



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 208/12

Verkündet am:
18. Juli 2013
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO §§ 314, 528

- a) Der nach § 314 Satz 1 ZPO erbrachte Beweis kann durch das Sitzungsprotokoll gemäß § 314 Satz 2 ZPO nur entkräftet werden, wenn die dort getroffenen Feststellungen ausdrücklich oder wenigstens unzweideutig denjenigen des Tatbestands widersprechen.
- b) Der wegen Zuerkennung des Hauptantrags nicht beschiedene Hilfsantrag des Klägers wird allein durch die Rechtsmitteleinlegung des Beklagten Gegenstand des Berufungsverfahrens (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. September 2004 - II ZR 264/02, NJW-RR 2005, 220).

BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - III ZR 208/12 - OLG Dresden
LG Chemnitz

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Hucke, Dr. Remmert und Reiter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 5. Juni 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über den Hilfsantrag der Klägerin der Sache nach nicht entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des dritten Rechtszugs, soweit über sie nicht bereits mit dem Senatsbeschluss vom 28. März 2013 entschieden wurde, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin ist eine sächsische Gemeinde. Der beklagte Verein betreibt Kindergärten und -tagesstätten. Mit Vertrag vom 2. Januar 1995 übertrug die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die Gemeinde L. , dem Beklagten die Trägerschaft der Kindertagesstätte "Z. ". Am 5. November 1996 schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag, durch den dem Beklagten die

Trägerschaft der Kindertagesstätte "K. " überantwortet wurde. Aufgrund dieser Verträge erlangte der Beklagte auch den Besitz an den Baulichkeiten und Freispielflächen, in beziehungsweise auf denen die Einrichtungen betrieben wurden.

2 Mit Schreiben vom 28. September 2007 kündigte die Klägerin aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen die mit dem Beklagten geschlossenen Verträge.

3 Die Parteien haben über die Wirksamkeit der Kündigungen gestritten. Die Klägerin hat gegen den Beklagten Klage mit den Hauptanträgen erhoben, festzustellen, dass der Vertrag vom 2. Januar 1995 durch die Kündigung zum 31. Dezember 2007 beendet und der Vertrag vom 5. November 1996 wirksam zum 31. Dezember 2008 gekündigt worden sei. Hilfsweise hat sie beantragt, festzustellen, dass mit dem Vertrag vom 5. November 1996 lediglich das Flurstück x c überlassen worden sei und die Flurstücke x/12 und x/14 nicht Vertragsgegenstand seien.

4 Das Landgericht hat den Hauptanträgen entsprochen. Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt. Hinsichtlich der Einrichtung "Z. " (Vertrag vom 2. Januar 1995) haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt. In Bezug auf die Kindertagesstätte "K. " (Vertrag vom November 1996) hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Den Hilfsantrag hat es in der Sache nicht beschieden. Auf die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Berufungsurteil hat der Senat das Rechtsmittel hinsichtlich des Hilfsantrags zugelassen, welchen die Klägerin weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe

5 Die Revision ist im Umfang ihrer Zulassung durch den Senat zulässig und begründet. Sie führt bezogen auf den Hilfsantrag zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

6 Das Berufungsgericht hat gemeint, eine Entscheidung über den erstinstanzlich gestellten Hilfsantrag sei entbehrlich. Die Klägerin sei in keiner Phase des Berufungsverfahrens auf diesen zurückgekommen. Er habe auch in der mündlichen Verhandlung keine Rolle gespielt.

II.

7 Dies hält, wie die Revision mit Recht rügt, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hätte den Hilfsantrag in der Sache bescheiden müssen.

8 1. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht des Prozessbevollmächtigten des Beklagten ist nicht davon auszugehen, dass der Hilfsantrag in erster Instanz nicht gestellt worden ist. Im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils ist ausdrücklich angegeben, die Klägerin habe diesen Antrag gestellt. Da die Anträge in der mündlichen Verhandlung zu verlesen sind (§ 297 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und der Tatbestand gemäß § 314 Satz 1 ZPO den Beweis für das mündliche Parteivorbringen erbringt, steht da-

mit für das Verfahren fest, dass der Hilfsantrag gestellt wurde. Richtig ist allerdings, dass der durch die tatbestandlichen Feststellungen geführte Beweis gemäß § 314 Satz 2 ZPO durch das Sitzungsprotokoll, das seinerseits Beweiswirkung entfaltet (§ 165 Satz 1 ZPO), entkräftet werden kann. Weiter trifft es zu, dass das Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 4. November 2008 lediglich die Feststellung enthält, der Prozessbevollmächtigte der Klägerin habe den Antrag aus der Klageschrift vom 18. März 2008 gestellt. In der Niederschrift hingegen nicht ausgewiesen ist, dass der mit Schriftsatz vom 11. September 2008 angekündigte Hilfsantrag ebenfalls gestellt worden sei. Eine solche ausdrückliche Feststellung ist auch in den Sitzungsprotokollen der weiteren mündlichen Verhandlungen vor dem Landgericht vom 10. März, 6. Juli und 11. September 2009 nicht getroffen worden. Gleichwohl ist der durch den Tatbestand erbrachte Beweis nicht entkräftet. Dies setzt voraus, dass die Feststellungen in der Sitzungsniederschrift ausdrücklich oder doch unzweideutig dem Tatbestand widersprechen (Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 314 Rn. 7; ders. in MünchKommZPO, 4. Aufl., § 314 Rn. 6; Hk-Saenger, ZPO 5. Aufl., § 314 Rn. 10; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 314 Rn. 6). Lücken des Protokolls oder sein Schweigen über bestimmte Vorgänge reichen hierfür nicht (Musielak und Saenger jew aaO; siehe auch OLG Düsseldorf NJW 1991, 1492, 1493). Ein unzweideutiger Widerspruch zwischen dem Tatbestand und den Sitzungsprotokollen ist sonach dem hier allein vorliegenden Umstand, dass diese nicht ausdrücklich ausweisen, der Hilfsantrag sei gestellt worden, nicht zu entnehmen. Aus der Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2009 ergibt sich vielmehr ein Hinweis auf das Gegenteil. Darin ist festgehalten, "die Beteiligten" bezögen "sich auf ihre bisherigen Schriftsätze". Dies umfasst auch den Schriftsatz vom 11. September 2008 einschließlich des darin angekündigten Hilfsantrags.

- 9 2. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass über den Hilfsantrag sachlich nicht mehr zu entscheiden war, weil die Klägerin in der zweiten Instanz nicht mehr auf ihn "zurückgekommen" sei. In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass im Berufungsverfahren der Hilfsantrag, der, wie hier, im ersten Rechtszug nicht beschieden wurde, weil der Hauptantrag zuerkannt wurde, allein infolge der Einlegung des Rechtsmittels durch den Beklagten zur Entscheidung anfällt (z.B. BGH, Urteil vom 20. September 2004 - II ZR 264/02, NJW-RR 2005, 220 m.umfangr. N.; Musielak/Ball, aaO § 528 Rn. 7; Zöller/Heßler aaO § 528 Rn. 20). Hiervon abzuweichen, besteht auch unter Würdigung entgegen stehender Literaturstimmen (z.B. MünchKommZPO/Rimmelpacher aaO § 528 Rn. 46; Oberheim in Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 528 Rn. 19 jeweils mwN) kein Anlass (BGH aaO). Denn zu den Grundbedingungen des Klageverfahrens, die auch im Rechtsmittelzug weiter gelten (§ 525 ZPO), gehört es, dass der Kläger durch seine Anträge bestimmt, mit welchen Ansprüchen sich das Gericht befassen muss. Diese von dem Kläger zur Überprüfung gestellten Streitgegenstände kann der Beklagte allein durch ein Anerkenntnis oder durch die Hinnahme einer Verurteilung, nie jedoch dadurch beschränken, dass er Rechtsmittel einlegt. Es besteht keine Veranlassung, von dem Kläger, der in erster Instanz voll obsiegt hat, die Einlegung eines Rechtsmittels, auch nicht im Wege einer Eventual-Anschließung, gegen ein zu seinen Gunsten ergangenes Urteil zu verlangen, um die volle Überprüfung seines unveränderten Klagebegehrens im Rechtsmittelzug sicherzustellen (BGH aaO). Ebenso wenig muss von dem Kläger erwartet werden, neben seinem Antrag auf Zurückweisung der Berufung ausdrücklich seinen Hilfsantrag zu wiederholen (Zöller/Heßler aaO), denn dieser ist, wie ausgeführt, mit dem Rechtsmittel des Beklagten bereits im nächsten Rechtszug angefallen.

10 Die Annahme, die Klägerin habe den Hilfsantrag konkludent zurückgenommen, indem sie auf ihn nicht mehr "zurückgekommen" ist, scheidet an § 269 Abs. 2 Satz 2 ZPO, der eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder die Einreichung eines Schriftsatzes verlangt. Beides ist nicht erfolgt.

11 3. Da eine abschließende Entscheidung über den Hilfsantrag von noch nachzuholenden tatrichterlichen Feststellungen abhängt, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1, 3 ZPO).

Schlick

Herrmann

Hucke

Remmert

Reiter

Vorinstanzen:

LG Chemnitz, Entscheidung vom 23.10.2009 - 5 O 512/08 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 05.06.2012 - 9 U 1902/09 -