

V e r k ü n d e t

am 8. Mai 1956
Schorm, Just. Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Überlandwerke und Straßenbahnen H [REDACTED], Aktien-
gesellschaft in H [REDACTED], T [REDACTED] K [REDACTED] str. ●,
vertreten durch ihren Vorstand,
2. der Hauptstadt H [REDACTED], vertreten durch den Rat der
Stadt, dieser vertreten durch den Oberbürgermeister
in H [REDACTED], T [REDACTED] platz ●,

Beklagten, Berufungsklägerinnen,
zu 1) Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1): Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Tischler Erwin R [REDACTED] in H [REDACTED]-B [REDACTED], G [REDACTED]
B [REDACTED] Straße ●,
2. den Rechtsanwalt Dr. Ivo P [REDACTED] in H [REDACTED],
A [REDACTED] straße ●, als Verwalter im Konkurse über
das Vermögen des Vorgenannten,

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. April 1956 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar,
Dr. Meyer, Dr. Bode und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 1) gegen
das Teilurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Celle vom 24. Juni 1954 wird zurück-
gewiesen.

Der Beklagten zu 1) werden die Kosten
der Revision auferlegt.

Von Recht wegen

Tatbestand:

Der Kläger zu 1), der ein selbständiges Tischlereigeschäft betrieb, ist am 1. Dezember 1951 verunglückt. Er fuhr in H[REDACTED] auf seinem Kleinkraftrad über eine Straße, in der Straßenbahngleise der Beklagten zu 1) verlegt sind. Er stürzte mit seinem Kleinkraftrad, wobei er sich erhebliche Verletzungen zuzog. Nach seinen Behauptungen ist der Unfall darauf zurückzuführen, daß bei der Einfassung der Schienen einige Pflastersteine erheblich vorstanden, ohne daß dies deutlich erkennbar war, so daß er beim Kreuzen der Schienenanlage zu Fall kam. Mit der Klage, die im Februar 1952 eingereicht worden ist, verlangt der Kläger zu 1) Ersatz seines Verdienstauffalls in Höhe von 4.000 DM für die Monate Dezember 1951 bis Februar 1952 und begehrt weiter die Feststellung der Verpflichtung beider Beklagten zum Ersatz weiterer Schäden. Er wirft den Beklagten eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht vor.

Die Beklagten haben Klageabweisung begehrt. Sie bestreiten eine Verkehrssicherungspflicht oder ihre Verletzung. Im übrigen behaupten beide Beklagten mitverursachendes Verschulden des Klägers zu 1).

Durch Teil- Zwischenurteil des Landgerichts Hannover vom 8. Juli 1952 ist der Zahlungsanspruch des Klägers zu 1) auf Ersatz seines Verdienstaufalles dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden. Am 11. Juli 1952 ist der Konkurs über das Vermögen des Klägers zu 1) eröffnet worden. Der Konkursverwalter hat das Verfahren aufgenommen. Er ist als Kläger zu 2) aufgeführt.

Beide Beklagte haben gegen das Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt. Beide haben auch die Berufung sowohl gegen den Kläger zu 1) als auch gegen den Kläger zu 2) gerichtet.

- 3 -

Die Berufungsanträge der Beklagten gingen dahin, die Klage abzuweisen. Die Beklagte zu 1) hat im Laufe der Berufungsinstanz die Ansicht vertreten, daß dieser Antrag nicht nur den Leistungsanspruch, sondern auch den Feststellungsanspruch betreffe. Da die Kläger diesen Umstand nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hätten, sei damit auch die Feststellungsklage vor dem Berufungsgericht anhängig geworden. Durch das angefochtene Teilurteil hat das Berufungsgericht die Anträge des Klägers zu 2) als unzulässig verworfen. Es hat weiter die Berufung der Beklagten zu 1) als unzulässig verworfen, soweit sie Abweisung des Feststellungsantrages verlangt.

Mit der Revision hat der Beklagte zu 1) das Vorurteil in vollem Umfange seiner Beschwer angefochten. Der Kläger zu 1) hat Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten zu 1) ist zulässig. Sie wendet sich nur dagegen, daß ihre Berufung als unzulässig verworfen worden ist, soweit sie Abweisung des Feststellungsantrages verlangt hatte. Das Berufungsgericht ist zu dieser Verwerfung auf Grund der Annahme gelangt, daß der Feststellungsantrag noch in erster Instanz anhängig sei. Weder habe der erste Richter über diesen Antrag erkannt noch sei der Feststellungsantrag durch den Berufungsantrag unter rügeloser Hinnahme durch den Kläger zu 1) in die Berufungsinstanz gelangt. Entgegen der Ansicht der Revision sind gegen beide Gesichtspunkte rechtliche Bedenken nicht gegeben.

a) Ob sich das Urteil des ersten Richters auf den gesamten Anspruch bezieht oder nur auf einen Teil, ist eine Frage der Urteilsauslegung (BGH III ZR 231/51 vom 23. Oktober 1952 = NJW 1953, 184 [185]), die der Nachprüfung durch



das Revisionsgericht unterliegt (RG JW 1911, 188). Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil dahin ausgelegt, daß es nicht den Feststellungsantrag habe erfassen wollen. Das ergebe sich eindeutig sowohl aus dem Tenor des angefochtenen Urteils als auch aus den Entscheidungsgründen und ferner auch aus dem Umstand, daß das Landgericht das angefochtene Urteil ausdrücklich als Teilurteil bezeichnet habe. Dem ist zuzustimmen. Das landgerichtliche Urteil ist überschrieben "Teil-Zwischenurteil". Das Zwischenurteil als solches erfaßte den Grund des gesamten Zahlungsanspruchs. Wenn es zudem als Teilurteil bezeichnet ist, so ergibt sich, daß das Landgericht davon ausging, daß nicht nur das Höherverfahren bei ihm verblieb, sondern daß auch darüber hinaus noch ein anderweiter Teil der Ansprüche von dem Zwischenurteil nicht erfaßt war. Der Tenor lautet zudem wie folgt:

"Der Zahlungsanspruch des Klägers auf Ersatz seines Verdienstausfalls ist dem Grunde nach gerechtfertigt".

Die Entscheidungsgründe beginnen mit dem Satz: "Der Zahlungsanspruch des Klägers ist gegen beide Beklagte dem Grunde nach gemäß § 823 BGB gerechtfertigt".

Darüber hinaus ergibt . . . aber auch der gleichzeitig mit dem Urteil ergangene Beweis- und Aufklärungsbeschluß, der zur Auslegung verwendet werden kann (RG WarnRspr 1914 Nr 233 S 332; Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl Bem III vor § 511 bei Anm 24), die bei Erlaß des landgerichtlichen Urteils sich auswirkende Überlegung. Es sollte Beweis erhoben werden über folgende Fragen:

1. Wie lange und in welchem Umfang konnte der Kläger infolge der Verletzung, die er infolge des Unfalls vom 1. Dezember 1951 davongetragen hat,
 - a) in seinem Tischlereibetrieb körperlich nicht mitarbeiten,

- b) die Arbeiten seiner Gesellen nicht beaufsichtigen und die sonstige Tätigkeit eines Tischlermeisters nicht durchführen?

2.

3. Bestehen zur Zeit noch Folgen des Unfalls vom 1. Dezember 1951 oder ist mit der Möglichkeit weiterer Folgen dieses Unfalls insbesondere auch mit der Notwendigkeit ärztlicher oder orthopädischer Behandlung zu rechnen?

Außerdem ist dem Kläger nahegelegt worden, seinen bisher übersehbaren Schaden zu beziffern und es ist ihm auferlegt worden, seine Geschäftsbücher dem Gericht zu übergeben.

Das Landgericht war also ersichtlich nicht davon überzeugt, daß der Kläger infolge der Verletzung einen Schaden erlitten hatte, der über den Zahlungsanspruch, der einen Zeitraum von drei Monaten erfaßte, hinausginge. In diesem Falle hätte es an einer für die Feststellungsklage wesentlichen Voraussetzung, dem Rechtsschutzinteresse, gefehlt. Daß dem Kläger nahegelegt worden ist, seinen bezifferbaren Schaden anzugeben, spricht dafür, daß das Landgericht damit gerechnet hat, alle Schäden seien bereits zahlenmäßig erfaßbar und gingen möglicherweise nicht über den geltend gemachten Zahlungsanspruch hinaus. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit diese Erwägungen des Landgerichts zutreffen. Zwar spricht für die Ansicht des Landgerichts, daß der Kläger in seinem Schriftsatz vom 12. März 1953 (also in der Berufungsinstanz) besonders betont, daß er auch den später entstandenen zahlenmäßig erfaßbaren Schaden und Schmerzensgeldansprüche in den Leistungsanspruch hineinzunehmen gedenke, wenn dieser nicht voll, besonders unter Berücksichtigung von § 1542 RVO, durch den Verdienstausfall in den ersten drei Monaten gedeckt sei, ein Gesichtspunkt, der die Zweifel am Bestehen eines Feststellungsin-

21
teresses als nicht ungerechtfertigt erkennen läßt. Das übliche Teil- u n d Zwischenurteil, in dem über den Grund des Leistungsanspruches zusammen mit dem Feststellungsanspruch erkannt ist, setzt aber gerade voraus, daß der Tatrichter überzeugt ist, daß die Voraussetzungen des § 256 ZPO gegeben sind. Solange das nicht der Fall ist, darf nur ein Teil-Zwischenurteil ergehen. Es entspricht also durchaus dem Akteninhalt, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß das landgerichtliche Urteil nicht über den Feststellungsantrag entschieden hat. Für eine Verkenning der Voraussetzungen eines Feststellungsurteils durch das Landgericht ist nichts ersichtlich.

b) Die Revision ist im Gegensatz zu dem Berufungsgericht der Ansicht, daß der Feststellungsanspruch mindestens dadurch Gegenstand der Berufung geworden sei, daß die Berufungskläger beantragt haben:

Unter Abänderung des angefochtenen Urteils die
Klage abzuweisen,

da die Beklagte zu 1) ausdrücklich schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, sie erstrebe auch die Abweisung der Feststellungsklage, und da ferner der Kläger zu 1) diesen umfassenden Anspruch, der seinem Wortlaut nach von Anfang an auch die Feststellungsklage betroffen habe, ohne Rüge zum Gegenstand der Berufungsverhandlung habe machen lassen. Die Revision bezieht sich für ihre Ansicht auf das Urteil BGHZ 8, 383 (= NJW 1953, 702 mit Anmerkung Schönke = LM Nr 2 zu § 537 mit Anmerkung Lersch). Die in diesem Urteil dargestellten Grundsätze sind aber vom Berufungsgericht, das dieses Urteil ebenfalls anführt, beachtet worden. Das Berufungsurteil enthält darüber folgende Erwägungen: Der Kläger zu 1) habe dieser Erweiterung des Klagegegenstandes ausdrücklich und rechtzeitig widersprochen ... Es könne dahingestellt bleiben, ob die Möglichkeit der Erweiterung des Klagegegenstandes in der Berufungsinstanz

unter der Voraussetzung der Zustimmung des Klägers auch dem Beklagten und Berufungskläger offenstehe, ob er also eine Erweiterung des Streitgegenstandes vornehmen könne, wenn der Kläger dieser ausdrücklich zustimme oder sich wenigstens rügelos auf die Verhandlung auch über den erweiterten Anspruch einlasse; denn es fehle hier jedenfalls dieses Einverständnis. Der Antrag der Beklagten zu 1), das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, sei mehrdeutig. Bei der häufig schematischen Formulierung der Berufungsanträge könne darunter sowohl der Wille des Berufungsklägers verstanden werden, nur die Abweisung des in die Berufungsinstanz gelangten Teiles zu beantragen, als auch seine Absicht, durch Ausweitung des Klagegegenstandes der Berufungsinstanz eine Klageabweisung im ganzen zu erreichen Der Kläger habe auf jeden Fall sein Rügerecht zur Zeit der ersten mündlichen Verhandlung durch seine Einlassungen nicht verloren. Eine Absicht der Beklagten zur Berufungsausweitung sei ihm zur Zeit der ersten Verhandlung noch nicht bekannt gewesen und hätte ihm auch angesichts der Mehrdeutigkeit und Auslegungsfähigkeit des Antrages der Beklagten zu 1) nicht bekannt sein müssen. Nach der Klarstellung habe er aber rechtzeitig gerügt; damit sei der Weg für eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz auf die Feststellungsklage versperrt worden. Diese sei somit noch im ersten Rechtszuge anhängig.

Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, bedarf die Ausdehnung der Berufung auf einen an sich noch in der ersten Instanz verbliebenen Anspruch des Einverständnisses des Klägers (Lersch aaO, ähnlich RGZ 171, 129 [131]). Solange die Berufungsausweitung nicht ganz klar ist, kann aus dem Schweigen des Klägers nichts geschlossen werden. Aus den Ausführungen des erwähnten Urteils BGHZ 8, 383 (386) ergibt sich, daß es ein in der Revision rügbarer Verfahrensmangel sein könnte, wenn das Berufungsgericht nicht berück-

sichtigt hat, daß der Kläger den in der Berufungsausdehnung liegenden ersten Verfahrensverstoß nicht als solchen erkannt und deshalb nicht gerügt hat. Wenn also der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung nicht ausschließt, daß ein Kläger, dem ohne grobe Fahrlässigkeit erst durch das Berufungsurteil die weite Auslegbarkeit des Berufungsantrages klar geworden ist, diesen Umstand in einer prozeßrechtlichen Rüge in der Revisionsinstanz vorträgt, so kann eine solche Rüge, wenn sie der Kläger in der Berufungsinstanz nach Klarstellung des Berufungsantrages vorgetragen hat, nicht verspätet sein und eine rügelose Einlassung auf die Behandlung des Feststellungsbegehrens in der Berufungsinstanz angenommen werden.

Der Hinweis der Revision, daß der Tatbestand des Berufungsurteils im Gegensatz zu den Sitzungsprotokollen eine mündlich erhobene Rüge des Klägers erwähnt, daß aber gemäß § 314 ZPO dem Wortlaut des Sitzungsprotokolls der Vorzug zu geben sei, geht ebenfalls fehl. § 314 ZPO betrifft nur den Fall, daß das Sitzungsprotokoll ausdrücklich das Gegenteil von dem bekundet, was im Tatbestand steht. Das Schweigen des Sitzungsprotokolls ist ohne Bedeutung (RG JW 1927, 1931 Nr 13 mit zustimmender Anmerkung von Lemberg; RG Gruch. 41, 178; RG HRR 33, 252; Stein-Jonas-Schönke § 314 II). Wenn der Tatbestand einen im Sitzungsprotokoll nicht erwähnten Umstand bekundet, greift daher § 314 Satz 1 ZPO ein, d.h. es ist für das Revisionsgericht bindend festgestellt, daß die Kläger in der nächsten mündlichen Verhandlung nach den klarstellenden Schriftsätzen der Beklagten zu 1) den Antrag, soweit Abweisung auch der Feststellungsklage beantragt worden ist, ausdrücklich gerügt und diese Rüge in der letzten mündlichen Verhandlung wiederholt haben. Fehlt aber das Einverständnis des Klägers, so ist die Verhandlung in der Berufungsinstanz nicht auf die Feststellungsklage ausgedehnt worden.

c) Die Revision wirft weiter die nach ihrer Ansicht in BGHZ 8, 383 nicht beantwortete Frage auf, ob eine Ausdehnung der Berufung aus Gründen der Sachdienlichkeit nicht auch ohne Einverständnis des Klägers zugelassen werden müßte. Diese Frage kann dahingestellt bleiben, da das Berufungsgericht jedenfalls von dieser ihm nach Ansicht der Revision zustehenden Recht ersichtlich keinen Gebrauch gemacht hat. Eine solche Verpflichtung des Berufungsgerichts bestand jedenfalls nicht.

d) Fehl geht auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe seiner Pflicht aus § 139 ZPO nicht entsprochen, weil es dem Beklagten zu 1) nicht die Frage vorgelegt habe, ob er gegebenenfalls eine Feststellungswiderklage erheben wolle. Eine solche Berufungserweiterung könnte gemäß § 529 Abs 4 ZPO allenfalls erfolgen, wenn die Einwilligung des Gegners vorliegt, die hier, wie sich aus seiner Rüge ergibt, verweigert ist, oder falls das Gericht die Sachdienlichkeit annimmt. Das wäre aber in einem Falle unzulässig, in dem wie hier derselbe Anspruch in einer positiven Feststellungsklage noch beim Landgericht anhängig ist und gerade zu der maßgeblichen Frage eine Beweisaufnahme angeordnet ist, die sowohl für das Höheverfahren wie für die Feststellung von Belang ist. Aus diesem Grunde gereicht es dem Berufungsrichter nicht zum Vorwurf, wenn er die von der Revision gewünschte Frage nicht gestellt hat.

e) Die Revision ist endlich der Ansicht, die Berufung hätte auch dann nicht als unzulässig verworfen werden dürfen, wenn die Zustimmung des Klägers erforderlich gewesen und verweigert worden wäre, weil dann der Feststellungsanspruch bei Unterstellung der Richtigkeit der Auffassung des Berufungsgerichts überhaupt nicht in die Berufungsinstanz gelangt wäre. Die Revision übersieht, daß durch

die Verwerfung der Berufung nicht über den Feststellungsanspruch entschieden worden ist, sondern über den unzulässigen Berufungsantrag.

Die Kosten der Revision fallen gemäß § 97 ZPO der Beklagten zu 1) zur Last.

Dr. Kleinewefers Dr. Gelhaar Dr. Meyer

Dr. Bode Dr. Haub