderen Form begründet sei, kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht legt mit zutreffenden Gründen dar, dass die vermieteten Baugeräte i.S. des § 11 EMV untergegangen seien und dass gegenüber dem Klaganspruch auch nicht das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten aus § 21 Abs 4 UmstG durchgreifen könne. Auch ist dem Berufungsgericht im Ergebnis dahin beizutreten, dass sich die Beklagte gegenüber dem Klaganspruch nicht auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen könne (BGHZ 2, 176 /1887). Schliesslich ist entgegen der Revision der Anspruch der Klägerin aus § 11 EMV auch nicht dadurch berührt worden, dass die Beklagte den Befehl erhalten haben soll, ihre Baustelle in Polen bis zum letzten Augenblick im vollen Betrieb zu halten. Der erkennende Senat hat bereits in seinem Urteil vom 26. März 1952 - II ZR 152/51 - dargelegt,

dass die Haftung des Mieters aus § 11 MIV nur dann in Fortfall kommen kann; wenn dem Mieter durch eine behördliche Anordnung die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Mietgeräte ganz allgemein entzogen worden ist und wenn er sich daraufhin insoweit in der gleichen Lage wie der Vermieter befindet (vgl. dazu EGHZ 2, 192), dass aber die Haftung des Mieters bestehen bleibt, wenn bei einer behördlichen Anordnung gegenüber dem Mieter das Gerät allein im Machtbereich und in der Einwirkungssphäre des Mieters verbleibt. So liegt der Sachverhalt nach dem Vortrag der Beklagten hier, so dass diesen Behauptungen der Beklagten aus Rechtsgründen keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann.

II. Die Revision wendet sich dagegen, dass das Berufungsgericht die Bedeutung der Einrede des Schiedsgutachtervertrages verkannt habe. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Zumutbarkeit der Ersatzlieferung sei nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Ersatzlieferung, sei nicht haltbar. Es hätte daher das Berufungsgericht eine Endentscheidung nicht treffen dürfen, ehe nicht eine abschliessende Stellungnahme des in § 11 Abs 2 MIV vorgesehenen Schiedsgutachterausschusses über die Frage der Zumutbarkeit vorgelegen habe. Die Folgen der unzutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts trüben ganz offensichtlich durch den unhaltbaren Inhalt des ergangenen Urteils zutage, das einmal eine bedingungslose Verurteilung der Beklagten zur Ersatzlieferung in Natur und sodann eine weitere bedingte Verurteilung zur Geldzahlung enthalte. Dieser Angriff der Revision ist begründet; das Berufungsurteil kann aus prozessualen Gründen nicht aufrecht erhalten werden.

Soweit das Berufungsgericht darlegt, dass in prozessualer Hinsicht gegen die Anträge der Klägerin keine Bedenken bestehen.

kann dem Berufungsgericht im Ergebnis gefolgt werden. Die beiden von der Klägerin gestellten Anträge, nämlich auf Leistung gleichwertigen Ersatzes und auf Zahlung einer bezifferten Goldsumme, sind dahin zu verstehen, dass der erste Antrag unbedingt gestellt ist und dass der zweite Antrag nur für den Fall, dass der erste Antrag unbegründet sei, der Entscheidung des Gerichts unterbreitet ist. Die beiden Anträge stehen damit in Verhältnis der Eventualhäufung, die trotz des Verbots einer bedingten Klageerhebung allgemein zugelassen ist (RGZ 144, 73; 157, 378), da hier wenigstens der eine Antrag unbedingt gestellt ist und durch die dem zweiten Antrag beigefügte Bedingung die Entscheidung über diesen Antrag von einem innerprozessualen Vorgang, nämlich der Erfolglosigkeit des ersten Antrages, abhängig gemacht ist.

Dagegen bestehen entscheidende prozessuale Bedenken gegen die Zulässigkeit des ergangenen Urteils. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist diesem Urteil seinem Inhalt nach in unzulässiger Weise eine Bedingung beigefügt. Das Urteil enthält in erster Linie eine Verurteilung der Beklagten zur Lieferung gleichwertiger Baugeräte. Dieser Verurteilung ist eine auflösende Bedingung beigefügt, indem dieser Teil des Urteils in Fortfall kommen soll, wenn der Beklagten Lieferung gleichwertigen Ersatzes in Natur nicht zuzumuten ist. Denn nur in diesem Sinn kann das Urteil des Landgerichts verstanden werden, nach dem für den Fall, dass der Beklagten die Leistung gleichwertigen Ersatzes in Natur nicht zuzumuten sei, die Verurteilung der Beklagten zu einer Goldzahlung treten solle. Ein solches Urteil ist mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung prozessual unzulässig, weil sie die für ein Urteil notwendige Bestimmtheit vermissen lässt. Hinzu kommt, dass ein solches Urteil auch

nicht die gestellten Anträge der Klägerin im vollen Umfang bescheidet. Wie bereits hervorgehoben, ist der Antrag der Klägerin auf Verurteilung der Beklagten zur Leistung gleichwertigen Ersatzes unbedingt gestellt. Über diesen Antrag war daher auch unbedingt zu entscheiden, wobei das Berufungsgericht zu einer sachlichen Beurteilung des zweiten Antrages nur dann berechtigt und verpflichtet war, wenn es den ersten Antrag für unbegründet erachtete.

Für diese prozessuale Beurteilung ist es ohne Belang, dass im vorliegenden Fall dem Berufungsgericht die Befugnis zu einer selbständigen Entscheidung der Zumutbarkeitsfrage deshalb entzogen ist, weil die Parteien insoweit eine Schiedsgutachtervereinbarung geschlossen haben und diese Frage daher durch ein Schiedsgutachten zu beantworten ist. Eine solche Vereinbarung, die vor der Erstattung des Schiedsgutachtens eine endgültige Sachentscheidung über den gestellten Klageantrag ausschliesst, ändert nichts an der Aufgabe des Gerichts, über den ersten Antrag eine abschliessende Entscheidung zu treffen und zu dem zweiten Antrag erst für den Fall der Erfolglosigkeit des ersten Antrages, dann aber auch unbedingt Stellung zu nehmen.

Die prozessual unhaltbaren Folgerungen, die sich aus dem Inhalt des angefochtenen Urteils ergeben, zeigen sich deutlich in der Zwangsvollstreckung. Einmal ist nicht erkennbar, wie bei einem solchen Urteil zu verfahren ist; wenn die Klägerin ihre notwendige Mitwirkung bei der Bestellung des vorgesehenen Schiedsgutachterausschusses versagt, oder wenn sie der bevorstehenden Entscheidung des Schiedsgutachterausschusses durch eine Zwangsvollstreckung zuvorkommt. Des weiteren wird beiden Parteien durch ein Urteil der vorliegenden Art die ihnen unabdingbar einge-

räumte Befugnis abgeschnitten, bei einer offenbaren Unbilligkeit des erstatteten Schiedsgutachtens die Entscheidung des ordentlichen Gerichts im Prozessweg herbeizuführen (§ 319 Abs 2 ZGB). Schliesslich ist aus dem Tenor des landgerichtlichen Urteils nicht einmal ersichtlich, wer überhaupt die Prüfung und die Beantwortung der Zumutbarkeitsfrage vorzunehmen hat und auf welchem Wege die Beklagte gegenüber dem vollstreckenden Gerichtsvollzieher diesen Nachweis führen kann. Der Hinweis des Berufungsgerichts auf § 767 ZPO geht schon deshalb fehl, weil nach dem Inhalt des landgerichtlichen Urteils die Verurteilung der Beklagten zur Leistung gleichwertigen Ersatzes durch die Beifügung einer auflösenden Bedingung schon von selbst bei einer Verneinung der Zumutbarkeit in Wegfall kommt und damit insoweit schon von selbst nicht mehr als Grundlage für eine Vollstreckung in Detrecht kormen könnte.

Schliesslich steht dem Urteil auch in materiellrechtlicher Hinsicht noch das Bedenken entgegen, dass der Anspruch der Klägerin auf Leistung gleichwertigen Ersatzes gemäss § 11 ZIV überhaupt nur dann bejaht werden kann, wenn der Beklagten eine solche Leistung zuzumuten ist. Es kann daher auch ohne Beantwortung der Zumutbarkeitsfrage gar nicht - und zwar auch nicht vorläufig - entschieden werden, dass der Klägerin ein solcher Anspruch zusteht. Die Zumutbarkeit ist eine Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs. Die abweichende Auffassung des Berufungsgerichts würde bedeuten, dass der Anspruch auf Ersatzlieferung in Natur von vornherein zur Entstehung gelangt ist und dem Schiedsgutachterausschuss die Befugnis zu einer rechtsgestaltenden Änderung des Ersatzanspruchs übertragen ist. Das ist jedoch nicht richtig. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 23. Mai 1951 - II ZR

126/50 - dargelegt, dass der Anspruch des Vermieters auf gleichwertigen Ersatz (Naturalanspruch) nur gegeben ist, wenn dem Mieter eine Ersatzleistung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange zuzumuten ist, während der Anspruch auf eine Barentschädigung dem Vermieter ohne Rücksicht auf die Zumutbarkeit zusteht (BGHZ 2, 192 /1977).

Die Klägerin ist daher nicht in der Lage, vor einer Entscheidung des Schiedsgutachterausschusses über die Frage der Zumutbarkeit ihren Anspruch auf Leistung gleichwertigen Ersatzes geltend zu machen. Wenn in dem Schrifttum für einen solchen Fall die Abweisung der Klage als verfrüht für möglich erachtet wird (Stein-Jonas-Schönke ZPO Vorbem II 3 a vor §§ 1025 ff), so wird im allgemeinen eine dahingehende Entscheidung erst dann in Betracht kommen können, wenn die Klägerin trotz eines Hinweises auf die Notwendigkeit einer Herbeiführung eines solchen Gutachtens nichts in dieser Richtung unternimmt und trotzdem auf eine sofortige Entscheidung über den geltendgemachten Klagsanspruch besteht. Es ist daher auch im vorliegenden Fall nicht angebracht, schon jetzt eine endgültige Entscheidung über den Klagsanspruch durch Abweisung der Klage als verfrüht zu fällen, ohne dass der Klägerin die Möglichkeit für die Herbeiführung eines Schiedsgutachtens noch ausdrücklich gewährt wird. Es ist daher das Berufungsurteil aus den angegebenen Gründen aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuweisen, damit die Klägerin auch die Möglichkeit für eine Anrufung des Schiedsgutachterausschusses erhält. Bei der erneuten Verhandlung wird sodann das Berufungsgericht in rechtlicher Hinsicht auch die weiteren Grundsätze zu beachten haben, die der erkennende Senat inzwischen in seiner Rechtsprechung zu § 11 ELV aufgestellt hat (BGHZ 2, 176; 192).

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht zu übertragen, da eine abschliessende Entscheidung noch nicht möglich ist.

Dr. Center Dr. Drost Dr. Fischer Dr. Maidinger Dr. Kuhn