

17

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 114/80

URTEIL

Verkündet am

25. März 1981
Scheibl,
Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Gastwirtin Johanna K., Z. Ufer in
T.,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

den Gastwirt Willi St., Z. Ufer in
T.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1981 durch den Vorsitzenden Richter Broxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Dr. Skibbe und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 1. April 1980 im Kostenpunkt aufgehoben und im übrigen abgeändert:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter ihrer Zurückweisung im übrigen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 25. Mai 1979 einschließlich des Verfahrens des Landgerichts seit Erlaß seines Versäumnisurteils vom 15. Dezember 1978 aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 244,08 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 15. Dezember 1978 und in die Kosten verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittel, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger hat der Beklagten zum Betrieb einer Bar in einem ihm gehörenden Haus seit Oktober 1975 das Erdgeschoß und seit November 1975 zusätzlich das erste Obergeschoß vermietet. Er nimmt die Beklagte - nachdem ein Mahnverfahren vorausgegangen war - mit der Klage in Höhe von 9 000 DM auf rückständigen Mietzins aus der Zeit von April 1976 bis September 1978 sowie auf Zahlung von 2 198,55 DM noch offener Nebenkosten für Oktober 1975 bis Dezember 1977 in Anspruch (Schornsteinfeger, Wasser, Strom, Müllabfuhr und Straßenreinigung). In seiner Klagebegründung hat er die vertraglich geschuldeten Beträge und die darauf von der Beklagten erbrachten Zahlungen spezifiziert.

Der zuständige Richter verfügte am 8. September 1978 im schriftlichen Vorverfahren auf einem mit seiner Paraphe versehenen Formblatt u.a., daß der Beklagten aufgegeben werde, bis zum 16. Oktober 1978 auf die Klage schriftsätzlich zu erwidern. Gegen die Beklagte, die bis dahin auf die Klage nicht erwidert hatte, erging im Termin vom 15. Dezember 1978 Versäumnisurteil nach Klageantrag, das ihrem Prozeßbevollmächtigten am 27. Dezember 1978 zugestellt wurde. Mit Schriftsatz vom 10. Januar 1979, der am selben Tage bei Gericht einging, legte sie Einspruch ein, den sie zugleich begründete. Sie machte Mietzinsminderung wegen Mängeln der Mietsache geltend und trug außerdem vor, daß sie höhere Zahlungen als vom Kläger angegeben geleistet habe. Das Landgericht hielt das Versäumnisurteil aufrecht. Hierbei wies es gemäß § 296 Abs. 1 ZPO das gesamte Vorbringen der Beklagten als verspätet zurück.



Die Berufung der Beklagten blieb im wesentlichen ohne Erfolg. Mit ihrer zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt sie ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Das Landgericht hat das Vorbringen in der Einspruchsbegründung der Beklagten, mit der sie zum Teil Erfüllung des Klageanspruchs und im übrigen Mietzinsminderung geltend macht, als verspätet gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Zurückweisung hinsichtlich des Einwands der Minderung zu Recht erfolgt (dazu unten 1.), nicht jedoch, soweit die Beklagte Erfüllung geltend gemacht habe. Denn hierüber habe das Landgericht schon im Einspruchsprüfungs-termin sachlich befinden können; seine Verfahrensweise sei jedoch im Ergebnis unschädlich, weil das Berufungsgericht die erforderliche Sachentscheidung habe nachholen können (dazu unten 2.). Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Rüge der Revision, daß § 296 ZPO verletzt sei, greift durch. Zwar bleibt Vorbringen, das im Zeitpunkt der Terminssäumnis verspätet war, weiterhin verspätet, auch wenn Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt wird, wohingegen die dem Einspruch eigene Verzögerung des Rechtsstreits nach geltendem Recht in Kauf zu nehmen ist (BGHZ 76, 173, 177 unter II 3 c). Das Landgericht hat aber den Vortrag in der Einspruchsbegründung zu Unrecht zurückgewiesen. Denn die von ihm als versäumt behandelte Frist zur Klageerwidern bis

16. Oktober 1978 ist nicht in Lauf gesetzt worden, wobei hier vernachlässigt werden kann, daß die Fristsetzung nicht unmittelbar auf §§ 276, 277 ZPO zu stützen war, sondern auf § 697 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit diesen Vorschriften. Für die wirksame Fristsetzung war u.a. die Zustellung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung erforderlich (BGHZ 76, 236 sowie BGH Urteil vom 17. April 1980 - VII ZR 114/79 = NJW 1980, 1960). Daran fehlt es hier schon deshalb, weil die Verfügung ausweislich der Akten (Vergleich des Originals der Verfügung mit dem Original des Versäumnisurteils) nur mit einer Paraphe versehen, aber nicht gemäß §§ 329 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 2 Satz 1 ZPO unterschrieben worden ist (BGHZ aaO S. 241 unter I 3). Fragen aus einer Versäumung der Zweiwochenfrist für die Einspruchsbegründung (§§ 339 Abs. 1, 340 Abs. 3 ZPO) ergeben sich nicht, da die Begründung fristgerecht eingegangen ist. Ebensowenig kommt es darauf an, ob das Berufungsgericht die Zurückweisung - auf § 296 Abs. 2 ZPO gestützt - hätte nachholen können, was nach dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil des Senats vom 9. März 1981 - VIII ZR 38/80 nicht möglich ist. Denn das Berufungsgericht hat sich insoweit auf die Überprüfung beschränkt, ob das Landgericht das Vorbringen zu Recht nach § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen hat.

2. Das Berufungsurteil kann nur zu einem geringen Teil (Nebenkosten von 244,08 DM nebst Zinsen) mit einer anderen Begründung aufrechterhalten werden.

Zwar meint das Oberlandesgericht, soweit die Beklagte die Erfüllung von Teilbeträgen einwende, sei ihr Vorbringen schon mangels hinreichender Substantiierung

unbeachtlich. Insoweit habe sie verabsäumt, genaue Angaben darüber zu machen, welche Beträge sie im einzelnen gezahlt habe, wofür die Zahlung bestimmt gewesen und wohin die Leistungen erfolgt seien. Hiermit überspannt das Berufungsgericht die Substantiierungslast der Beklagten.

a) Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß - vorbehaltlich des von der Beklagten geltend gemachten Minderungsrechts - für die Zeit von April 1976 bis September 1978 insgesamt 51 600 DM als Miete (ohne Nebenkosten - dazu unten b) geschuldet waren. Soweit es um die von der Beklagten hierauf geleisteten Zahlungen geht, ist nur ein Betrag von 1 200 DM streitig, dessen Herkunft sich ohne besondere Schwierigkeiten aus dem Rechenwerk der Klage (S. 4) und der Einspruchsbegründung (S. 2) ergibt. Danach differieren lediglich die Positionen von 10 800 DM (nach Darstellung des Klägers neun Zahlungen von 1 200 DM für die Zeit von Januar bis September 1978) und 12 000 DM (nach Darstellung der Beklagten monatliche Zahlungen von 1 200 DM ab Oktober 1977 bis September 1978). Hier hätte ein Hinweis nach § 139 ZPO genügt, um eine Klarstellung des rechnerisch offensichtlich irrigen Vortrags der Beklagten zu erreichen, für welche zehn (nicht zwölf) Monate sie je 1 200 DM bezahlt haben will. Zumindest bei entsprechender Eingrenzung des maßgeblichen Zeitraums war die von der Beklagten beantragte Vorlegung der Kontoauszüge durch den Kläger ein nach §§ 421 ZPO, 810 BGB zulässiger Beweisantritt, zumal der Kläger sich hiergegen nicht gewehrt hat.

b) Vollends kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, daß der Vortrag der Beklagten insoweit unsubstantiiert sei, als sie Bezahlung der Nebenkosten behauptet. Hier ergibt sich aus S. 4 der Einspruchsbe-gründung klar, daß die Beklagte die Nebenkostenvoraus-zahlung von 50 DM in der fraglichen Zeit von Oktober 1975 bis Dezember 1977 mit Ausnahme der Monate Septem-ber bis Dezember 1977 erbracht haben will. Auch dazu hat sie zulässig Beweis angetreten durch Antrag auf Vor-lage der Kontoauszüge durch den Kläger. Soweit sie be-hauptet, die vom Kläger angeführten Posten für Wasser-geld (574,47 DM und 540 DM) sowie Strom (140 DM und 400 DM) selbst beglichen zu haben, ist dieser Vortrag schlüssig und für seine Richtigkeit jedenfalls durch Berufung auf das Zeugnis des zuständigen Sachbearbei-ters der Stadtwerke T. [REDACTED] zulässig Beweis angetreten worden. Hieran ändert sich nichts durch den Umstand, daß die Beklagte die von ihr als Beweismittel angegebenen Gebührenbescheide der Stadtwerke T. [REDACTED] nicht mit der Einspruchsbeurteilung vorgelegt hat.

In Höhe eines Betrags von 244,08 DM enthält der Vortrag der Beklagten allerdings keine schlüssige Er-widerung, soweit der Kläger in der nicht angegriffenen Nebenkosten-Abrechnung Schornsteinfegergebühren mit 50,32 DM und 55,12 DM sowie Müll- und Straßenreinigungs-gebühr mit 576 DM und 712,64 DM ansetzt; insbesondere behauptet die Beklagte nicht, diese Gebühren von zusam-men 1 394,08 DM selbst bezahlt zu haben. Da sie die von ihr in Anspruch genommene Mietzinsminderung eindeutig auf einen Betrag von 7 800 DM beschränkt (Einspruchs-begründung S. 2), in dessen Höhe auch nach Darstellung der Beklagten noch Mietzahlungen ausstehen, und als

Vorauszahlungen auf die Nebenkosten nur 1 150 DM geltend macht, sind von den Nebenkosten nach ihrem eigenen Vortrag 244,08 DM nicht beglichen. Insoweit ist die Beklagte daher mit Recht zur Zahlung verurteilt worden.

Im übrigen war das Berufungsurteil aufzuheben. Weil das Urteil des Landgerichts, das das Vorbringen in der Einspruchsbegründung nicht berücksichtigt hat, an einem wesentlichen Verfahrensmangel leidet (vgl. OLG München, NJW 1975, 2023, 2024), der durch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur mangelnden Substantiierung auch nicht behoben worden ist, hat der Senat gemäß §§ 539, 565 Abs. 1 ZPO unter Aufhebung des nach Erlaß des Versäumnisurteils durchgeführten Verfahrens des Landgerichts die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an dieses zurückverwiesen (vgl. BGHZ 76, 236, 241); die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe unzulässigerweise die Sachentscheidung nachgeholt, hat sich hiermit erledigt. Dem Landgericht war auch die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Rechtsmittelkosten vorzubehalten.

Braxmaier	Dr. Hiddemann	Hoffmann
Dr. Skibbe	Dr. Brunotte	