

Verkündet laut Protokoll
am 10. Oktober 1951
Braun Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Versäumnisurteil

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

In Sachen

des unter der Firma Hans B. handelnden Kaufmanns
Hans B. jun., in B., K.,

Beklagten und Revisionsklägers,

— Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. —

gegen

die Firma Wilhelm H., Fabrik für Bau-
maschinen-, Feld- und Industriebahnen in P.,
Bezirk D.,

Inhaber: der Kaufmann Wilhelm H. ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 3. Oktober 1951 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost,
Dr. Solowsky, Dr. Fischer, Dr. Kuhn
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düs-
seldorf vom 16. Juni 1950 aufgehoben und die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte mietete am 1. Juli 1943 von der Klägerin 2.248 lfm gebrauchte Schienen nebst den dazugehörigen La-schen. Der schriftliche Mietvertrag, der formularmässig als Kurzvertrag zum Einheitsmietvertrag für Baugeräte bezeichnet ist, nimmt auf den durch Anordnung des Reichsjustizministers und des Reichskommissars für die Preisbildung für allgemein verbindlich erklärten Einheitsmietvertrag für Baugeräte (EMV) vom 6. Juni 1940 (DPAnz 1940 Nr 132) ausdrücklich Bezug. Das gemietete Gerät ging im Sommer 1944 auf einer Baustelle des Beklagten am Narwa-Abschnitt beim Vormarsch der russischen Truppen verloren. Seit dem 1. Juli 1944 wurde von dem Beklagten keine Miete mehr bezahlt.

Die Klägerin hat mit der vorliegenden Klage auf Grund des § 11 EMV gleichwertigen Ersatz für das in Verlust geratene Schienenmaterial und Zahlung von DM 75,53 als Miete für die Zeit vom 1. Juli 1944 bis 31. Dezember 1944 verlangt. Der Beklagte hat zunächst den Abschluss eines Vertrages nach den Bedingungen des Einheitsmietvertrages für Baugeräte bestritten und sodann des weiteren ausgeführt, dass ihn selbst nach diesem Einheitsmietvertrag eine Haftung im Sinne des Klagebegehrens nicht treffe. Dabei hat er sich vor allem auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage und auch auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 21 Abs 4 UmstG berufen.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin sich in der Revisionsinstanz nicht vertreten liess und keinen Antrag gestellt hat.

Entscheidungsgründe:

Da die Klägerin und Revisionsbeklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist, war ein Versäumnisurteil unter Berücksichtigung der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts und unter Berücksichtigung der geltend gemachten Revisionsrügen zu erlassen.

Das Berufungsgericht legt in rechtlich nicht zu beanstandender Form die Vereinbarungen zwischen den Parteien dahin aus, dass für den Mietvertrag zwischen den Parteien die Bestimmungen des Einheitsmietvertrages für Baugeräte zugrunde gelegt worden sind. Es bejaht sodann in rechtlich zutreffender Weise, dass die in Verlust geratenen Baugeräte im Sinne des § 11 EHV untergegangen sind (BGHZ 2, 176/181/82_7). Wenn das Berufungsgericht sodann unter Hinweis, dass die weiteren Einwendungen des Beklagten aus dem Fortfall der Geschäftsgrundlage und dem Leistungsverweigerungsrecht aus § 21 Abs 4 UmstG nicht durchgreifen könnten, in Übereinstimmung mit dem Landgericht das Klagebegehren gemäss § 11 EHV dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Entscheidung über die Frage, ob dem Beklagten die Ersatzlieferung zumutbar ist, den Betreibungsverfahren vorbehält, so hält diese Auffassung, wie die Revision mit Recht hervorhebt, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Nach § 11 EHV ist der Beklagte zur Lieferung von Ersatzgeräten nur verpflichtet, wenn ihm eine solche Leistung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange zumutbar ist. Der geltend gemachte Anspruch des Klägers ist somit in seinem Bestand davon abhängig, ob dem Beklagten die Lieferung von Ersatzgeräten zumutbar ist. Nur wenn diese Frage unter erschöpfender Berücksichtigung der beiderseitigen Belange bejaht worden kann, kann von dem Vorliegen eines Anspruchs der Klägerin auf Ersatzlieferung gesprochen werden. Die Zumutbarkeit be-



rührt somit nicht etwa den Umfang des Ersatzanspruchs, sondern schon das Vorliegen eines Ersatzanspruchs; sie ist eine sachlichrechtliche Voraussetzung des Anspruchs, ohne die die Klägerin Lieferung von Ersatzgeräten überhaupt nicht fordern kann, sondern nur auf einen Anspruch auf Zahlung einer Barentschädigung angewiesen ist. Bei dieser Rechtslage ist für eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs kein Raum.

Der Erlass eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO (Grundurteil) ist nur dann zulässig, wenn der Klaganspruch nicht nur dem Grund, sondern auch dem Betrag nach streitig ist (RG JW 1938, 894). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Lag auch im vorliegenden Fall die Lieferung vertretbarer Sachen den Gegenstand der Klage bilden und insoweit an sich die Möglichkeit eines dem Betrag nach streitigen Anspruchs gegeben sein (RG JW 1935, 2955); so ist hier gleichwohl ein Streit über die Höhe des Anspruchs zwischen den Parteien nicht gegeben. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, welche Anzahl von Schienen an den Beklagten vermietet worden sind. Es besteht demzufolge auch kein Streit darüber, in welchem Umfang der Beklagte zur Ersatzlieferung verpflichtet wäre, wenn überhaupt eine Pflicht des Beklagten zur Ersatzlieferung gegeben ist. Es fehlt somit hier von vornherein an der Möglichkeit, einen Vorbehalt für die Entscheidung in einem Bettragsverfahren zu machen. Der ausgesprochene Vorbehalt, nämlich die Entscheidung über die Zumutbarkeit der Ersatzlieferung, bezieht sich in Wahrheit auf den Grund, auf die Existenz des Anspruchs; ohne die Bejahung der Zumutbarkeit kann von einer Haftung des Beklagten im Sinne des Klaganspruchs überhaupt nicht gesprochen werden. Eine solche Möglichkeit könnte nur in Betracht kommen, wenn nach der Regelung des § 11 F.V. der zufällige Untergang des Mietgeräts stets eine Verpflichtung des Mieters zur Ersatzlieferung auslösen und nur der

Umfang seiner Verpflichtung von der Zumutbarkeit abhängig sein würde. Eine solche Regelung ist aber im § 11 EKV aus gutem Grunde nicht getroffen worden, da sie bei der Vermietung einzelner Baugeräte (z B Betonmaschine, Lokomotive) praktisch gar nicht durchführbar sein würde. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist somit lediglich eine Entscheidung über einzelne Voraussetzungen (Elemente) des Klagspruchs, ohne dass sie eine abschliessende Entscheidung über den Grund des Klagspruchs enthält. Eine solche Entscheidung über einzelne Elemente des Klagspruchs ist nach den zivilprozessualen Vorschriften nicht zulässig, so dass das Berufungsgericht insoweit auf die erhobene Revisionsrüge der Aufhebung unterliegt.

Die gleichen prozessualen Bedenken bestehen gegen das Berufungsurteil, soweit es den geltend gemachten Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass über die Höhe der monatlich zu zahlenden Miete unter den Parteien kein Streit besteht. Der Streit erstreckt sich lediglich auf die Frage, für welchen Zeitraum der Kläger noch Miete verlangen und inwieweit das Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten aus § 21 Abs 4 UmstG durchgreifen kann. Dieser Streit bezieht sich auf den Grund des Anspruchs, da für jede Monatsmiete unter Berücksichtigung des Zeitpunktes, an dem die gemieteten Geräte in Verlust geraten sind, die Entscheidung über den Grund des geltend gemachten Anspruchs gesondert getroffen werden muss. Es handelt sich insoweit um mehrere selbständige Mietforderungen, die in dem Zahlungsanspruch nur zu einem einheitlichen Betrag zusammengefasst sind. Hinzu kommt, dass aus dem Berufungsurteil nicht ersichtlich ist, aus welchem Rechtsgrunde der Vorbehalt, die Entscheidung über die Zumutbarkeit, für den Zahlungsanspruch überhaupt von Bedeutung sein soll. Die Vorschrift des § 11 EKV macht den Zahlungsanspruch weder seinem Grund

4

de noch seiner Höhe nach davon abhängig, ob dem Mieter eine entsprechende Zahlungsverpflichtung als Miete oder als Mietentschädigung nach Verlust des Geräts zumutbar ist. Es kann daher aus den gleichen prozessualen Gründen das Berufungsurteil auch in diesem Umfange nicht aufrecht erhalten bleiben.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird hinsichtlich des Anspruchs der Klägerin auf Lieferung von Ersatzgeräten zu berücksichtigen sein, dass die Entscheidung über die Zumutbarkeit nach § 11 Abs 2 EKV einem Schiedsgutachterausschuss übertragen ist. Das Gericht wird daher eine dahingehende Entscheidung selbständig nur dann treffen können, wenn sich die Parteien übereinstimmend auf die Schiedsgutachterabrede nicht berufen und insoweit eine stillschweigende oder ausdrückliche Aufhebung dieser Vereinbarung vornehmen (vgl. Stein-Jonas-Schönke ZPO Vorbem §§ 1025 ff. Rn 17). Greifen die Parteien jedoch für die Frage auf die Schiedsgutachtervereinbarung zurück, so unterliegt die Entscheidung des Schiedsgutachterausschusses im Rahmen des § 319 Abs 1 BGB der selbständigen Nachprüfung durch das Gericht. Bei dieser Nachprüfung ist zu berücksichtigen, dass der Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Pächterschädigung gemäß § 11 EKV im Verhältnis 10 : 1 ungestellt ist (BGHZ 2, 192 [194 ff.]), und dass angesichts der heute nach dem Zusammenbruch und nach der Währungsreform gegebenen Verhältnisse demgemäß nur bei Vorliegen ganz besonderer Billigkeitserwägungen die Verpflichtung des Mieters zur Leistung von Naturalersatz als zumutbar angesehen werden kann. Lässt der Schiedsgutachterausschuss bei seiner Entscheidung die Beachtung dieser besonderen Gesichtspunkte aussor acht, so wird im allgemeinen seine Entscheidung als offenbar unbillig im Sinne des § 319 Abs 1 BGB angesehen werden müssen und die Verpflichtung des Gerichts zu einer selbständigen Entscheidung der Zumutbarkeitsfrage begründen. Andererseits wird bei dieser Rechtslage der Einwand des Beklagten aus dem Fortfall der Geschäftsgrundlage als unbe-

gründet zu betrachten sein, weil seine etwaige Verpflichtung zur Ersatzlieferung, die bereits in Fahren des § 11 ULV von einer umfassenden Berücksichtigung der nach dem Zusammenbruch und nach der Währungsreform gegebenen Verhältnisse abhängig ist, nicht ein untragbares, mit Recht und Gerichtigkeit schlechthin unvereinbares Ergebnis darstellen würde (EGHZ 2, 176 [189]).

Schliesslich wird in der neuen Verhandlung bei der Beurteilung des von dem Beklagten geltend gemachten Leistungsvorweigerungsrechts aus § 21 Abs 4 UmstG zu beachten sein, dass dieses uU nur gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin und hierbei auch nur insoweit durchgreifen kann, als diese noch Ansprüche auf Miete vor Verlust des Geräts geltend macht (EGHZ 2, 176, [190 ff]). Ob ein solcher Anspruch der Klägerin aber überhaupt noch gegeben ist, erscheint überaus fraglich, da das Berufungsgericht offenbar zu der Feststellung gelangt ist, dass die gemieteten Baugeräte bereits am 20. Juni 1944 in Verlust geraten sind.

Bei der jetzt geltenden Fassung des § 540 ZPO ist es in jedem Fall von der Entscheidung des Berufungsgerichts abhängig, ob es auf die Berufung gegen ein in der I. Instanz erlassenes Grundurteil eine abschliessende Entscheidung über den gesamten Klagsanspruch in 2. Rechtszug für sachdienlich hält. Es bedarf daher für die Frage der Zurückweisung keiner Stellungnahme dazu, ob das Berufungsgericht nach dem früheren Rechtszustand auf die Berufung gegen das prozessual unzulässige Grundurteil I. Instanz eine abschliessende Entscheidung hätte treffen können (vgl. RGZ 61, 409 [412]; 93, 152 [155]. Bei

dem jetzt geltenden Rechtszustand hat jedenfalls die Zurückverweisung an das Berufungsgericht zu erfolgen, weil der ihm obliegenden Beurteilung über die etwaige Sachdienlichkeit einer abschliessenden Entscheidung in der Berufungsinstanz (§ 540 ZPO) durch das Revisionsgericht nicht vorgegriffen werden kann.

Dr. Center

Dr. Drost

Dr. Selowsky

Dr. Fischer

Dr. Kuhn