

105. Kann ein in die Klageschrift aufgenommenener, in der mündlichen Verhandlung erster Instanz aber nicht verlesener Klageantrag in der Berufungsinstanz zum Gegenstande der Entscheidung gemacht werden?

R.P.O. §§ 137. 297. 529. 537.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 23. Dezember 1904 i. S. W. & C₃. (Rl.)
w. R. (Bekl.). Rep. VII. 281/04.

I. Landgericht Essen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Im Oktober 1899 schlossen die Parteien einen Vertrag, nach welchem 1000 Tonnen Gießereifolts zum Preise von 340 *M* pr. 10 Tonnen vom 1. November des laufenden bis Ende Dezember des folgenden Jahres von der Klägerin zu liefern und von dem Beklagten abzunehmen waren. Abgenommen vom Beklagten wurden nur 247,5 Tonnen. Mithin war ein Rückstand von 752,5.

Klägerin behauptete, der Beklagte sei in Abnahmeverzug und Zahlungsverzug geraten und habe eine ihm am 26. August 1902 mit dem Hinzufügen gesetzte Frist, daß Klägerin nach Ablauf derselben auf Erfüllung der Leistung verzichten und Schadensersatz berechnen werde, verstreichen lassen.

Klägerin verlangte nun Schadensersatz im Betrage von 12792,50 *M*, indem sie ausführte, sowohl am 31. August 1902 wie auch zur Zeit der Klagerhebung habe der Marktpreis nur 17 *M* betragen; mithin habe sie statt des im Vertrage bedungenen Betrages von 34 *M* nur die Hälfte dieser Summe erzielt. Der in der mündlichen Verhandlung gestellte Antrag der Klägerin ging dahin, den Beklagten zu verurteilen, ihr 12792,50 *M* nebst Zinsen zu zahlen. In der Klageschrift war dem ebengenannten Antrage noch der fernere hinzugefügt: „oder an Klägerin als Kaufpreis 25585 *M* zu zahlen“; zur Begründung dieses letzteren Antrages war in der Klageschrift bemerkt, Klägerin sei, wenn Beklagter es wolle, noch bereit, gegen Zahlung zu erfüllen, auch jederzeit dazu in der Lage. Der Beklagte betritt den Verzug. Er wurde in erster Instanz, unter Abweisung der Mehrforderung der Klägerin, zur Zahlung von 11789,10 *M* nebst Zinsen verurteilt.

Er legte Berufung ein mit dem Antrage, unter Abänderung des ersten Urteils die Klage ganz abzuweisen. Die Klägerin beantragte Zurückweisung der Berufung und, indem sie sich derselben anschloß, eventuell, nach dem Klageantrage zu erkennen, ganz eventuell, den Beklagten zur Zahlung von 25585 *M* an sie zu verurteilen. Vom Beklagten wurde Zurückweisung der Anschließung mit dem Bemerken erbeten, daß in derselben eine Klageänderung und die Geltendmachung eines prozessual neuen Anspruchs liege.

Durch Urteil des Berufungsgerichts wurde die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

... „Bei Eingehen auf die Berufungsanschließung führt der Berufungsrichter aus, in dem Antrage der Klägerin liege die unstatthafte Geltendmachung eines neuen Anspruchs; denn neu im Sinne des § 529 *B.P.O.* sei jeder Anspruch, welcher in erster Instanz nach dem Tatbestande des ersten Urteils nicht erhoben sei; in der Vorinstanz aber sei der jetzt mit der Anschließung verfolgte Anspruch zwar rechtshängig gemacht, aber nicht in der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Die Revision wendet dagegen ein, die im § 137 *B.P.O.* getroffene Vorschrift sei nicht zwingender Art, und wenn in der Klageschrift ein Anspruch angemeldet und damit rechtshängig geworden sei, so gehöre er, auch wenn in der mündlichen Verhandlung nicht verlesen, zum Prozeßstoff erster Instanz und gelange bei Einlegung der Berufung auch in die zweite Instanz.

Ein Rechtsirrtum liegt nicht vor. Da die Sache in erster Instanz vor dem Landgericht verhandelt ist, so kommt nicht lediglich der § 137 *B.P.O.* in Betracht, nach welchem die mündliche Verhandlung dadurch eingeleitet wird, daß die Parteien ihre Anträge stellen, sondern außer dieser Vorschrift auch die auf die Form dieser Anträge bezügliche, dahingehende Vorschrift des § 297 a. a. O., daß die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden müssen. Schon aus der Fassung dieser Vorschrift ergibt sich, daß sie nicht lediglich instruktioneller Art ist, sondern daß ihre Nichtbefolgung Nachteile für die Sache mit sich bringen soll. Diese sind im *Abf. 4* dahin bestimmt, daß die nichtverlesenen Anträge unberücksichtigt zu lassen sind. Wenn im Laufe der Verhandlung ein in

die Klageschrift aufgenommenen Antrag vom Kläger nicht verlesen wird, so ist er daher bei Erlassung des Urteils als nicht vorhanden zu betrachten. Verbindet sich mit der Nichtverlesung des Antrags nicht ein Verzicht auf den Anspruch und auch nicht eine rechtlich wirksame Zurücknahme des ihn betreffenden Teils der Klage, so ist mit der Erlassung des Urteils der ersten Instanz die Rechtshängigkeit des Anspruchs nicht notwendig beseitigt; aber daraus folgt nicht, daß die Nichtverlesung des Anspruchs eine wirksame Reservierung desselben für die ferneren Instanzen enthielte, und daß der Kläger ihn in der Berufungsinstanz durch Verlesung zur Entscheidung bringen könnte. Für den Berufungsrichter muß der Anspruch, der für den ersten Richter nicht vorhanden war, als ein neuer erscheinen. Und sollte in dieser Richtung auch ein Bedenken entstehen können, so würde der § 537 B.P.O. ein selbständiges Hindernis gegen seine Berücksichtigung bilden. Nach dieser Vorschrift sind Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Während hiernach bei Würdigung des einzelnen Anspruchs der Berufungsrichter erschöpfend zu verfahren hat, ohne an irgendeine formale aus dem Streitstoff der ersten Instanz zu entnehmende Schranke gebunden zu sein, ist ihm bezüglich der Frage, welche Ansprüche überhaupt zu seiner Entscheidung stehen, nicht die gleiche freie Stellung eingeräumt; vielmehr bestimmt der § 537 entweder, oder er setzt als durch § 529 bereits bestimmt voraus, daß nur solche Ansprüche, welche in erster Instanz zu- oder aberkannt sind, der Entscheidung des Berufungsgerichts unterliegen.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 40 S. 112, Bd. 48 S. 343.

Einer der Ausnahmefälle ist hier nicht gegeben; weder liegt eine bloße Erweiterung des Klageantrags in dem eventuellen Anschliefungsantrage der Klägerin, noch auch wird statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung das Interesse gefordert. Mit Recht betrachtet der Berufungsrichter den Antrag daher als unzulässig.“ . . .