

11
Für das Nachschlagewerk!

2385 088

Gesetz: BGB § 648 Abs 1

Rechtssatz: Der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek aus § 648 Abs 1 BGB steht jedem zu, der die Herstellung eines Bauwerks oder eines Teils eines solchen durch Vertrag mit dem Grundstückseigentümer übernommen hat. Für den Begriff des "Unternehmers" im Sinne dieser Bestimmung kommt es nur auf die rechtlichen Beziehungen zu dem Besteller an, nicht auf die technische oder wirtschaftliche Beteiligung an der Herstellung des Bauwerks.

Aktenzeichen: V ZR 51/50

Urteil vom 22. Juni 1951

OLG Lbn

V ZR 31/50

Verkündet

am 22. Juni 1951

Synalla, Justizsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit.

der Firma Gummivarwarenfabrik P. & Co. in A.,
Z. str.,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt. -

Gegen

den Stadtbaumeister i.R. Hans de J. in A.,
- Allee,

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der V. Zivilsenat des Landesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1951 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Pritsch als Vorsitzenden und der Landesrichter Dr. Hertel, Dr. von Kormann, Dr. Heck und Schuster

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 15. März 1950 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag der Parteien vom 9./17. Juli 1948 verpflichtete sich die Klägerin, das im Eigentum des Beklagten stehende Haus K[REDACTED]-Allee [REDACTED] in A[REDACTED] instandzusetzen. Die Kosten sollte die Klägerin tragen, dagegen verpflichtete sich der Beklagte, die Erdgeschosswohnung in diesem Hause an einen Angestellten der Klägerin zu vermieten, während ihm selbst die Wohnung im Obergeschoss zur Verfügung stehen sollte. Die Arbeiten sollten auf Grund eines von dem Architekten K[REDACTED] aufgestellten Vorschlags ausgeführt werden; dieser sollte auch die Leitung der Bauarbeiten übernehmen und die Kosten der ausgeführten Arbeiten mit bindender Wirkung für beide Teile feststellen; die so festgestellte Bausumme sollte der Klägerin durch Verrechnung mit der Miete für die Erdgeschosswohnung erstattet werden. Die Parteien gingen dabei davon aus, dass die Baukosten 6.000 DM betragen würden.

Nachträglich stellte sich heraus, dass die Baukosten 16.000 DM betragen. Über die Abdeckung dieses Betrages fand am 7. Januar 1949 zwischen Vertretern der Klägerin und dem Beklagten im Beisein des Architekten K[REDACTED] eine Besprechung statt. Dabei wurde erörtert, unter Ermäßigung der Gesamtforderung der Klägerin auf 15.000 DM es bezüglich des Betrages von 5.000 DM bei der Verrechnung mit der Miete für die Erdgeschosswohnung zu belassen, für die weiteren 10.000 DM dagegen auf dem Grundstück eine Sicherungshypothek einzutragen. Über das Ergebnis dieser

- 3 -



- 3 -

Besprechung fertigte der Architekt K8 im Auftrag beider Parteien eine Niederschrift. Es wurde in der Besprechung vereinbart, dass am folgenden Tage eine notarielle Beurkundung erfolgen solle; zu dieser kam es nicht, da der Beklagte seine Mitwirkung verweigerte.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe sich in dieser Besprechung mit der Bestellung einer Sicherungshypothek einverstanden erklärt und sich dazu bindend verpflichtet. Mit der Klage hat sie beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihr auf dem obengenannten Grundstück zur Sicherung ihrer Ansprüche eine Sicherungshypothek von 10.000 DM zu bewilligen.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hat bestritten, bei der Besprechung vom 7. Januar 1949 eine bindende Verpflichtung übernommen zu haben; es habe sich nur um eine unverbindliche Vorbesprechung gehandelt. Auch sei nicht über alle Punkte eine Einigung erzielt worden, insbesondere nicht über die Verzinsung und Rückzahlung der durch die Sicherungshypothek zu sichernden Forderung, obwohl eine Einigung hierüber notwendig und beabsichtigt gewesen sei. Erst die notarielle Beurkundung habe der beabsichtigten Vereinbarung Rechtswirksamkeit verleihen sollen. Notarielle Beurkundung sei auch notwendig gewesen, da die Klägerin bei der Vorbesprechung ein Vorkaufsrecht auf das strittige Grundstück verlangt habe, was nach § 313 BGB der notariellen Form bedürft habe.

Das Landgericht gab nach Vernehmung von Zeugen der Klage statt. Der Beklagte legte Berufung ein. In der Schlussver-

- 4 -

handlung vor dem Oberlandesgericht erklärte die Klägerin, dass sie die Klage auch auf § 648 BGB stütze. Hilfsweise beantragte sie, den Beklagten zur Zahlung von 10.000 DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit 1. Februar 1949 zu verurteilen; diesem Hilfsantrag widersprach der Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Klagänderung.

Das Oberlandesgericht hob das Urteil des ersten Richters auf und wies die Klage ab. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Der Beklagte hat gebeten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass unstreitig beide Parteien bei der Besprechung vom 7. Januar 1949 in Aussicht genommen haben, das Ergebnis am folgenden Tage notariell beurkunden zu lassen. Nach der Auslegungsregel des § 154 Abs 2 BGB sei bei dieser Sachlage im Zweifel der beabsichtigte Vertrag nicht geschlossen, solange die Beurkundung noch nicht vorgenommen worden sei. Der Beweis dafür, dass trotz der Absicht der Beurkundung bereits am 7. Januar 1949 eine bindende Einigung der Parteien über die Bestellung der Sicherungshypothek zustande gekommen sei, obliege der Klägerin. Diese Rechtsauffassung bietet keinen Anlass zu Beanstandungen und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

Den der Klägerin obliegenden Beweis erachtet das Berufungsgericht nicht für erbracht. Die Revision greift die

- 5 -

Beweiswürdigung des Berufungsgerichts als verfahrensrechtlich verfehlt an. Sie macht zunächst geltend, das Berufungsgericht habe ausschliesslich den von dem Zeugen KÖ gefertigten Aktenvermerk gewertet und demgegenüber die Beurkundung der vom Landgericht vernommenen Zeugen, wie auch des Zeugen KÖ selbst, unberücksichtigt gelassen. Diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat die Aussagen sowohl des Zeugen KÖ wie der drei von der Klägerin benannten Zeugen erörtert, hat sich aber auf den Standpunkt gestellt, die Aussagen dieser Zeugen seien nicht geeignet, den Inhalt des von KÖ gefertigten ersten Aktenvermerks zu entkräften. Diese Urkunde würdigt das Berufungsgericht dahin, dass sie nicht zum Beweis einer bereits abgeschlossenen Vereinbarung, sondern als Unterlage für die für den folgenden Tag vorgesehene Verhandlung vor dem Notar habe dienen sollen; eine selbständige Bedeutung komme ihr nicht an. Diese Auslegung des Aktenvermerks ist möglich und lässt einen Verstoss gegen die allgemeinen Auslegungsregeln nicht erkennen. Ein solcher Verstoss liegt insbesondere nicht darin, dass das Berufungsgericht den Beweiswert des Aktenvermerks für grösser hält als den der Zeugenaussagen. Zeugenaussagen sind vielfach unzuverlässig; das Wahrnehmungs- und Erinnerungsvermögen der Zeugen ist oft mangelhaft und vielfältigen Einflüssen ausgesetzt; oft stehen Zeugen bei ihrer Aussage innerlich bewusst oder unbewusst auf Seiten der einen oder anderen Partei und können sich von dieser Einstellung nicht frei machen. Die Urkunde ist demgegenüber ein verlässigeres Beweismittel. Wenn das

- 6 -

Berufungsgericht ihr gegenüber den Zeugenaussagen den Vorzug gegeben hat, so hat es im Rahmen der freien Beweiswürdigung gehandelt, die der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nicht unterliegt. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob zwischen den Aussagen des Zeugen KÖ [REDACTED] und dem von ihm gefertigten Vermerk wirklich ein so grosser Widerspruch besteht wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint.

Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Antrag der Klägerin übergangen, die vom Landgericht vernommenen Zeugen vor dem Senat unter Gegenüberstellung mit beiden Parteien nochmals zu vernehmen. Dieser Beweis Antrag war in dem Schriftsatz der Klägerin vom 26. Januar 1950 für den Fall gestellt, dass das Berufungsgericht "einen hinreichenden Beweis seitens der Klägerin nicht für geführt erachte". Auf diesen Antrag einzugehen, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet. Einmal ist nicht dargetan, welche neuen Tatsachen die nochmalige Vernehmung der Zeugen und die Gegenüberstellung mit den Parteien ergeben sollte. Aber selbst wenn man die Fassung des Beweis Antrages dahin verstehen wollte, dass das Zustandekommen einer bindenden Vereinbarung über die Sicherungshypothek bei der Besprechung am 7. Januar 1949 unter Beweis gestellt werden sollte, so waren doch die Zeugen zu diesem Punkte bereits einmal vernommen worden. Nach § 398 Abs 1 ZPO stand es im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es die wiederholte Vernehmung der Zeugen anordnen wollte oder nicht. Die Auslegung dieses Ermessens unterliegt nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts (Stein-Jonas

§ 398 Ann 1; OGHZ 1, 226). Eine Pflicht des Gerichts zur nochmaligen Vernehmung würde nur bestanden haben, wenn die frühere Vernehmung nicht ordnungsgemäss gewesen wäre oder wenn die unverschuldete Säumnis einer Partei eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme verursacht hätte (§ 367 Abs 2 ZPO). Beide Ausnahmefälle liegen nicht vor. Bei der Vernehmung der Zeugen vor dem Landgericht am 20. Juni 1949 war die Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigten vertreten; dass der persönlich haftende Gesellschafter und gesetzliche Vertreter der Klägerin nicht persönlich zugegen waren, begründet einen Fall der unverschuldeten Säumnis der Klägerin nicht. Auch ist nicht dargetan, dass seine Abwesenheit eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme verursacht hätte.

Sind diese Revisionsangriffe nicht begründet, so bedarf es keines Eingehens auf die weiteren Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht das Zustandekommen eines Vertragsschlusses am 7. Januar 1949 auch aus anderem Grunde verneint.

II.

In der Schlussverhandlung vor dem Berufungsgericht hat die Klägerin ihren Anspruch auch auf § 648 BGB gestützt. Das Berufungsgericht hat diese Bestimmung nicht für anwendbar gehalten, da die Klägerin nicht als Unternehmer eines Bauwerks in diesem Sinne anzusehen sei. Diese Ausführungen gehen von einer irrigen Rechtsauffassung aus.

Das Berufungsgericht führt aus: In dem Verträge der Parteien vom 9./17. Juli 1948 habe die Klägerin lediglich die Verpflichtung übernommen, den Wiederaufbau und die Instandsetzung des Hauses des Beklagten so zu bewirken, dass dieser weder in finanzieller Hinsicht noch bezüglich der Beschaffung der Arbeitskräfte und des Baumaterials belastet werde. Da die Klägerin die Fabrikation von Gummiwaren betreibe, könne nur ihre finanzielle Beteiligung in Frage kommen, während sie die Durchführung der Bauarbeiten an Bauunternehmer habe vergeben müssen; jedenfalls gelte dies für die wichtigsten und kostspieligsten Teile der Arbeiten, möge sie auch einen Teil derselben mit eigenen Arbeitskräften ausgeführt haben. Das Berufungsgericht legt § 648 BGB offenbar so aus, dass nur derjenige ein Recht auf Bestellung einer Sicherungshypothek habe, der im wirtschaftlichen oder technischen Sinne als Bauhandwerker oder Bauunternehmer angesprochen werden könne. Diese Auffassung ist verfehlt. Dafür, was § 648 BGB unter dem "Unternehmer eines Bauwerkes" versteht, ergibt schon die Einordnung dieser Vorschrift in den Titel 7: "Werkvertrag" einen Hinweis. Schon diese Stellung macht es wahrscheinlich, dass das Gesetz in § 648 BGB denselben Begriff des Unternehmers verwendet hat wie in den übrigen Vorschriften dieses Titels. Nach § 631 Abs 1 BGB ist aber Unternehmer im Sinne dieses Titels jeder, der gegen Entgelt die Herstellung eines Werkes verspricht, wobei nach Abs 2 daselbst Gegenstand eines Werkvertrags sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache wie ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung her-

beizuführender Erfolg sein kann. Wenn das Berufungsgericht feststellt, dass die Klägerin in dem Vertrage vom 9./17. Juli 1948 versprochen habe, den Wiederaufbau und die Instandsetzung des Hauses zu bewirken, so ist das der typische Inhalt eines Werkvertrages. Dafür, dass § 648 BGB diesen allgemeinen Begriff des Unternehmers verwendet hat, spricht auch der Gebrauch des Wortes "Besteller" für den Empfänger der Leistung; mit diesem Wort bezeichnet das Gesetz in Titel 7 durchweg denjenigen, dem die Werkleistung versprochen wird. Vor allem aber muss darauf hingewiesen werden, dass dem Recht auf die Sicherungshypothek des § 648 BGB bei beweglichen Sachen das Unternehmerpfandrecht des Bestellers nach § 647 BGB entspricht; dass hier das Wort "Unternehmer" in demselben Sinne wie im § 631 BGB gebraucht wird, unterliegt keinem Zweifel, wird auch, soweit ersichtlich, nirgends in Frage gestellt. Die Besonderheit des § 648 liegt also nicht darin, dass der hier zugrunde gelegte Begriff des Unternehmers ein besonderer wäre, sondern darin, dass der Gegenstand, an dem die Werkleistung bewirkt wird, ein mit einem Grundstück fest verbundenes Bauwerk und daher die Begründung des gesetzlichen Pfandrechts des Unternehmers nach § 647 BGB nicht möglich ist.

Die Entstehungsgeschichte des § 648 BGB ergibt allerdings, dass bei der Schaffung dieser im Entwurf zunächst nicht vorgesehenen Bestimmung an einen Schutz der Bauwerksmeister und Bauhandwerker gedacht war (Lugdan, Materialien zum BGB II, 927 ff). In den Verhandlungen der Reichstags-

kommission wurde jedoch klargestellt, dass die gewählte Fassung die blossen Lieferanten im Gegensatz zu den Bauhandwerkern nicht berücksichtigte, ebensowenig aber auch Bauhandwerker, die nicht unmittelbar mit dem Bauherrn kontrahiert hatten (Mugdan II, 1295). Es wurde also nicht auf die technisch-wirtschaftliche Art der Mitarbeit an dem Bauwerk abgestellt, sondern auf die rechtlichen Beziehungen des "Unternehmers" zu dem Bauherrn, wobei unmittelbare vertragliche Beziehungen zu diesem als entscheidend angesehen wurden. Im Plenum des Reichstags kam das noch deutlicher zum Ausdruck. Der Abgeordnete Struckmann führte aus, § 638 - der jetzige § 648 BGB - gewähre das Recht auf eine Sicherungshypothek "einem jeden, der auf Grund des mit dem Besteller geschlossenen Werkvertrages Arbeiten für den Bau geleistet habe", und der Abgeordnete Enneccerus vertrat als Berichterstatter die Ansicht: "Wer irgendeine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung des Gebäudes geleistet habe infolge eines mit dem Eigentümer geschlossenen Werkvertrages, der habe ein Recht, auf Grund des § 638 eine Sicherungshypothek eintragen zu lassen" (Mugdan II, 1350 f, 1352).

Auch in der Rechtslehre und Rechtsprechung wird, soweit ersichtlich, nirgends der Standpunkt vertreten, dass als Unternehmer im Sinne des § 648 BGB nur der in Frage komme, der unmittelbar technische Arbeit an dem Bau leiste. Planck (4. Aufl Anm 2 b) weist ausdrücklich darauf hin, dass der Unternehmer die Herstellung von Bauten oder die Vornahme von Bauarbeiten nicht gewerbsmässig zu betreiben

brauche, es genüge, wenn er in einem einzelnen Falle solche Arbeiten übernommen habe.

Das Berufungsgericht stellt also zu Unrecht darauf ab, dass die Klägerin die Fabrikation von Gummiwaren betreibe, und dass infolgedessen ihre Tätigkeit in einer finanziellen Beteiligung sich erschöpfe. Ebenso ist es ohne Bedeutung, ob und in welchem Umfange die Klägerin die von ihr unternehmenen Arbeiten am Hause des Beklagten selbst mit eigenen Arbeitskräften ausgeführt oder anderen Baufirmen weitervergeben hat. Entscheidend ist, ob ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB vorliegt. Für den Anspruch aus § 648 BGB ist also die rechtliche Beziehung zu dem Besteller entscheidend, nicht die technische oder wirtschaftliche Beteiligung an der Herstellung des Bauwerks. Dies hat das Berufungsgericht verkannt.

In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte noch gebeten, nachzuprüfen, ob die Klägerin den neuen Klaggrund nicht im Wege der Anschlussberufung hätte geltend machen müssen. Dies ist nicht der Fall. Eine Anschlussberufung ist notwendig, wenn der Berufungsbeklagte mehr erreichen will als die Zurückweisung der Berufung, so, wenn er die Klage durch Stellung neuer Anträge erweitern oder Widerklage erheben will. Im vorliegenden Falle hat die Klägerin aus § 648 keinen neuen Anspruch hergeleitet, sondern nur ihrem im ersten Rechtszug gestellten Antrag, mit dem sie obgesiegt hatte, eine weitere Begründung gegeben. Sie hat mit dieser neuen Begründung nicht mehr verlangt, als ihr durch das Urteil des ersten Richters zuerkannt worden war. Einer

Anschlussberufung bedurfte es daher nicht. Dass das Nachschieben der neuen Klagbegründung eine Klagänderung darstellte, hindert die Berücksichtigung dieser neuen Klagbegründung schon deswegen nicht, weil die Beklagte sich auf die neue Begründung ohne Widerspruch eingelassen und damit ihre Einwilligung in die Klagänderung erklärt hat.

Der Anspruch aus § 648 BGB ist noch nicht entscheidungsreif. Er stützt sich auf die ursprüngliche Vereinbarung der Parteien vom 9./17. Juli 1948. Der Beklagte hat in der Revisionsinstanz geltend gemacht, diese Vereinbarung sei dahin zu verstehen, dass die Klägerin Barzahlung der von ihr aufgewandten Baukosten auch insoweit nicht verlangen könne, als der bei Vertragsschluss in Aussicht genommene Betrag überschritten worden sei; die Klägerin sei darauf beschränkt, die von ihr aufgewandten Baukosten abzuwohnen. Es handle sich also nicht um einen Anspruch auf Zahlung; nur ein solcher Anspruch könne aber durch eine Sicherungshypothek gesichert werden. Weiter hat der Beklagte geltend gemacht, es müsse geprüft werden, ob die Klägerin die Verträge mit den Bauhandwerkern im Namen des Beklagten abgeschlossen habe, wie dies bei Architekten üblich und bei Bauunternehmern häufig sei; in diesem Falle stehe der Anspruch auf eine Sicherungshypothek nicht der Klägerin, sondern nur den von ihr beauftragten Bauhandwerkern zu. Das Berufungsgericht hat diese Einwendungen von seinem Rechtsstandpunkt aus nicht erörtert. Die Sache ist daher noch nicht zur Entscheidung reif. Vielmehr war der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und

Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III.

Sollte das Berufungsgericht erneut zu einer Abweisung des Hauptantrags der Klägerin gelangen, so käme es auf den in der Schlussverhandlung vor dem Berufungsgericht neu gestellten Hilfsantrag auf Zahlung von 10.000 DM an. In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte vor allem geltend gemacht, dass dieser Antrag durch Anschlussberufung hätte erhoben werden müssen; deren Form sei nicht beobachtet.

a) Eine Anschlussberufung ist stets erforderlich, wenn der Berufungsbeklagte eine Erweiterung der im ersten Rechtszuge ausgesprochenen Verurteilung erreichen will. Dies gilt auch, wenn in der Berufungsinstanz ein Hilfsantrag für den Fall gestellt wird, dass dem Hauptantrag auf Zurückweisung der Berufung nicht entsprochen wird; in diesem Falle kann auch die Anschlussberufung selbst bedingt sein (RG JW 88, 270; JW 1902, 76; RGZ 61, 254; 87, 240; 142, 307 311; 168, 284). Im vorliegenden Falle war eine Anschlussberufung umso mehr notwendig, als der auf Zahlung von 10.000 DM gerichtete Hilfsantrag weitergeht als der nur auf Sicherung dieses Anspruchs abzielende ursprüngliche Klagantrag. Nach § 522 a ZPO in der jetzt geltenden Fassung, die z.Zt. des Berufungsverfahrens auf Grund der Verordnung des Zentraljustizamts für die Britische Zone über das Berufungsverfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 9. Juni 1947 (VOBl BZ 76) im Bereiche des Berufungsgerichts bereits galt, erfolgt die Anschliessung durch

Einreichung der Berufungsanschlussschrift bei dem Berufungsgericht; die Anschlussberufung ist zu begründen (§ 522 a ZPO). Die Klägerin hat eine ausdrückliche Anschlussschrift nicht eingereicht; sie hat sich darauf beschränkt, in der Schlussverhandlung den Hilfsantrag zu verlesen. Der verlesene Antrag ist auf einen bereits vor dem Termin eingereichten Schriftsatz nachträglich, offenbar von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin, von Hand niedergeschrieben, datiert und von ihm unterzeichnet worden. Für die Anschließung reicht es aber nicht aus, wenn ein Antrag vor dem Berufungsgericht nur mündlich gestellt wird (RGZ 171, 131; RG in HRR 1936, 1087). Der verlesene handschriftliche Vermerk auf Bl 52 genügt dem Erfordernis einer Anschlussschrift nicht. Es ist allerdings unschädlich, wenn der die Anschließung erklärende Schriftsatz nicht ausdrücklich als Anschlussberufungsschrift bezeichnet wird; es genügt, wenn der Wille des Berufungsbeklagten erhellt, eine Erweiterung der im ersten Rechtszuge ausgesprochenen Verurteilung herbeizuführen (RGZ 156, 291 294⁷). Auch die Bezeichnung des angegriffenen Urteils erübrigt sich, wenn sie sich aus den Umständen ergibt. Jedoch auch wenn man den handschriftlichen Antrag des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Berufungsanschlussschrift ansehen wollte, würde es doch an einer Begründung fehlen, die nach § 522 a Abs 2 ZPO notwendig gewesen wäre; wenn auch die Rechtsprechung in einzelnen Fällen von einer eigenen Begründung der Anschlussberufung abgesehen hat, so doch nur in solchen Fällen, in denen der Anschlussberufungskläger nach Lage der Dinge nichts Neues zur Begründung vortragen konnte. So ist der vorliegende Fall nicht gelagert,

da die Voraussetzungen des Hilfsantrags andere waren als die des Hauptantrags. Die Klägerin hat in einem Schriftsatz vom 9. Februar 1950 eine Begründung nachgebracht; dieser Schriftsatz ist aber erst nach der Schlussverhandlung eingereicht worden, ohne dass der Klägerin dies vorbehalten worden wäre; er ist daher von dem Berufungsgericht mit Recht nicht berücksichtigt worden. Wollte man den Hilfsantrag der Klägerin als Anschlussberufung ansehen, so würde diese an einem Formmangel leiden; eine Heilung dieses Mangels durch Unterlassen einer Rüge ist nicht möglich (RGZ 171, 131).

Dies nötigt aber noch nicht dazu, den Hilfsantrag als unzulässig zu verwerfen. Denn die Klägerin kann nach Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht dort ihre Anschlussberufung in richtiger Form nachholen (RG 110, 231).

b) Unabhängig hiervon ist die Frage, ob die in dem Hilfsantrag liegende Klagänderung, der der Beklagte widersprochen hat, als sachdienlich zuzulassen ist. Das Berufungsgericht hat die Zulassung mit der Begründung abgelehnt, dass der Hilfsantrag den Rechtsstreit auf eine neue Grundlage stellen und neue tatsächliche Feststellungen notwendig machen würde. Damit würde den Parteien eine Tatsacheninstanz verloren gehen. Bei dem Umfang des geltend gemachten Hilfsantrags könne das dem Beklagten nicht zugemutet werden.

Mit Recht macht die Revision geltend, dass diese Begründung den Begriff der Sachdienlichkeit verkenne.

Die Entscheidung darüber, ob eine Klagänderung sachdienlich ist, liegt im Ermessen des Gerichts. Der Begriff der Sachdienlichkeit ist aber ein Rechtsbegriff, dessen Verkenntung die Revision begründen kann. Dabei kommt es nur darauf an, ob die Zulassung der Klagänderung der endgültigen Ausräumung des Streitstoffes dient und seine sachliche Erledigung fördert, also einem neuen Prozess vorbeugt (Stein-Jonas § 264 II/2; Baumbach § 264 Anm 4 B; Rosenberg 5. Aufl § 100 II 2 b). § 264 ZPO gilt seit Aufhebung der 4. Vereinfachungsverordnung auch für das Berufungsverfahren (§ 523 ZPO); auch im Berufungsverfahren kommt es also nur darauf an, ob die Klagänderung in dem obenbezeichneten Sinne sachdienlich ist. Daraus ergibt sich, dass der Verlust einer Tatsacheninstanz als solcher nicht ausreicht, die Sachdienlichkeit einer Klagänderung zu verneinen. Daran vermag auch der Hinweis des Berufungsurteils nichts zu ändern, dass dem Beklagten bei dem Umfang des Hilfsantrags (worunter das Berufungsgericht offenbar die Höhe der begehrten Summe und ihre Bedeutung für den Beklagten versteht) der Verlust einer Tatsacheninstanz nicht zugemutet werden könne. Der Begriff "sachdienlich" ist in objektivem Sinne zu verstehen. Das subjektive Interesse des Beklagten hat ausser Betracht zu bleiben. Unerheblich ist auch, ob die Klagänderung neue tatsächliche Feststellungen erforderlich macht, denn nicht die rasche Erledigung des Rechtsstreits, sondern die Ausräumung des Streites zwischen den Parteien sind für die Frage der Sachdienlichkeit ausschlaggebend.

Von diesen Grundsätzen, die das Reichsgericht entwickelt und an denen es ständig festgehalten hat, ist der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone allerdings abgewichen. In der Entscheidung OGHZ 1, 59 hat er ausgesprochen, dass der Verlust einer Tatsacheninstanz bei der Ermessensentscheidung des Berufungsgerichts in Betracht gezogen werden könne. Dieser Auffassung hat Rosenberg in seiner Besprechung dieser Entscheidung (SJZ 1949, 124) und in der neuesten (5.) Auflage seines Lehrbuches (§ 100 II 2b) widersprochen, und der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ist in einer Entscheidung vom 17. Januar 1951 (BGHZ 1, 65) zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts zurückgekehrt. Das Berufungsgericht wird bei der Entscheidung über die Zulassung der Klagänderung dem Rechnung tragen müssen. Es könnte allenfalls erwogen werden, im vorliegenden Falle die Sachdienlichkeit der Klagänderung aus anderen Gründen zu verneinen. Für den Hilfsantrag müssen die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien erörtert werden; es wird sich vor allem um die Auslegung des Vertrages vom 9./17. Juli 1948 handeln, weiter um die Frage, wie es zu der ungewöhnlichen Überschreitung des Kostenvoranschlages gekommen ist, und welche Bedeutung die bindende Feststellung der Baukosten durch den Zeugen Kö... haben sollte. In dieser Hinsicht ist der Rechtsstreit noch nicht vorbereitet. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit können in einem solchen Fall Bedenken dagegen bestehen, den Rechtsstreit mit den durch den Hilfsantrag aufgeworfenen Fragen zu belasten, solange über den Haupt-

antrag noch nicht rechtskräftig entschieden ist, da je nach der Entscheidung über den Hauptantrag die Erörterung der Voraussetzungen des Hilfsantrages gegenstandslos werden kann. Der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit darf nicht so verstanden werden, dass unter allen Umständen die Ausräumung der zwischen den Parteien streitigen Fragen in einem Rechtsstreit notwendig wäre. Es liesse sich erwägen, ob nicht unter Umständen gerade der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu dem Ergebnis führen muss, dass die Zulassung einer Klagänderung nicht sachdienlich ist. Zu einer Entscheidung dieser Frage gibt jedoch die Prozesslage zur Zeit keinen Anlass.

Dr. Pritsch

Dr. Hertel

Dr. von Normann

Dr. Heck

Schuster