

11

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO §§ 539, 545

Erstrebt der Beklagte mit der Berufung die Abweisung der in erster Instanz erfolgreichen Klage, so ist er durch ein Berufungsurteil beschwert, das das landgerichtliche Urteil zwar aufhebt, den Rechtsstreit jedoch wegen eines Verfahrensfehlers an das Landgericht zurückverweist.

ZPO §§ 529, 563

Hat das Berufungsgericht ein Vorbringen des Beklagten, mit dem dieser das verurteilende Erkenntnis des Landgerichts bekämpft, zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen, den Rechtsstreit jedoch wegen eines Verfahrensfehlers an das Landgericht zurückverwiesen, so stellt sich diese Entscheidung nicht deshalb als richtig dar, weil das Landgericht in der erneuten mündlichen Verhandlung das zurückgewiesene Vorbringen prüfen und die gegebenenfalls erforderlichen Beweise erheben könnte.

BGH, Urt. v. 27. März 1972 - VIII ZR 184/70 - OLG München
LG Traunstein

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 184/70

URTEIL

Verkündet am

27. März 1972
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Thadäus Z [REDACTED] in B [REDACTED], G [REDACTED]-
straße ●,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die V [REDACTED] P [REDACTED] eGmbH, vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Direktor Hans K [REDACTED] und
Anton E [REDACTED] in P [REDACTED] ([REDACTED]),

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. September 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin macht mit der Klage ihr angeblich abgetretene Ansprüche der Eheleute Franz und Katharina S. [REDACTED] geltend, die dem Beklagten das in ihrem gemeinschaftlichen Eigentum stehende Fremdenheim K. [REDACTED] in K. [REDACTED] bei Bad R. [REDACTED] verpachtet hatten. Sie behauptet, der Beklagte habe seine im Pachtvertrag übernommenen Verpflichtungen verletzt, das Fremdenheim nebst Inventar instand zu hal-



ten und in einwandfreiem, zur sofortigen Weiterverpachtung geeigneten Zustand zurückzugeben.

Ihrer auf Zahlung von 88 754,90 DM gerichteten Klage hat das Landgericht unter Anrechnung eines unstreitigen Gegenanspruchs des Beklagten von 2 500 DM in Höhe von 61 645,99 DM stattgegeben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Die Klägerin hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Die Revision ist nicht etwa mangels einer Beschwer des Beklagten unzulässig. Zwar ist das der Klage stattgebende Urteil erster Instanz aufgehoben und die Sache wegen eines Verfahrensfehlers an das Landgericht zurückverwiesen worden. Der Beklagte hatte aber beantragt, die Klage abzuweisen. Diesem Sachantrag ist nicht entsprochen worden. Darin liegt die Beschwer (BGH Urteil vom 21. November 1961 - VI ZR 87/61 = VersR 1962, 252, 253).

II. 1. Die Klägerin stützt ihre vom Beklagten bestrittene Aktivlegitimation auf die Abtretungser-

klärung vom 21. Februar 1968. In ihr hat der Ehemann Franz S. [REDACTED] der Klägerin "aus Ansprüchen aus Pachtvertrag" eine Forderung in Höhe von 80 716,90 DM abgetreten.

Der Beklagte hat mit der Berufungsbegründung unter Hinweis auf die §§ 741 ff BGB geltend gemacht, Franz S. [REDACTED] habe, weil er das Fremdenheim gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau, der Miteigentümerin des Anwesens, verpachtet habe, die Forderungen aus dem Pachtvertrag nicht ohne deren Mitwirkung abtreten können. In der Berufungserwiderung hat die Klägerin vorgetragen, Franz S. [REDACTED] sei zur Abtretung der Forderungen befugt gewesen. Außerdem habe Katharina S. [REDACTED] der Abtretung zugestimmt. Zum Beweis hierfür hat die Klägerin sich auf die Vernehmung der Eheleute S. [REDACTED] berufen.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweis nicht erhoben mit der Begründung, das Vorbringen des Beklagten sei verspätet.

2. Die Revision rügt Verletzung des § 529 Abs. 2 ZPO. Damit hat sie Erfolg.

a) Es kann dahinstehen, ob ein Fall des § 529 Abs. 2 ZPO überhaupt vorliegt. Der Beklagte hat nämlich von Beginn des Rechtsstreits an die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten. Er hat dafür zwar eine andere Begründung als in zweiter Instanz gegeben. Indessen lag die Abtretungserklärung vom 21. Februar 1968 bereits dem Landgericht vor. Unstreitig

war auch, daß die Eheleute S [REDACTED] Miteigentümer des Anwesens waren und im Pachtvertrag gemeinsam als Verpächter aufgetreten sind. Die Umstände, aus denen sich - möglicherweise - die Unwirksamkeit der Abtretung vom 21. Februar 1968 ergab, waren somit schon in erster Instanz bekannt. Es fragt sich daher, ob die Berufung auf die mangelnde Befugnis des Ehemannes S [REDACTED], allein über Ansprüche aus dem Pachtverhältnis zu verfügen, überhaupt als neues Vorbringen im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO anzusehen ist, ob es sich nicht vielmehr darum handelt, daß der Beklagte rechtliche Schlußfolgerungen aus einem bereits in erster Instanz vorliegenden Sachverhalt gezogen hat.

b) Das kann aber deshalb auf sich beruhen, weil selbst dann, wenn es sich um neues Vorbringen handelte, und eine grob nachlässige Prozeßführung des Beklagten zu bejahen wäre, eine darauf beruhende Prozeßverzögerung vom Berufungsgericht nicht hätte angenommen werden dürfen. Der Beweisantrag der Klägerin, mit dem sie dem Bestreiten ihrer Aktivlegitimation entgegentrat, war in der Berufungserwiderungsschrift vom 31. Juli 1970 enthalten, die am 3. August 1970 bei Gericht einging. Auch wenn die Verfügung, mit der der Termin zur mündlichen Verhandlung auf 23. September 1970 angeordnet wurde, bereits am 4. Juli 1970 erging, so blieb doch hinreichend Zeit, um im Wege der Anordnung nach § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO die Eheleute S [REDACTED] auf 23. September 1970 vor das Oberlandesgericht zu laden und dort als Zeugen zu vernehmen. Ein Ausnahmefall, in dem ein derartiges Verfahren dem Berufungsgericht nicht angesonnen werden konnte, wie

28

ihn der erkennende Senat in der Entscheidung VIII ZR 25/70 vom 9. Juni 1971 (NJW 1971, 1564 = BGHWarn 1971 Nr. 148) angenommen hat, lag nicht vor. Es war nur ein ganz bestimmter Punkt zu klären, nämlich die Frage, ob der Ehemann S. mit Zustimmung seiner Ehefrau über die Forderungen aus dem Pachtvertrag verfügt hatte. Zu vernehmen waren nur zwei Zeugen. Der vorliegende Fall hat also keinerlei Ähnlichkeit mit dem eben genannten, in dem es darum ging, daß das gesamte umfangreiche Parteivorbringen mit zahlreichen Beweisanträgen erst im zweiten Rechtszuge in den Rechtsstreit eingeführt worden war.

Eine Verzögerung des Rechtsstreits, die Voraussetzung für die Zurückweisung verspäteten Vorbringens ist, konnte darüber hinaus hier schon deshalb nicht angenommen werden, weil das Berufungsgericht aus anderen Gründen das landgerichtliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen hat. Bei der nach seiner Auffassung erforderlichen weiteren Beweiserhebung konnte auch die Frage der Aktivlegitimation mit geklärt werden, ohne daß dadurch eine Verzögerung des Rechtsstreits eintrat, die durch das verspätete Vorbringen des Beklagten zur Frage der Aktivlegitimation veranlaßt war.

c) Der Vortrag des Beklagten zu dieser Frage war auch entscheidungserheblich. Liegt gemeinschaftliche Vermietung oder wie hier gemeinschaftliche Verpachtung vor, so bilden die Verpächter eine sogenannte Bruchteilsgemeinschaft nach Maßgabe der §§ 741 ff BGB. Forderungen aus dieser Gemeinschaft stehen deren

Mitgliedern gemeinschaftlich zu (vgl. auch § 432 BGB). Kein Teilhaber kann allein über den gemeinschaftlichen Gegenstand verfügen (§ 747 Satz 2 BGB). Gegenstand der Gemeinschaft sind (u.a.) auch die Forderungen, die sich aus der gemeinschaftlichen Verpachtung ergeben. Die Abtretung einer Forderung ist eine Verfügung (Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 398 Nr. 12). An ihr müssen deshalb alle Teilhaber mitwirken. Andernfalls ist sie unwirksam (Soergel/Siebert aaO § 747 Anm. 4). Diese Rechtsauffassung liegt auch den Senatsurteilen vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 108/57 (NJW 1958, 1723) und vom 29. Januar 1969 - VIII ZR 20/67 (NJW 1969, 839 = WM 1969, 396) zugrunde, nach denen bei gemeinschaftlicher Vermietung der einzelne Vermieter nicht einmal berechtigt ist, einen seiner Beteiligung entsprechenden Teil des Mietzinses einzuziehen.

Daraus folgt, daß die Klage hätte abgewiesen werden müssen, wenn die von der Klägerin beantragte Beweiserhebung zugunsten der Beklagten ausging. Eine nachträgliche Abtretung konnte der Klägerin jedenfalls insoweit nicht mehr zum Erfolg verhelfen, als die eingeklagten Ansprüche der kurzen Verjährung nach § 558 BGB unterliegen. Denn unstreitig ist den Verpächtern das Pachtobjekt schon am 30. Dezember 1967 zurückgegeben worden. Die Einrede der Verjährung hatte der Beklagte in den Vorinstanzen ausdrücklich geltend gemacht.

III. Die Entscheidung stellt sich auch nicht etwa deshalb als im Ergebnis richtig dar (§ 563 ZPO),

weil das vom Berufungsgericht zurückgewiesene Vorbringen vom Landgericht bei seiner erneuten Verhandlung berücksichtigt werden müßte.

a) Das Berufungsgericht hat das Urteil erster Instanz wegen eines Verstoßes gegen § 377 Abs. 3 ZPO aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Es meint, das Landgericht hätte den Zeugen G [REDACTED] zur Frage der Höhe der Schadenersatzansprüche vernehmen müssen und sich nicht auf die Einholung einer schriftlichen Auskunft beschränken dürfen.

Bei der danach erforderlichen Beweisaufnahme vor dem Landgericht könnte auch die Frage der Aktivlegitimation, gegebenenfalls durch Erhebung der angebotenen Zeugenbeweise, geklärt werden. Das Landgericht wäre nicht berechtigt, das Vorbringen des Beklagten zu diesem Punkte zurückzuweisen. Die Zurückweisung nach § 529 Abs. 2 gilt nur für den Berufungsrechtszug. Auch ist das Landgericht insoweit schon deshalb nicht gebunden, weil die Entscheidung zu § 529 Abs. 2 ZPO nicht den Aufhebungsgrund betrifft. § 279 ZPO könnte die Zurückweisung nicht rechtfertigen, weil auch diese Vorschrift voraussetzt, daß durch die Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens der Rechtsstreit verzögert wird. Davon kann aber keine Rede sein, wenn aus den dargelegten Gründen ohnehin eine Beweisaufnahme stattfinden muß.

b) § 563 ZPO ist aber deshalb nicht anwendbar, weil in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, daß das vom Berufungsgericht zu Unrecht nicht ge-

prüfte Vorbringen des Beklagten zur Aktivlegitimation richtig ist. Dann wäre, wie unter Nr. II. 2. c) ausgeführt worden ist, die Klage schon vom Berufungsgericht zumindest teilweise abzuweisen gewesen. Dazu kann es zwar, wenn die Revision zurückgewiesen würde, auch nach der vom Landgericht vorzunehmenden Beweisaufnahme kommen. Es ist aber ein Unterschied, ob der Beklagte bereits in der Berufungsinstanz obsiegt, oder ob dies erst nach einem weiteren, mit Zeit- und Kostenaufwand verbundenen Verfahrensabschnitt geschieht. Daß die gegenteilige Auffassung nicht richtig sein kann, zeigt sich auch daran, daß der Beklagte bei einer auf § 563 ZPO beruhenden Zurückweisung der Revision nach § 97 ZPO auf jeden Fall die Kosten der dritten Instanz tragen müßte, obgleich er, wie zu unterstellen ist, im weiteren Verfahren in den Tatsacheninstanzen letzten Endes obsiegen würde. Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb nicht nur in der Begründung unzutreffend, sondern auch im Ergebnis unrichtig.

IV. Auf die weiteren Rügen der Revision kommt es daher nicht an. Der Beklagte kann vor dem Oberlandesgericht seinen mit der Revision vorgetragene Rechtsstandpunkt erneut vertreten, ein auf Schadenersatz in Geld gerichteter Anspruch sei schon deshalb nicht gegeben, weil die Verpächter es unterlassen hätten, ihm, dem Beklagten, eine Frist nach § 326 BGB zu setzen; die Tatsache des Auszugs allein stelle keine endgültige Erfüllungsverweigerung dar.

Für das weitere Verfahren ist insoweit lediglich auf das Urteil des erkennenden Senats vom 14. Juli 1971, VIII ZR 28/70 (NJW 1971, 1839 = WM 1971, 1189), zu verweisen.

V. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird dabei Gelegenheit haben, zu prüfen, ob es den Grundsätzen der Prozeßökonomie entspricht, wegen des Verstoßes des Landgerichts gegen § 377 Abs. 3 ZPO den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 540 ZPO).

VI. Die vom Ausgang der Hauptsache abhängende
Entscheidung über die Kosten der Revision war gleich-
falls dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann