

V ZR 215/55

Verkündet am 30. Mai 1956
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

30

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

In dem Rechtsstreit

des Feinmechanikermeisters Adolf L. [REDACTED] in M. [REDACTED],
P. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Modistin Maria N. [REDACTED] geborene N. [REDACTED] in M. [REDACTED],
F. [REDACTED]straße [REDACTED], als Erbin des ursprünglichen Beklag-
ten, des Hauseigentümers Michael H. [REDACTED] in M. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. Mai 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster,
Dr. Großmann, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das den Parteien an
Verkündungs Statt am 8. und 9. August 1955
zugestellte Urteil des 7. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts München vom 29. Juli 1955
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an den 8. Zivilsenat des
Berufungsgerichts zurückverwiesen, dem auch
die Entscheidung über die Kosten der Revisions-
instanz übertragen wird.

Tatbestand:

Eigentümer des Anwesens [REDACTED]straße [REDACTED] in [REDACTED] waren die Eheleute [REDACTED]. Die Ehefrau [REDACTED] verstarb im Jahre 1953, bevor die gegenwärtige Klage erhoben ist, und wurde von ihrem Ehemann beerbt. Dieser (Erblasser) ist im Laufe des Berufungsverfahrens ebenfalls verstorben. Seine alleinige Erbin ist seine Nichte, die jetzige Beklagte.

Zu dem bezeichneten Anwesen gehörte außer dem Vorderhaus ein etwa 70 Jahre altes Rückgebäude, ein früherer Stall. In diesem Gebäude hatte der Kläger im Erdgeschoß einen etwa 45 qm großen Raum inne, der von ihm als Werkstatt für seinen Präzisions-Angelrollen-Betrieb benutzt wurde. Er war dort Anfang 1944 durch die Stadt [REDACTED] eingewiesen worden, nachdem seine bisherige Werkstatt ausgebombt war. Mit den damaligen Hauseigentümern, den Eheleuten [REDACTED], schloß er am 1. März 1944 einen Mietvertrag mit monatlicher Kündigungsfrist. Der vereinbarte monatliche Mietzins von 50 RM (DM) wurde später durch Bescheid der städtischen Preisstelle vom 22. Dezember 1949 mit Wirkung vom 1. August 1949 auf 39 DM herabgesetzt. In dem fraglichen Rückgebäude hatte noch Paula [REDACTED], später verheiratete [REDACTED], seit 1946 zwei nebeneinander liegende Räume als Lagerräume für Lebensmittel gemietet. Sie hatte im Vorderhaus im ersten Stock eine Wohnung inne und betrieb im Erdgeschoß ein Lebensmittelgeschäft. Ihre Räume schlossen sich an den Raum des Klägers an; zwei weitere sich an diesen Raum anschließende kleinere Räume benutzten die Hauseigentümer für sich.

Mit Verfügung vom 26. Januar 1950 wies die [REDACTED] (= LBK) die Hauseigentümer an, binnen zwei Monaten den Dachstuhl des Rückgebäudes wegen Baufälligkeit abzubrechen. Die Hauseigentümer verständigten

- 3 -

hiervon sofort die beiden Mieter und kündigten ihnen unter dem 11. Februar 1950 den Mietvertrag für die Räume im Rückgebäude. Mit Verfügung vom 20. März 1950 verhängte die LBK für die Dauer der Abbrucharbeiten und bis zur Beseitigung des Gefahrenzustandes die baupolizeiliche Sperre über das Rückgebäude. Die Hauseigentümer teilten das sofort beiden Mietern mit und forderten sie unter Ablehnung von Haftungen zur sofortigen Räumung auf; als Zeitpunkt des Beginns des Abbruchs bezeichneten sie ihnen den 27. März 1950. Sie ließen dann am 19. und 20. April 1950 den Dachstuhl des Rückgebäudes abreißen, aber nicht wieder erneuern. Das Verlangen beider Mieter, welche ihre Sachen in den Mieträumen belassen hatten, nach Fortsetzung des Mietverhältnisses, lehnten sie ab. Der jetzige Kläger beantragte in der Folge, den Hauseigentümern durch einstweilige Verfügung Schutzmaßnahmen (Notdach) gegen Eindringen von Witterungseinflüssen aufzuerlegen. Der Antrag wurde abgewiesen (Urteil des LG München I vom 4. Januar 1951, Akten 8 Q 100/50). Andererseits wurde auf die Klage der Hauseigentümer das zwischen ihnen und dem Kläger bestehende Mietverhältnis mit Wirkung vom 1. Oktober 1951 aufgehoben und dieser zur Herausgabe der Räume verurteilt (Urteil LG München I als Berufungsgericht vom 1. April 1952; Akten 13 C 1668/51 AG München). Sowohl Frau [REDACTED] wie der Kläger verlangten in der Folgezeit Schadensersatz mit der Begründung, die Hauseigentümer hätten sie schuldhaft geschädigt und zwar durch nicht ordnungsgemäße Durchführung der Abbrucharbeiten, durch Unterlassung von leicht möglichen und durch Beamte der LBK angeordneten Schutzmaßnahmen gegen Eindringen von Regenwasser und durch Nichtvornahme der wenigstens notdürftigen Wiederinstandsetzung des Daches. Die Hauseigentümer hätten die späteren schwereren Schäden des Rückgebäu-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



des böswillig bei Abbruch des zunächst allein baufälligen Daches herbeigeführt, um ihre Mieter zum Auszug zu zwingen. Dem Kläger sollen durch das Eindringen des Wassers Maschinen, Werkzeuge usw. verdorben sein, der Frau [REDACTED] Lebensmittelvorräte. Beide wollen auch in ihrem Geschäftsbetrieb geschädigt worden sein, der Kläger will seine ganze Existenz verloren haben.

Zunächst hat Frau [REDACTED] Schadensersatzklage erhoben. Ihre vom 4. April 1951 datierte Klage ist nach Vernehmung einer Reihe von Zeugen, auch sachverständigen Zeugen, durch Urteil des Landgerichts München vom 21. Juli 1952 abgewiesen und ihre Berufung durch Urteil des Oberlandesgerichts München vom 10. Juli 1953 zurückgewiesen (Akten LG München I 8 O 162/51).

Schon im Mai 1951 hat der Kläger das Armenrecht für eine Schadensersatzklage erbeten. Seinen Schaden hat er auf 47961,41 DM beziffert. Das Landgericht hat ihm durch Beschluß vom 6. Juli 1951 das Armenrecht versagt. Seine Beschwerde ist durch Beschluß des Oberlandesgerichts München vom 25. September 1953 zurückgewiesen. Dieser Entscheidung ist die damals bereits durchgeführte Beweisaufnahme in der Klagesache [REDACTED] (8 O 162/51) zugrunde gelegt (Akten 8 OH 15/51 LG München). Im Oktober 1953 hat der Kläger die gegenwärtige Klage beim Amtsgericht in München eingereicht. In der Klageschrift heißt es, daß er einstweilen 1000 DM seines Schadens geltend mache. Der Erblasser der jetzigen Beklagten hat Feststellungswiderklage erhoben mit dem Antrage auf Feststellung, daß dem Kläger wegen des Abbruches eines Dachstuhls und Mauerwerkes im Anwesen [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED]straße, keinerlei Ansprüche zustehen, und hat gleichzeitig Verweisung an das Landgericht München bean-

trägt. Diesem Antrag ist durch Beschluß vom 27. Oktober 1953 entsprochen.

Vor dem Landgericht hat der Kläger beantragt: den Erblasser der Beklagten zu verurteilen, an ihn 1000 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagzustellung zu zahlen.

Der Erblasser der Beklagten hat Klageabweisung beantragt und seinen Widerklageantrag dahin gestellt:

festzustellen, daß dem Kläger und Widerbeklagten aus dem hier streitigen Rechtsverhältnis ein Anspruch in Höhe von 47.970,41 DM nicht zustehe.

Er hat den Anspruch des Klägers nach Grund und Betrag bestritten.

Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat auf Grund mündlicher Verhandlung vom 4. Dezember 1953 durch Urteil vom 29. Januar 1954 die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Der Kläger hat Berufung eingelegt und nunmehr beantragt:

Den Erblasser der Beklagten zur Zahlung von 6100 DM nebst 4 % Zinsen hierauf seit Zustellung der Berufungsbegründung zu verurteilen und

die Widerklage mit der Maßgabe abzuweisen, daß sie hinsichtlich eines Betrages von 6100 DM gegenstandslos ist.

Der Erblasser der Beklagten hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

Es ist am 23. Juni 1954 vor dem Berufungsgericht mündlich verhandelt und Entscheidungstermin auf den 22. September 1954 anberaumt. Dieser Termin ist durch Beschluß vom 7. August 1954 wegen inzwischen erfolgter Versetzung eines Richters aufgehoben. Das Endurteil ist, nachdem die Parteien zunächst in den Schriftsätzen vom 5. und 7. August 1954 (GA Bl 49 und 51) Entscheidung im schriftlichen Verfahren beantragt und sodann am 13. Juli 1955 ihr Einverständnis zur Behandlung als Feriensache erklärt hatten (GA Bl 58), am 29. Juli 1955 ergangen und den Parteien am 3. August 1955 an Verkündungs Statt zugestellt. Das Berufungsgericht hat die Berufung - unter Nichtzulassung von in der Berufungsbegründung angetretenen Beweisen als verspätet - zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß es die Feststellung dahin geändert hat, daß dem Kläger gegen den Erblasser der Beklagten ein Schadensanspruch der bezeichneten Art in Höhe von 41 870,41 DM nicht zustehe.

Mit der Revision, die Verletzung der §§ 256, 529 ZPO und 537, 538 BGB rügt, wird Aufhebung des Berufungsurteils, Abweisung der Widerklage und Entscheidung nach dem Klagantrag hilfsweise Zurückverweisung erstrebt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Zulässigkeit der Widerklage bejaht. Es meint, schon die Tatsache allein, daß sich der Kläger in dem vorangegangenen Armenrechtsverfahren eines Schadensersatzanspruches aus dem vorliegenden Rechtsverhältnis

in Höhe von 47.970,41 DM berührt habe, begründe ein genügendes Rechtsschutzinteresse für eine leugnende Zwischenfeststellungs-Widerklage in dieser Höhe. Es weist ergänzend darauf hin, daß der Kläger auch im Prozeß ausdrücklich vorgebracht habe, daß sein ihm von seinem Vermieter in vollem Umfang zu ersetzender Schaden bedeutend höher und außerordentlich hoch sei, daß er mit der Klage einstweilen nur einen Teilbetrag von 1000 DM geltend gemacht und daß er in zulässiger Erweiterung seines Klageantrages in der Berufungsinstanz 6 100 DM verlangt habe.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsirrtum zu Ungunsten des Klägers nicht erkennen.

Der Hinweis der Revision (Unter Bezugnahme auf RG 170, 358 [374], der Beklagte wäre trotz Berührung durch den Kläger im Armenrechtsverfahren nicht in seiner Rechtsstellung gefährdet gewesen, schlägt nicht durch. Der vom Reichsgericht aaO entschiedene Fall lag insofern besonders, als es sich in ihm um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und einem Dritten handelte. Für diesen Sonderfall hat das Reichsgericht ausgesprochen, es genüge, daß der Kläger in seinem Rechtsbereich mittelbar betroffen werde, und er habe dann ein die Klage aus § 256 ZPO rechtfertigendes Interesse an der Feststellung, wenn seine Rechtsstellung durch die tatsächliche Ungewißheit gefährdet werde. Hier liegt der Fall anders; denn es bestehen oder bestanden unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob es bei der Geltendmachung einer Teilforderung als solcher und Widerklage wegen Nichtbestehens der ganzen Forderung eines besonderen Interesses an der Feststellung

überhaupt nicht bedarf, weil die Vorschrift über die Incident-Feststellungsklage des § 280 ZPO Platz greift (RGZ 95, 38), und ob dann kein Interesse an einer negativen Feststellungsklage bestehen kann, wenn eine ernstliche Berührung einer höheren Forderung nicht anzunehmen ist. Daß der Kläger von vornherein die ernstliche Absicht hatte, jedenfalls mehr als 1000 DM zu beanspruchen, ergibt die vom Berufungsgericht hervorgehobene Tatsache, daß er seinen Anspruch in der Berufungsinanz auf 6100 DM erhöht hat. Daß er nicht die ganze Forderung geltend gemacht hat, deren er sich ursprünglich berührt hat, ist unerheblich. Er hat auch bei Erweiterung seiner Klage nicht erklärt, daß er nunmehr weitere Ansprüche nicht mehr geltend machen wolle.

Schließlich kommt es, wie schon hier bemerkt werden mag, auch wegen der Kostenentscheidung nicht darauf an, daß der Beklagte in zweiter Instanz auch nach Erweiterung der Klage weiterhin den Antrag gestellt hat, die Berufung in vollem Umfange zurückzuweisen. Durch Erhöhung des Klageanspruchs war die negative Feststellungswiderklage zwar wegen des erhöhten Betrages gegenstandslos geworden. Darüber bestand auch kein Streit. Es gilt hier jedoch das gleiche, was das Berufungsgericht zur Widerklage im ersten Rechtszuge ausgeführt hat. Mit dem Antrag dieser Widerklage, daß dem Kläger kein Anspruch auf Ersatz seines angeblichen Schadens in Höhe von 47 970,41 DM zustehe, sollte ersichtlich nur Feststellung begehrt werden, daß dem Kläger kein über den eingeklagten Betrag hinausgehender Anspruch bis zu dem genannten Betrage zustehe, aber nicht noch eine besondere negative Feststellung wegen des eingeklagten Betrages verlangt werden. Eine besondere Abweisung der "weiter-

gehenden" Widerklage war deshalb nicht ^{it erfor} erforderlich. Es genügte eine entsprechende Richtigstellung, wie sie vom Berufungsgericht vorgenommen ist. Dafür wäre allerdings zweckmäßiger die Fassung gewählt, daß dem Kläger über den eingeklagten Betrag von 6 100 DM hinaus bis zum Betrage von 47.970,41 DM kein Anspruch zustehe. Eine Erhöhung des Streitwertes ist durch die ungenaue Fassung des Widerklageantrages nicht eingetreten. Besondere Kosten sind nicht entstanden.

B.

Zu der Verfahrensrüge der Revision aus § 529 Abs 2 ZPO ist festzustellen:

Laut Tatbestand des landgerichtlichen Urteils sind die Akten des Landgerichts München 8 OH 15/51 und 8 O 162/51 "beigezogen" gewesen. In den Entscheidungsgründen hat das Landgericht ausgeführt, in seinem Urteil im Vorprozeß habe es die völlig gleich begründete Klage der anderen Mieterin auf Grund einer eingehenden Beweisaufnahme abgewiesen. Es bestehe keine Veranlassung, von der dort ausführlich begründeten und durch Urteil des Oberlandesgerichts München in allen Punkten voll bestätigten Rechtsauffassung abzugehen und den vorliegenden Fall anders zu entscheiden, zumal der für ein Verschulden des Vermieters beweispflichtige Kläger keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen und keine neuen Beweismittel anzubieten habe. Ein etwaiger Beweis des ersten Anscheins sei durch das Urteil im Vorprozeß widerlegt. Das einzige Beweismittel des Klägers sei das schriftliche Gutachten des Architekten [REDACTED] (Anl 13 zur Klage), der das Gebäude vor Abbruch besichtigt habe. [REDACTED] sei

aber auch unter den sachverständigen Zeugen im Vorprozeß vernommen, ohne daß seine Aussage hätte zu überzeugen vermögen. Weitere Beweismittel seien nicht angegeben. Die vorgelegten (6) eidesstattlichen Versicherungen der verschiedenen Zeugen seien keine nach der ZPO zulässigen Beweismittel und beträfen "fast ausschließlich" für die Entscheidung unwesentliche Punkte. Ein vorgelegtes Schreiben der LBK vom 19. Oktober 1950 (nach dem diese keine Einwendungen gegen die Aufbringung eines Stangennotdaches erhoben hat) und der mit "Klag" unterzeichnete Vermerk (nach dem der Hauseigentümer mit der Aufbringung nicht einverstanden gewesen sein soll) wäre kein Beweis.

Der Kläger hat in der Berufungsinanz gerügt, das Landgericht habe gegen seinen offensichtlichen Widerspruch seine Entscheidung aus Aussagen von Zeugen und aus Gutachten eines zwischen anderen Parteien geführten Parallelprozesses entnommen. Ein solches Verfahren sei unzulässig, da es dem Kläger bei seinem Widerspruch gegen die Verwendung das richterliche Gehör entziehe. Das Berufungsgericht hat einen Verfahrensverstoß des Landgerichts verneint. Es hat ebenso wie das Landgericht ausgeführt, das Gutachten Gumperts genüge nicht als Beweismittel und eidesstattliche Versicherungen wären keine zulässigen Beweismittel. Demgegenüber habe der Beklagte zum Beweis für die Richtigkeit seines Sachvortrages, den er zur Begründung seines Antrages auf Klagabweisung und seines Widerklagantrages gebracht habe, ausdrücklich auf das Ergebnis der Beweisaufnahme im Vorprozeß, insbesondere die dortigen Zeugenvernehmungen, Bezug genommen. Der Kläger habe dem nicht widersprochen. Er habe hierdurch und in Verbindung damit, daß er für seine eigenen Klagebehauptungen keinen

zulässigen Beweis angeboten habe, obwohl diese offensichtlich und, wie er gewußt habe, auch beweisbedürftig wären, in Übereinstimmung mit dem Beklagten sein Einverständnis damit erklärt, daß die in den früheren Protokollen niedergelegten Zeugenaussagen vom Gericht so gewürdigt und verwertet würden, als seien diese Zeugen als solche auch im gegenwärtigen Prozeß und vor diesem Gericht vernommen worden.

Das Berufungsgericht führt dann weiter aus, der Kläger habe auch in zweiter Instanz keine wesentlichen neuen Behauptungen aufgestellt, er habe vielmehr lediglich für die in erster Instanz aus dem Vorprozeß [REDACTED] [REDACTED] wiederholten Behauptungen neue Beweise angeboten, indem er nunmehr anstelle der Verwertung der Protokolle über die früheren Vernehmungen von Zeugen deren Vernehmung auch im gegenwärtigen Prozeß beantragt habe, was auch zulässig sei. Mit diesen Zeugen meint das Berufungsgericht die in der Berufungsbegründung vom 3. April 1954 angeführten Zeugen und sachverständigen Zeugen. - Es fährt fort, diese neuen Beweismittel wären gemäß § 529 Abs 2 ZPO nur unter der Voraussetzung zuzulassen, daß nach der freien Überzeugung des Gerichts der Kläger die Beweismittel im ersten Rechtszuge weder in der Absicht der Prozeßverschleppung, noch aus grober Nachlässigkeit vorzubringen unterlassen hätte. Zu einer solchen Überzeugung sei es, so sagt das Berufungsgericht, nicht gekommen. Der Kläger müsse danach mit seinen neuen Beweismitteln ausgeschlossen bleiben, da er sie bereits im ersten Rechtszug hätte bringen können und da ihre Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreites verzögern würde.

Die Revision hält die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Erhebung der angebotenen Beweise die Erledigung des Rechtsstreites verzögert hätte, für unrichtig, weist auf die Verzögerung der Entscheidung dieses Gerichts, gerechnet von der mündlichen Verhandlung am 23. Juni 1954 bis zur schließlichen Entscheidung am 29. Juli / 3. August 1955, hin und führt dazu aus: Die Verzögerung des Erlasses des Urteils könne nur als Rechtsverweigerung bezeichnet werden. Ein Gericht, das die Erledigung eines Prozesses schuldhaft um fast ein Jahr verschleppe, habe nicht das Recht, einer Partei oder deren Vertreter grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen. Es müsse von einem Gericht gefordert werden, auch gegenüber dem eigenen Verschulden genügend Objektivität zu besitzen, um unparteiisch abzuwägen, ob das Verhalten der Partei oder das Verhalten des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreites verzögert habe. Während der langen Zwischenzeit hätte die Beweisaufnahme längst durchgeführt werden können.

Dem letzteren ist an sich beizutreten. Das ist aber ebensowenig entscheidend wie die Verletzung der Sollvorschrift des § 310 Abs 1 ZPO (Entscheidungsstermin nicht über eine Woche) und der Erlaß des Beschlusses betreffend Aufhebung des Verkündungstermins während der Gerichtsferien ohne Erklärung zur Feriensache (§ 200 GVG), was die Revision ebenfalls beanstandet hat.

Die Frage, ob eine Verzögerung durch Einführung neuer Beweismittel entstehen würde, ist nach der Prozeßlage zur Zeit des Vorbringens zu beurteilen (RG HRR 26 Nr 2291, LZ 27, 48). Hätte hier das Berufungsgericht sowieso eine Beweisaufnahme durchführen müssen und durchgeführt, und

hätte es dabei nur unterlassen, gleichzeitig in der Berufungsinstanz neu und an sich verspätet vorgebrachte Beweise zu erheben (so die Fälle Reichsgericht aaO), dann würde es diese allerdings nachträglich nicht mehr nach § 529 Abs 2 ZPO zurückweisen können. Weil die (neuen) Beweise in der Zwischenzeit hätten miterledigt werden können, wäre nicht das neue Vorbringen, sondern nur die falsche Behandlung der Sache durch das Berufungsgericht für die Verzögerung ursächlich. Hier liegt der Sachverhalt jedoch anders. Das Verfahren hat sich hier zwar auch über mehr als ein Jahr von der letzten mündlichen Verhandlung an gerechnet verzögert, ohne daß in der Zwischenzeit etwas Sachdienliches vorgebracht und ohne daß in dieser Zeit ein die Sache sachlich fördernder Beschluß ergangen ist. Durch die Zulassung der neuen Beweismittel würde sich das Verfahren aber noch weiter um die Dauer der angeordneten Beweisaufnahme verzögern. Diese Verzögerung wäre aber auch eingetreten, wenn das Berufungsgericht alsbald entschieden hätte, und zwar wäre die Verzögerung nur infolge des neuen Vorbringens = einmal unterstellt, daß nur neue Beweismittel in Betracht kommen, - eingetreten.

Die Rüge der Verletzung des § 529 Abs 2 ZPO erweist sich aber doch im Ergebnis als begründet.

Die Nachprüfung der Nichtzulassung eines Vorbringens nach § 529 Abs 2 ZPO ist jetzt allerdings im Gegensatz zu früher, als grobe Nachlässigkeit und Prozeßverschleppungsabsicht noch (positiv) festgestellt werden mußten, in der Revisionsinstanz nur recht beschränkt möglich (Stein-Jonas-Schönke § 529 ZPO III 6, RGZ 118, 319 320); denn es genügt jetzt die negative Überzeugung des Gerichts, das Fehlen der Verschleppungsabsicht und der groben Nachlässigkeit seien

nicht dargetan. Beides muß also widerlegt werden. Solange dies nicht geschehen ist, werden diese Voraussetzungen vermutet (RGZ 147, 303 [304]; BGH NJW 51, 359). Das Fehlen näherer Darlegungen bildet für sich auch noch keinen Verfahrensverstoß, sondern nur dann, wenn die Entscheidung erkennen läßt, daß es das Gericht versäumt hat, den Sachverhalt unter den in Betracht kommenden Gesichtspunkten überhaupt zu prüfen, oder daß es bei seiner Würdigung von einer unzutreffenden Rechtsauffassung, z.B. von einem unrichtigen (zu hohe Anforderungen stellenden) Begriff der groben Nachlässigkeit ausgegangen ist (Stein-Jonas-Schönke § 529 ZPO III 6 a; zu vgl. ferner BGHZ 12, 49 [52] und die dort zitierten, ferner HRR 1937 Nr 196). Dafür liegt hier hinreichend Anhalt vor.

Daß der Kläger selbst unmöglich die Absicht der Prozeßverschleppung gehabt hat, ist hier angesichts seines Drängens auf beschleunigte Erledigung (unter Beibringung von Bescheinigungen von Interessenverbänden) eindeutig. Ebenso liegt auf der Hand, daß er auf die Form, in der sein Anwalt den Sachverhalt dem Gericht unterbreitet hat, kaum Einfluß nehmen konnte; es ist jedenfalls unmöglich, ihm, wenn er sich darauf verlassen hat, sein Anwalt werde schon die richtige Form wählen, grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen. Es ist nun allerdings streitig, ob die Prozeßverschleppungsabsicht und die grobe Nachlässigkeit, die § 529 Abs 2 ZPO fordert, der Partei selbst zur Last fallen muß, oder ob die Partei für das Verhalten eines Vertreters, insbesondere ihres Prozeßbevollmächtigten einzustehen hat. Letzteres würde eine entsprechende Anwendung von § 232 Abs 2 ZPO voraussetzen. Dafür sprechen sich u.a. Baumbach § 279 ZPO Anm. I C und Stein-Jonas-Schönke § 279 ZPO II 1 c aus, jedoch ohne nähere Begründung.

Der bei Stein-Jonas-Schönke aaO Fußnote 11 für diese Auffassung angeführten Entscheidung RGZ 132, 330 ist nichts dafür zu entnehmen. Dagegen meinen Zöllner (7. Aufl § 529 ZPO Anm 2) und Rosenberg (§ 137 III 2 b) - ebenfalls ohne nähere Begründung -, § 232 Abs 2 ZPO passe hier nicht, und Jonas (DR 1942 S 997) ist der gleichen Auffassung. Er meint, die angeführte Bestimmung greife weder unmittelbar ein, noch bestehe ein Anlaß, die ohnehin in ihrer Schärfe bedenkliche Vorschrift über ihren unmittelbaren Gesetzesbereich auszudehnen. Einer Entscheidung der Streitfrage bedarf es nicht. Es kann vielmehr unterstellt werden, daß das Berufungsgericht gemeint hat, die grobe Nachlässigkeit und die Prozeßverschleppungsabsicht, von deren Nichtvorhandensein es sich nicht hat überzeugen können, könne auch beim Anwalt liegen. Auch dann ist seine Entscheidung nicht haltbar.

Daß das Berufungsgericht nicht einmal andeutungsweise in der mündlichen Verhandlung am 23. Juni 1954 darauf hingewiesen haben kann, es könne möglicherweise von der Vorschrift des § 529 Abs 2 ZPO Gebrauch gemacht werden, liegt auf der Hand, weil sich der Kläger sonst sicher noch schriftsätzlich geäußert haben würde. Weder der Kläger noch sein Anwalt können auch sonst mit einer Zurückweisung "neuen" Vorbringens gerechnet haben, nachdem die Sache beim Berufungsgericht, ohne eine Förderung zu erfahren, über ein Jahr gelegen hat.

Das Berufungsgericht geht nun (auf S 23 seines Urteils) davon aus, der Kläger habe in der Berufungsinstanz nur Zeugen aus dem Vorprozeß vernommen haben wollen, deren Aussagen im ersten Rechtszuge im Wege des Urkundenbeweises

verwertet sind. Dabei irrt es. Von den in der Berufungsbegründung benannten Personen sind in dem genannten Prozeß nur der Direktor Schwanhäuser (Bl 42 - 47, 8 O 162/51), der Regierungsbaumeister Gumpert (Bl 33 aa0) und der städtische Beamte Seit (richtig Seitz) (Bl 27 - 31 aa0) vernommen worden. Darüber hinaus sind benannt: Otto Fischer, Otto Klag, Paula Schwaiger (Klägerin im Vorprozeß), N. Dobmeier, Josef Wagner, Werner Kelch und Magdalena Legrand (Ehefrau des jetzigen Klägers). Dabei möchte nun die Zurückweisung als verspätet begründet sein, soweit es sich um vollständig neue Zeugen (Otto Fischer, Dobmeier und Josef Wagner) handelt, die entweder der Kläger persönlich früher hätte benennen können oder die sein Anwalt dem Gericht namhaft zu machen vergessen haben mag. Von Paula Schwaiger, Werner Kelch und Magdalena Legrand hatte der Kläger aber (d.h. sein Anwalt) im ersten Rechtszuge eidesstattliche Versicherungen überreicht. Klag ist in der Klageschrift S 5 ausdrücklich erwähnt. Es trifft nun allerdings zu, daß eidesstattliche Versicherungen keine Beweismittel im Sinne der ZPO sind und daß Vermerke auf Schriftstücken (Klag hatte einen solchen unterzeichnet) keinen Beweis erbringen können. Ob allgemein davon auszugehen ist, daß ein Anwalt, der das wissen muß, wenn er im Prozeß solche Versicherungen und Vermerke überreicht und in der Klagschrift "zum Beweis" darauf Bezug nimmt, damit die genannten Personen als Zeugen für den Inhalt der Versicherungen und des Vermerkes hat benennen und ihre Vernehmung darüber hat beantragen wollen, mag dahingestellt bleiben. Hier ist es jedenfalls auch im Hinblick auf das vorausgegangene Prozeß- und Armenrechtsverfahren anzunehmen, wobei die Überreichung der Versicherungen und des Vermerks nach Lage des Falles als eine be-

sonders konkret gehaltene Zeugenbenennung angesehen werden muß. Das gleiche gilt hier für die Überreichung des -neuen- Gutachtens [REDACTED], die auch dafür spricht, daß eine erneute Vernehmung damit beantragt werden sollte. Einem Anwalt in einem solchen Fall grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen, geht offensichtlich zu weit. Damit ist aber der Zurückweisung der "neuen" Beweismittel schon zum Teil der Boden entzogen.

Im übrigen hätte, um aufzuklären, was der Anwalt gemeint hat, jedenfalls eine einzige Rückfrage des Gerichts genügt. Das hat das Landgericht im ersten Rechtszuge, das allerdings auch davon spricht, der Inhalt der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen betreffe "fast" ausschließlich unwesentliche Punkte, womit aber der betreffende Beweis Antrag nicht abgelehnt werden konnte, unterlassen und damit gegen § 139 ZPO verstoßen.

Es kommt hinzu, daß nicht erkennbar ist, ob die Prozeßakten und die Armenrechtsakten im ersten Rechtszuge ordnungsgemäß "zum Gegenstand der Verhandlung" gemacht sind. Nach der Verfügung des Vorsitzenden vom 4. November 1951 sind sie "zur Information erhoben" (Bl 13 R GA). Daß die Anwälte, insbesondere der Anwalt des Klägers, von dem Eingang der Akten benachrichtigt sind, ergibt sich nicht aus den Akten. Nach dem Tatbestand des Urteils des Landgerichts sind sie nur "beigezogen". Nach dem Sitzungsprotokoll vom 4. Dezember 1953 (GA Bl 18) haben die Anwälte zwar Sachanträge gestellt (§ 137 Abs 1 ZPO). Das Protokoll (zu vgl § 160 Abs 2 Nr 2 ZPO) enthält aber nicht die Angabe, daß sie darüber hinaus mündlich verhandelt, d.h. den Sach- und Streitstand mündlich vorgetragen (§ 137 Abs 2 ZPO) und daß

sie über das Ergebnis der Beweisaufnahme verhandelt haben (§ 285 Abs 1 ZPO). Da die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt ist, hätte ihr Ergebnis - hier die Protokolle aus dem Vorprozeß - vorgetragen werden müssen. Daß das geschehen ist, daß die aus den Vorprozeßakten vorgetragenen Bestandteile irgendwie genauer bezeichnet sind (dazu RGZ 102, 33; BGH IV ZR 126/53 Urteil vom 18. Februar 1954 und V ZR 23/54 vom 22. April 1955), ergeben weder das Protokoll über die mündliche Verhandlung, noch die Schriftsätze der Parteien erster Instanz, noch der Tatbestand und die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils. Das Landgericht vermeidet es jedenfalls - ebenso wie das Berufungsgericht - irgendeine Aussage des Vorprozesses - mit Ausnahme der des sachverständigen Zeugen [REDACTED], auf dessen persönliche Vernehmung der Anwalt des Klägers kaum verzichtet haben kann - in seinen Entscheidungsgründen auch nur zu erwähnen, so daß nicht klar ersichtlich ist, welche Aussagen und wie es sie verwertet hat. Es stützt sich in seiner Entscheidung nur auf die allgemeine Beweiswürdigung in "seinem" in ganz anderer Besetzung erlassenen Urteil im Vorprozeß, ohne sich selbst mit den einzelnen Aussagen auseinander zu setzen. Nimmt man hinzu, daß weder der Kläger noch sein Anwalt am "Vorprozeß" beteiligt waren, so ist als Gesamtergebnis festzustellen, daß schon das Verfahren des Landgerichts an erheblichen Verfahrensmängeln leidet, weil weder eine ordnungsgemäße Aufklärung erfolgt ist, noch erkennbar eine vorschriftsmäßige Beweisaufnahme stattgefunden hat.

Nun hat zwar die Revision (entgegen § 554 Abs 3 Nr 2 b) nicht die Tatsachen angegeben, aus denen sich die hier erörterten Verfahrensmängel ergeben. Diese sind aber mit der

auf Verletzung des § 529 Abs 2 ZPO- gestützten Verfahrens-
rüge der Revision so untrennbar verbunden, daß sie auch
ohne besondere Rüge in Betracht gezogen werden müssen
(Stein-Jonas-Schönke § 559 Anm IV 2 b; RGZ 64, 278 [280];
132, 330 [335]).

Hat aber das Berufungsgericht, wie hiernach festzustel-
len ist, das "neue" Vorbringen des Klägers mindestens zum
Teil zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen, so unterliegt
damit sein Urteil der Aufhebung, weil die Möglichkeit nicht
auszuschließen ist, daß es bei Durchführung der beantrag-
ten Beweisaufnahme, die außer den nicht verspäteten auch
verspätete Beweismittel umfassen muß, falls letzteres zu
keiner besonderen zusätzlichen weiteren Verzögerung führt,
zu einer anderen Entscheidung in der Sache selbst gekommen
wäre. Daß der Kläger noch nicht angegeben hat, welche einzel-
nen Posten seiner ursprünglichen Schadensaufstellung mit der
auf 6100 DM erweiterten Klage geltend gemacht werden sollen,
ist unerheblich, weil er das noch zu tun in der Lage ist,
allerdings auch noch alsbald wird angeben müssen.

C.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung, zu der
die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen war, wird
dieses Gelegenheit haben, die Sach- und Rechtslage auch
unter Berücksichtigung folgender Gesichtspunkte zu prüfen:

Wenn ein Mangel der im § 537 BGB bezeichneten Art
schon bei dem Abschluß des Vertrages vorhanden war, haftet
der Vermieter dem Mieter, ohne daß es darauf ankommt, ob
er den Mangel kannte und ob ihn ein Verschulden trifft

(Staudinger, 11. Aufl Anm 10 zu § 538 BGB; RGRK 10. Aufl I 1 zu § 538 BGB, RGZ 169, 84 [89], BGHZ 9, 320 [321]. Es ist auch nur entscheidend das Dasein des Mangels bei Vertragsabschluß, nicht sein Hervortreten und die dadurch bewirkte Schädigung (RGZ 81, 200 [202]; Staudinger aaO RGRK aaO). Es wird zu prüfen sein, ob nicht bei den durch das Berufungsgericht festgestellten tiefgehenden Schädigungen der Substanz des Bauwerks und angesichts des eigenen Vortrages des Vermieters in Klage- und Berufsbeantwortung, "die Balkenlage wäre wie Schnupftabak verfault gewesen und habe herausgekratzt werden können", das Hintergebäude schon bei der Vermietung an den Kläger mangelhaft im Sinne von § 537 BGB war. Andererseits wird auch zu erwägen sein, ob nicht u.U. ein stillschweigender Ausschluß einer über Verschulden hinausgehenden Haftung des Vermieters wird angenommen werden können, wenn ein Mieter zwar auf unbestimmte Zeit, aber kurzfristig kündbar einen Raum in einem Gebäude mietet, das erkennbar so alt ist, daß es in absehbarer Zeit abbruchreif werden muß. Mit Rücksicht darauf, daß die weitgehende Haftung für bei Vertragsabschluß vorhandene Mängel im Gesetz deswegen bestimmt ist, weil von einer stillschweigenden Garantie des Vermieters für das Nichtvorhandensein von Mängeln ausgegangen ist (Staudinger aaO; M II, 376), wird allerdings der stillschweigende Ausschluß einer solchen Haftung besonderer Darlegung bedürfen. Bei dem Vorhandensein konstruktionsbedingter Mängel (Fall RGZ 81, 200 [202]) wird ein solcher Ausschluß kaum anzunehmen sein.

D.

Bei der Zurückverweisung erschien es geboten, von der Möglichkeit des § 565 Abs 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen und die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorzubehalten.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Dr. Dorschel