

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 129, 137

Durch die Stellung der Anträge und anschließendes Verhandeln wird im Zweifel der gesamte, bis zum Termin angefallene Akteninhalt zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

ZPO §§ 263, 264 idF v. 3. Dezember 1976, BGBl I 3281

Zur Klageänderung bei Auswechseln von Haupt- und Hilfsbegründung.

BGH, Urt. v. 29. April 1981 - VIII ZR 157/80 - OLG Schleswig
LG Flensburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 157/80

URTEIL

Verkündet am
29. April 1981
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastronomen Wolfgang S. [REDACTED], B. [REDACTED] Chaussee [REDACTED]
in H. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Marie K. [REDACTED] in O. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1981 durch
die Richter Dr. Hiddemann, Wolf, Dr. Skibbe, Treier
und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird, soweit
zu seinem Nachteil entschieden worden ist,
das Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-
Holsteinischen Oberlandesgerichts vom
2. Mai 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch Vertrag vom 1. November 1973 verpachtete
die Beklagte dem Kläger auf die Dauer von zehn Jahren
ihre Gaststätte in O[REDACTED]. Der Pachtzins betrug
monatlich DM 450,--. Nach § 1 Abs. 1 des schriftlichen
Vertrages wurde das Grundstück zum "Betrieb einer Gast-
wirtschaft und Discothek" verpachtet. In dem Vertrag
ist unter anderem folgendes bestimmt:



"§ 9 (3)

Der Verpächter verpflichtet sich vor bzw. während der Übernahme des Pachtobjekts sowie während der Pachtdauer das Gebäude in einem ordentlichen und verkehrssicheren Zustand zu setzen und zu halten.

§ 10 (1)

Die Pächter dürfen bauliche Veränderungen oder Neueinrichtungen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verpächters ausführen, soweit in diesem Vertrag nicht bereits eine solche Zustimmung vom Verpächter gegeben ist.... Etwaige behördliche Genehmigungen haben die Pächter auf ihre Kosten zu beschaffen. Auflagen von Behörden haben die Pächter auf ihre Kosten zu erfüllen.

(3)

Ersatz von Aufwendungen oder Verwendungen können die Pächter nur dann verlangen, wenn der Verpächter ein eigenes Interesse an solchen Veränderungen hat.

§ 11

Der Verpächter verpflichtet sich, vor Übergabe des Pachtobjekts an die Pächter das Gebäude in einen baulichen Zustand zu versetzen, der den Betrieb einer Gaststätte ermöglicht. Insbesondere sind folgende Arbeiten durchzuführen:

- a) Fußböden in den gewerblichen Räumen bzw. in den Wohnräumen reparieren oder - wo erforderlich - vollständig erneuern.
- b) Sämtliche Fenster reparieren bzw. erneuern.
- c) Treppengeländer reparieren bzw. erneuern.
- d) Sämtliche vorhandenen elektrischen Anlagen überprüfen und falls erforderlich erneuern.

- e) Mauerlöcher schließen bzw. schadhafte Stellen ausbessern.
- f) Schadhafte Stellen am Schornstein und Dach ausbessern oder abdichten.
- g) Heizungsanlage auf Öl umstellen, defekte Heizkörper erneuern und erforderliche Wärmequellen neu anschließen.

§ 12

Pächter übernehmen das Pachtobjekt nach Durchführung der Arbeiten gemäß § 11 wie besichtigt und in dem Zustand in dem es sich dann befindet, unter Ausschluß jeglicher Gewährleistungsansprüche für offene oder heimliche Fehler."

Der Kläger nahm den Betrieb auf. Durch Bescheid vom 30. September 1974 versagte der Landrat des Kreises Nordfriesland die beantragte Betriebserlaubnis und beanstandete Mängel in brandschutztechnischer und bauaufsichtsrechtlicher Hinsicht. Der Kläger schloß daraufhin die Gaststätte und forderte die Beklagte auf, die behördlich festgestellten Mängel zu beheben. Die Beklagte lehnte dies ab, weil sie der Ansicht ist, mit der Durchführung der in § 11 Satz 2 a bis c und e bis g aufgezählten Arbeiten ihrer Verpflichtung genügt zu haben. Sie räumt lediglich ein, die elektrischen Anlagen nicht vollständig erneuert und überprüft zu haben und deswegen dem Kläger 300,-- DM zu schulden. Außerdem meint sie, die Zusatzaufwendungen seien nur erforderlich geworden, weil der Kläger den Charakter der Gaststätte grundlegend verändert habe. Dieser beseitigte daraufhin die Mängel, die unstreitig von der Aufzählung in § 11 Satz 2 a bis c und e bis g nicht erfaßt

waren, selbst. Am 17. September 1975 wurde ihm die Betriebserlaubnis erteilt.

Der Kläger fordert von der Beklagten Ersatz seiner Aufwendungen, die er mit DM 18 932,64 beziffert. Das Landgericht gab nach Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zum Umfang der notwendigen Kosten durch Urteil vom 4. Oktober 1976 der Klage in Höhe von DM 13 490,-- statt, behielt der Beklagten jedoch die Aufrechnung mit den zur Aufrechnung gestellten Ansprüchen auf rückständigen Pachtzins in Höhe von 2 250,-- DM vor.

Die Beklagte legte Berufung ein. Unterdessen verhandelten die Parteien außergerichtlich weiter und trafen unter Beteiligung von Frau Angelika Sm. [REDACTED] im April 1977 folgende - undatierte - Vereinbarung:

"Der zwischen Frau Marie K. [REDACTED], O. [REDACTED], und Herrn W. S. [REDACTED] bestehende Mietvertrag vom 1. 1. '73 wird mit Wirkung vom 31. 3. 1977 geändert.

Frau Marie K. [REDACTED] vermietet und verpachtet ab 1. 4. 1977 bis zum 30. 10. 1983 an Frau Angelika Sm. [REDACTED], zu den Miet- und Pachtbedingungen wie unter § 3 dieses Vertrages ersichtlich. Die Pacht ist an Herrn S. [REDACTED] abzuführen. Die bisherigen rückständigen Mieten können sofort von der Pacht einbehalten werden.

Nach Vertragsende geht sämtliches Inventar kostenfrei an Frau Marie K. [REDACTED] über. (30. 10. 1983) Für einen eventuellen neuen Mieter-Pächter hat Frau Marie K. [REDACTED] zu den Bedingungen dieses Miet-Pachtvertrages zu sorgen."

Die Beklagte und der Kläger als Vermieter und Frau Sm. [REDACTED] als Mieterin schlossen am 4. April 1977 einen Miet- und Pachtvertrag über die Gaststätte ab. Der "Mietzins" wurde in § 3 Abs. 1 des Vertrages auf DM 495,-- festgesetzt. Weiter ist in § 3 Abs. 2 folgendes bestimmt:

"Neben der Miete sind monatlich zu ent-
richten
für Pacht

Monat April und Mai 1977	0,00 DM
Monat Juni und Juli 1977	500,-- DM monatlich
ab August 1977 bis 30. Oktober 1983	1000,-- DM monatlich."

Frau Sm. [REDACTED] gab die Gaststätte alsbald wieder auf und zahlte nur 400,-- DM an die Beklagte.

Der Kläger, der mit Schriftsatz vom 9. August 1977 den Antrag auf Zurückweisung der Berufung angekündigt hatte, erklärte in der Berufungserwiderung vom 14. März 1978, er stütze seinen Zahlungsanspruch hilfsweise auch auf die Vereinbarung vom April 1977 zwischen den Parteien und Frau Sm. [REDACTED], aus der sich nach Abzug der von ihm geschuldeten Pachtzinsbeträge zum Zeitpunkt der Berufungserwiderung eine Restforderung von 4 150,-- DM ergebe.

Im Termin vom 3. April 1978 verhandelten die Parteien ausweislich der Sitzungsniederschrift unter Bezugnahme auf ihre schriftsätzlich angekündigten Anträge, der Kläger mit dem Antrag des Schriftsatzes vom 9. August 1977.

Im nachfolgenden Verhandlungstermin vom 19. Oktober 1979 rügte die Beklagte "den nachgeschobenen Hilfsantrag des Klägers Blatt 280" als Klageänderung.

Im Termin vom 21. März 1980 verhandelte der Kläger unter Wiederholung seines am 3. April 1978 gestellten Antrages und erklärte, er stütze die Klage in erster Linie auf die Nichterfüllung der Vereinbarung vom April 1977 und in zweiter Linie auf das von Anfang an Vorgetragene. Die Beklagte rügte auch insoweit Klageänderung.

Das Berufungsgericht wies unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage mit Ausnahme eines Betrages von DM 300,-- ab. Mit der - zugelassenen - Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat in der Sache nur über die geltend gemachten Aufwendungsersatzansprüche entschieden und die Klage als unzulässig abgewiesen, soweit der Kläger seine Forderung auf die nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils geschlossene Vereinbarung zwischen den Parteien gestützt hat. Es hat gemeint, die vom Kläger mit Schriftsatz vom 14. März 1978 nachgeschobene Hilfsbegründung stelle eine objektive Klagenhäufung (§ 260 ZPO) dar, weil hilfsweise ein zusätzlicher Anspruch geltend gemacht

werde. Hierauf seien die Vorschriften über die Klageänderung entsprechend anzuwenden. Einer solchen habe die Beklagte im Termin vom 19. Oktober 1979 widersprochen. Die Wirkung des § 267 ZPO greife nicht ein, denn es könne nicht festgestellt werden, daß die Beklagte sich im Termin vom 3. April 1978 hierauf rügelos eingelassen habe. In diesem Termin habe der Kläger lediglich auf den Antrag seines Schriftsatzes vom 9. August 1977 Bezug genommen, nicht aber auf den mit Schriftsatz vom 14. März 1978 angekündigten Hilfsantrag.

Soweit der Kläger im Verhandlungstermin vom 21. März 1980 seine Klagebegründung umgestellt habe, so fährt das Berufungsgericht fort, handele es sich um eine echte Klageänderung, in die die Beklagte nicht eingewilligt habe. Diese sei auch nicht gegen ihren Widerspruch als sachdienlich zuzulassen.

II. Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht in allen Punkten stand.

Das Berufungsgericht hätte den auf die Vereinbarung der Parteien vom April 1977 gestützten Vortrag des Klägers sachlich prüfen müssen.

1. a) Zutreffend sieht das Berufungsgericht in der mit Schriftsatz vom 14. März 1978 eingeführten Hilfsbegründung des Klägers keine Klageänderung, sondern eine nachträgliche Klagenhäufung in Eventualstellung (§ 260 ZPO), denn der Kläger machte hilfsweise einen zusätzlichen, auf einen neuen Lebensachverhalt

gestützten Anspruch geltend, ohne seinen prozessualen Antrag auf Zurückweisung der Berufung zu ändern. Eine solche Klagenhäufung ist wie eine Klageänderung zu behandeln (BGH, Urteil vom 29. Januar 1957 - VIII ZR 204/56 = WM 1957, 401 = NJW 1957, 543).

b) In die Klagenhäufung hat die Beklagte eingewilligt, indem sie sich in der Verhandlung vom 3. April 1978 rügelos eingelassen hat (§ 267 ZPO).

Das Berufungsgericht meint, die Parteien hätten in diesem Termin nicht über die nachgeschobene Hilfsbegründung verhandelt, weil der Kläger lediglich auf den Antrag seines Schriftsatzes vom 9. August 1977 Bezug genommen habe, nicht aber auf den Hilfsantrag des Schriftsatzes vom 14. März 1978. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Schriftsatz vom 14. März 1978 enthielt keinen Hilfsantrag, der nach § 160 ZPO der Protokollierung bedurft hätte. Der Antrag des Klägers war nämlich stets derselbe; er begehrte Zurückweisung der gegnerischen Berufung.

Die im Schriftsatz vom 14. März 1978 enthaltene Hilfsbegründung hat der Kläger durch Stellung des Antrags aus dem Schriftsatz vom 9. August 1977 in die mündliche Verhandlung eingeführt. In dem Schriftsatz vom 9. August 1977 hatte er seinen Antrag zur Berufung der Beklagten angekündigt. Die Begründung hierzu enthielt der nachfolgende Schriftsatz vom 14. März 1978, der der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung diente (§ 129 ZPO). Auch sie war Gegenstand der mündlichen Verhandlung, denn in der Antragstellung und in der

36

anschließenden mündlichen Verhandlung zur Sache ist der Vortrag der schriftsätzlichen Begründung enthalten. Die mündliche Verhandlung erstreckt sich nämlich im Zweifel auf den gesamten, bis zum Termin angefallenen Akteninhalt (vgl. Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. § 137 Anm. B II b 1; Stein/Jonas/Pohle, ZPO, 19. Aufl. § 137 Anm. II 4). Es war daher nicht erforderlich, in der Sitzungsniederschrift ausdrücklich zu erwähnen, daß der Kläger auch den Inhalt seines Schriftsatzes vom 14. März 1978 vorge-
tragen hat.

Das Berufungsgericht hätte demnach das im Schriftsatz vom 14. März 1978 enthaltene Vorbringen zumindest als Hilfsbegründung würdigen müssen.

2. Die Revision meint weiter, der Kläger habe im Termin vom 21. März 1980 sein bisheriges Hilfsvorbringen zur Hauptbegründung seines Klageanspruchs erhoben, ohne damit eine Klageänderung vorgenommen zu haben.

Das trifft nicht zu.

In der Auswechslung von Haupt- und Hilfsvortrag hat das Berufungsgericht zu Recht eine Klageänderung gemäß § 263 ZPO gesehen. Der Antrag des Klägers ist zwar äußerlich unverändert, der Sachverhalt, auf den er sein Begehren stützt, ist jedoch von dem zunächst in erster Linie Vorgebrachten verschieden. Insofern liegt mehr als eine Ergänzung der tatsächlichen Ausführungen vor, die nach § 264 Nr. 1 ZPO nicht als Klageänderung aufzufassen wäre. Wenn der Kläger nunmehr "den von der Beklagten eingezogenen Miet- und Pachtzins" verlangt, so fordert er eine andere

Leistung, macht also einen anderen Anspruch geltend und verändert den Streitgegenstand (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 39. Aufl. § 264 Anm. 2 A; Zöllner/Stephan, ZPO, 12. Aufl. § 260 Anm. II 1).

Unschädlich ist lediglich, daß er weiterhin anstelle des von der Beklagten eingezogenen Miet- und Pachtzinses Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Vereinbarung vom April 1977, nach der die Beklagte für einen Pacht- und Mietnachfolger zu sorgen hatte, verlangt, denn der Übergang zur Schadensersatzforderung ist nach § 264 Nr. 3 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen.

3. Die Revision rügt jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht die Klageänderung nicht als sachdienlich zugelassen hat.

Das Revisionsgericht kann die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts nur daraufhin überprüfen, ob der Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen des Ermessens überschritten wurden (BGHZ 16, 317, 322; BGH Urteile vom 8. März 1972 - VIII ZR 34/71 = WM 1972, 784, 786 und vom 21. Februar 1975 - V ZR 148/73 = WM 1975, 600 = NJW 1975, 1228, 1229).

Von seinem Standpunkt aus, wonach über die mit Schriftsatz des Klägers vom 14. März 1978 vorgebrachte Hilfsbegründung noch nicht verhandelt worden ist, konnte das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit verneinen. Da dieser Ausgangspunkt jedoch nicht zutrifft, kann

auch die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Sachdienlichkeit der Klageänderung keinen Bestand haben. Es ist nicht auszuschließen, daß es dann, wenn über das Hilfsvorbringen ohnehin zu verhandeln war und eine Sachentscheidung hierzu ergehen mußte, das Auswechseln von Haupt- und Hilfsbegründung als sachdienlich angesehen hätte.

Somit ist auf die Verfahrensrügen hin das Berufungsurteil aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

III. In der Sache selbst kann das Revisionsgericht nicht entscheiden, so daß das Verfahren zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen war.

1. Die Frage der Sachdienlichkeit ist grundsätzlich dem tatrichterlichen Ermessen vorbehalten. Nur ausnahmsweise kann das Revisionsgericht darüber selbst entscheiden, wenn das Tatsachengericht hierzu keinerlei Erwägungen angestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1979 - IV ZR 80/78 = FamRZ 1979, 573). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

2. Bejaht das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit der Klageänderung, so wird aufzuklären sein, in welcher Höhe dem Kläger, ggf. unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Entwicklung, Ansprüche aus der Vereinbarung vom April 1977 zustehen.

3. Sollte das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit der Klageänderung erneut verneinen oder - bei Bejahung der Sachdienlichkeit - zu dem Ergebnis gelangen, daß sich der Anspruch des Klägers nur teilweise oder gar nicht aus der Vereinbarung vom April 1977 herleiten läßt, wird es den zunächst in erster Linie geltend gemachten Aufwendungsersatzanspruch des Klägers als Hilfsanspruch zu prüfen haben. Hierbei wird es seine bisherige Auslegung des Pachtvertrages, ggf. nach weiteren tatsächlichen Feststellungen zur Erforschung des erkennbar gewordenen Willens der Vertragsschließenden, zu überprüfen haben. Die bisherige Wertung begegnet nämlich gewichtigen Bedenken.

Die Auslegung der streitigen Vertragsbestimmungen hat sich an dem Leitbild eines Pachtvertrages zu orientieren. Danach widerspricht es keinesfalls der Lebenserfahrung, daß ein Verpächter sich verpflichtet, dem Pächter die Sache in einem Zustand zu übergeben, der eine unmittelbare Gewinnerzielung ermöglicht. Da die Parteien einen Pachtvertrag abgeschlossen haben, war die Beklagte nach § 581 BGB verpflichtet, dem Kläger die Pachtsache in einem zu unmittelbarer Gewinnerzielung geeigneten Zustand zu übergeben. Gerade in dieser Verpflichtung liegt das Wesen der Pacht (vgl. BGH, Beschluß vom 17. Dezember 1980 - VIII ZB 51/80 = WM 1981, 226). Die Höhe des Pachtzinses ist demgegenüber für die Auslegung von nachrangiger Bedeutung, denn ihre Kalkulation liegt ausschließlich im Bereich des Verpächters.

Die bisherige Auslegung des Pachtvertrages durch das Berufungsgericht ist auch mit dem Wortlaut des § 11

schwerlich zu vereinbaren. Das Wort "insbesondere" in Satz 2 läßt erkennen, daß die Aufzählung unter a bis g nicht vollständig ist. Weshalb durch die Generalklausel in § 11 Satz 1 nur unbedeutende Nebenarbeiten erfaßt sein sollen, ist angesichts der weiten Fassung dieser Bestimmung und des Wortes "insbesondere" in Satz 2 nicht überzeugend.

Bedenklich ist auch der Rückschluß aus § 10 Abs. 1, 3 des Pachtvertrages. Diese Bestimmung betrifft nämlich, wie der Vergleich ihres Wortlautes mit §§ 11 und 12 zeigt, die Verpflichtung der Parteien nach Übergabe des Pachtobjektes und nach Erfüllung der von der Beklagten in § 11 übernommenen Verpflichtungen. Wenn das Berufungsgericht zur Stützung seiner Ansicht auf andere Bestimmungen zurückgreifen möchte, so liegt es nahe, in diesem Zusammenhang auf § 4 des Pachtvertrages einzugehen, wonach die Konzessionsfähigkeit des Pachtobjektes im Risikobereich der Beklagten lag, sowie auf § 9 Abs. 3, der weitgehende Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten der Beklagten begründete.

Nicht verständlich erscheint schließlich der Hinweis auf § 6 des Vertrages, wonach der Kläger sich verpflichtete, den bei Vertragsschluß vorgesehenen Charakter der Gaststätte aufrechtzuhalten. Dies hat er getan, denn der Betrieb einer Discothek wird schon in § 1 des Pachtvertrages als vertraglicher Zweck erwähnt.

4. Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Hiddemann

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte