

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. Mai 1998 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom beklagten Rechtsanwalt Schadensersatz wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages.

1992 stellte die Klägerin den Betrieb einer Pizzeria in gemieteten Räumen ein. 1993 führte die Klägerin gegen den Vermieter ein einstweiliges Verfügungsverfahren, in dem sie vom Beklagten vertreten wurde. In diesem Verfahren wurde am 18. März 1993 ein Vergleich geschlossen, in dem es u.a. heißt:

1. Die Antragstellerin verpflichtet sich, die im Haus ... zum Zwecke einer Pizzeria gemieteten Räumlichkeiten einschließlich eines Nebenraums und eines Kellerraums spätestens bis zum 15.5.1993 geräumt an den Antragsgegner herauszugeben.
2. Der Antragsgegner verpflichtet sich, mit einem von der Antragstellerin zu stellenden Nachmieter zu den gleichen Bedingungen wie der bei den

Gerichtsakten befindliche Mietvertrag für gewerbliche Räume mit dem vorhergehenden Nachmietinteressenten M. abzuschließen ...

Wird ein Nachmieter bis zum 15.5.1993 nicht gestellt, ist die Antragstellerin zur Räumung unverzüglich verpflichtet.

3. Der Antragsgegner verpflichtet sich, der Antragstellerin einen Schlüssel für das Ladenlokal zur Verfügung zu stellen.

4. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, daß ab dem heutigen Tag eine Nutzungsentschädigung bzw. Miete geschuldet wird in Höhe der bisherigen Miete.

Die von der Klägerin beabsichtigte Veräußerung des Inventars an einen Nachmieter mißlang.

Das Landgericht hat die Schadensersatzklage abgewiesen. Die rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung hat das Oberlandesgericht als unzulässig verworfen; zu Beginn der Berufungsverhandlung hatte der Beklagte Klageänderungen gerügt. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Berufungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die gemäß § 547 ZPO zulässige Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zu Recht die Berufung insoweit für unzulässig gehalten, als die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten im Berufungsverfahren auf eine andere Grundlage gestützt hat als im ersten Rechtszuge.

1. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Berufung sei unzulässig, weil die Klägerin mit dem im Berufungsverfahren in erster Linie verfolgten Anspruch nicht die Beschwer angreife, die durch das Urteil des Landgerichts begründet worden sei. Dieser Anspruch sei nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens gewesen. Dort habe die Klägerin ihre Klage allein darauf gestützt, daß der Beklagte den Vergleich vom 18. März 1993 geschlossen habe, ohne darin eine Verpflichtung des Vermieters zur Öffnung des Rollltores aufzunehmen, und in der Folgezeit abredewidrig nichts getan habe, um ihr - notfalls durch weitere Inanspruchnahme der Gerichte - den Zugang zum Geschäftslokal zu verschaffen. Im Berufungsverfahren habe die Klägerin dagegen ihren Schadensersatzanspruch vorrangig damit begründet, daß der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen habe, dem Vermieter den Mietinteressenten B., der ihr Inventar habe kaufen wollen, rechtzeitig vor dem 15. Mai 1993 zu benennen. Damit habe die Klägerin im Wege der Klageänderung einen völlig neuen Streitgegenstand in den Prozeß eingeführt.

2. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Berufung nur dann zulässig ist, wenn der Berufungskläger die Beschwer infolge



des erstinstanzlichen Urteils beseitigen will. Eine Berufung ist unzulässig, wenn sie den im ersten Rechtszug erhobenen Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiterverfolgt, also eine erstinstanzliche Klageabweisung gar nicht in Zweifel zieht, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen, bisher nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Die Änderung der Klage im Berufungsverfahren (§§ 263, 523 ZPO) kann nicht allein das Ziel des Rechtsmittels sein, sondern setzt dessen Zulässigkeit voraus (BGH, Urt. v. 12. Juli 1994 - VI ZB 43/93, NJW-RR 1994, 1404; Beschl. v. 9. November 1995 - IX ZB 65/95, NJW 1996, 320; Urt. v. 14. Februar 1996 - VIII ZR 68/95, NJW-RR 1996, 765; v. 13. Juni 1996 - III ZR 40/96, NJW-RR 1996, 1276; v. 18. Juni 1996 - VI ZR 325/95, NJW-RR 1996, 1210, 1211; v. 13. November 1997 - VII ZR 100/97, WM 1998, 1141). Die gegenteilige Ansicht im Schrifttum (Grunsky, in: Stein/Jonas, ZPO 21. Aufl. Einl. vor § 511 Rdnr. 72 f; Altmeppen ZIP 1992, 449, 454, 459 und ZIP 1993, 65, 66 f; Oellers EwIR 1992, 407, jeweils m.w.N.) gibt keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung. Prozeßwirtschaftliche Gründe haben kein solches Gewicht, als daß sie es rechtfertigen könnten, das grundlegende Erfordernis aller Rechtsmittel aufzugeben, wonach der Angriff des Rechtsmittelführers auf die Beseitigung der im vorinstanzlichen Urteil enthaltenen Beschwer gerichtet sein muß (BGH, Urt. v. 13. Juni 1996, aaO).

b) Das Berufungsgericht hat die Berufungsbegründung dahin ausgelegt, daß die Klägerin ihr Berufungsbegehren in erster Linie auf einen neuen Streitgegenstand gestützt hat. Der Senat teilt diese Wertung der Prozeßerklärung, die er selbst auslegen darf (BGH, Urt. v. 18. Juni 1996, aaO).

Nach der prozeßrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, der sich der Bundesgerichtshof (BGHZ 117, 1, 5 f; BGH, Urt. v. 13. Juni 1996, aaO; v. 11. Juli 1996 - III ZR 133/95, NJW 1996, 3151, 3152) angeschlossen hat, wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht; Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der eigenständige prozessuale Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger geltend gemachte Rechtsfolge konkretisiert, und durch den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Der Vortrag neuer Tatsachen, die eine andere Norm des materiellen Rechts erfüllen, verschafft dem neuen Verfahren nicht notwendig einen anderen Streitgegenstand. Zum Klagegrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen Betrachtungsweise aus der Sicht der Parteien zu dem Sachverhalt gehören, den der Kläger mit seinem Vortrag zur Begründung seines Begehrens der gerichtlichen Entscheidung unterbreitet.

aa) Im ersten Rechtszug hat die Klägerin ihrem Klageanspruch auf Zahlung von 60.000 DM nebst Zinsen folgendes Vorbringen zugrunde gelegt: Der Beklagte habe nicht dafür gesorgt, daß sich der Vermieter im Vergleich zur Öffnung des Rollltores des Geschäftslokals verpflichtet habe; außerdem habe der Beklagte nach Abschluß des Vergleichs ihr - der Klägerin - abredewidrig nicht den Zugang zum Geschäftslokal ermöglicht. Deswegen habe sie Nachmietinteressenten nicht die Geschäftsräume zeigen können; infolgedessen seien ihr eine Nachvermietung und eine damit verbundene Veräußerung des Inventars und des Geschäftswertes nicht möglich gewesen. Dadurch sei ihr ein Schaden von 60.000 DM entstanden. Die Nachmietinteressenten B. und S. seien bereit gewesen, diesen Betrag als "Abstandssumme" bzw. als "Kaufpreis"

zu zahlen. Davon hätten diese jedoch abgesehen, weil die Besichtigung der Geschäftsräume nicht möglich gewesen sei.

Danach hat die Klägerin zunächst einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht, weil ihr der Beklagte unter Verletzung einer Mandatspflicht nicht den Zugang zum Geschäftslokal verschafft habe, so daß es ihr unmöglich gewesen sei, Nachmietinteressenten die Geschäftsräume zu zeigen und bei einer Nachvermietung für das Inventar und den Wert ihres aufgegebenen Geschäfts 60.000 DM zu erhalten.

bb) In ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin den weiterverfolgten erstinstanzlichen Zahlungsanspruch auf folgenden Vortrag gestützt: Der Beklagte habe dem Vermieter den Nachmietinteressenten B. nicht - gemäß Nr. 2 des Vergleichs - vor dem 15. Mai 1993 benannt. Dieser hätte für die Einrichtung und den Wert des Geschäfts 60.000 DM an sie - die Klägerin - gezahlt, wenn der Vermieter mit ihm einen Mietvertrag zu den Bedingungen geschlossen hätte, die dem früheren Mietinteressenten M. eingeräumt worden seien. B. hätte bei Abschluß eines solchen Mietvertrages 60.000 DM an sie - die Klägerin - gezahlt, ohne sich zuvor die Geschäftsräume anzusehen; diese und die Einrichtungsgegenstände seien ihm bekannt gewesen. Das habe sie - die Klägerin - dem Beklagten wenige Tage nach dem Vergleich mitgeteilt mit der Bitte, diesen Mietinteressenten dem Vermieter zu benennen und diesen aufzufordern, einen Mietvertrag mit B. spätestens bis zum 15. Mai 1993 abzuschließen. Der Beklagte habe erklärt, er werde sich um alles kümmern. Dies habe der Beklagte jedoch unterlassen.

Danach hat die Klägerin insoweit ihr Begehren im Berufungsverfahren - anders als im ersten Rechtszug - auf eine andere Pflichtverletzung des Beklagten gegründet, die nicht mehr den fehlenden Zugang zum Geschäftslokal, sondern die unterbliebene Benennung des Mietinteressenten B. betrifft.

cc) Mit ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin zwar den erstinstanzlichen Klageantrag weiterverfolgt und damit Ersatz desselben Schadens begehrt, der nach ihrer Behauptung in der entgangenen Vergütung für die Einrichtung und den Wert des aufgegebenen Geschäfts besteht. Dennoch hat die Klägerin mit ihrem hauptsächlichen Berufungsvorbringen den Klagegrund geändert (vgl. §§ 263, 264 Nr. 1, 523 ZPO).

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs geltend gemacht, der Beklagte habe eine Mandatspflicht verletzt, ihr durch eine entsprechende Gestaltung des Vergleichs vom 18. März 1993 oder nach diesem Vergleich den Zugang zum Geschäftslokal zu verschaffen. Eine entsprechende Vertragspflicht des Beklagten kann nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten bestanden haben aufgrund seines Auftrags, die Interessen der Klägerin im einstweiligen Verfügungsverfahren wahrzunehmen, oder aufgrund eines anschließenden neuen Mandats, der Klägerin den Zugang zu den Geschäftsräumen zu ermöglichen, um diese Nachmietinteressenten zeigen zu können.

In ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin ihren aufrechterhaltenen Schadensersatzanspruch nicht auf diesen im ersten Rechtszug behaupteten Klagegrund gestützt. Vielmehr hat sie ihr Berufungsbegehren damit begründet, der Beklagte habe pflichtwidrig dem Vermieter nicht rechtzeitig den Mietinter-

senten B. benannt. Danach hat dem Klageanspruch ein anderer Lebenssachverhalt als im ersten Rechtszug zugrunde gelegen, nämlich ein - von der Klägerin behaupteter - neuer Auftrag an den Beklagten, den Mietinteressenten dem Vermieter zum Abschluß eines Mietvertrages zu benennen. Ein solcher Auftrag gehörte nicht mehr zur Betreuung der Klägerin im einstweiligen Verfügungsverfahren, das mit dem Vergleich vom 18. März 1993 beendet worden war. Dieser bezieht sich in Nr. 2 auf einen "von der Antragstellerin zu stellenden Nachmieter ... bis zum 15.05.1993"; nach ihrem Vortrag hat die Klägerin den Beklagten damit betraut, ihre entsprechende eigene Vergleichspflicht wahrzunehmen. Ein solcher Auftrag, auf den sich das Schreiben des Beklagten an den Vermieter vom 10. Mai 1993 bezogen haben kann, war auch nicht mehr umfaßt von einem erstinstanzlich behaupteten Mandat, der Klägerin den Zugang zu den Geschäftsräumen zu ermöglichen, um diese den Mietinteressenten zeigen zu können.

II.

Das Berufungsgericht hat zu Recht die Berufung auch insoweit für unzulässig gehalten, als die Klägerin in der Berufungsbegründung ihren Schadensersatzanspruch in Höhe von 7.832 DM hilfsweise darauf gestützt hat, sie hätte diesen Betrag nicht in der Zeit vom 16. Mai 1993 bis 31. Oktober 1993 als Nutzungsentschädigung an den Vermieter zahlen müssen, wenn der Beklagte den Mietinteressenten B. rechtzeitig dem Vermieter benannt und abredgemäß für die Öffnung des Rolltors gesorgt hätte. Auch insoweit hat die Klägerin gemäß der zutreffenden Auslegung des Berufungsgerichts ihr Berufungsbegeh-

ren auf einen geänderten Klagegrund gestützt. Sie hat Ersatz eines anderen Schadens geltend gemacht, der nach ihrem Vorbringen im Zusammenhang mit dem - erstmals im Berufungsverfahren - behaupteten Auftrag an den Beklagten steht, den Mietinteressenten dem Vermieter zu benennen.

III.

1. Die Berufung ist nicht deswegen zulässig, weil die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung "vorsorglich" ihren Klageanspruch auf ihr erstinstanzliches Vorbringen gestützt hat. Dies hat das Berufungsgericht zutreffend dahin ausgelegt, die Klägerin habe damit ihr erstinstanzliches Schadensersatzbegehren hilfsweise weiterverfolgt. Es kann dahinstehen, ob diese Rechtsmittelbegründung - gemäß der Ansicht des Berufungsgerichts - § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nicht entspricht. Der Senat gibt seine Ansicht (Beschl. v. 9. November 1995, aaO) auf, eine Berufung sei zulässig, wenn der Berufungskläger in erster Linie einen neuen Antrag stelle, hilfsweise aber den erstinstanzlichen Antrag weiterverfolge. Es ist nicht folgerichtig, die Zulässigkeit eines neuen Hauptantrags allein aus derjenigen eines Hilfsantrags herzuleiten, der nur für den Fall gestellt wird, daß der Hauptantrag unbegründet ist (BGH, Urt. v. 14. Februar 1996, aaO). Dementsprechend konnte die Klägerin das erstinstanzliche Urteil nicht mit der Berufung in der Weise anfechten, daß sie den weiterverfolgten Klageanspruch in erster Linie auf einen neuen Lebenssachverhalt und hilfsweise auf den erstinstanzlichen Klagegrund gestützt hat.

2. Die Klägerin konnte die Zulässigkeit ihrer Berufung nicht mehr erreichen, soweit sie nach Ablauf der Frist zur Berufungsbegründung (§ 519 ZPO) erklärt hat, sie mache einen geänderten Klagegrund hilfsweise zum aufrechterhaltenen erstinstanzlichen Begehren oder beide Klagegründe nebeneinander

geltend. Auf eine solche Weise kann nicht nachträglich die Beseitigung einer Beschwer durch das erstinstanzliche Urteil zum Gegenstand und Ziel der Berufungsbegründung gemacht werden (vgl. Thomas/Putzo, ZPO 21. Aufl. § 519 Rn. 19).

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter