

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 168/92

Verkündet am:
13. April 1994
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

N L [REDACTED] GmbH & Co. KG, gesetzlich vertreten durch die Firma N W [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Manfred R [REDACTED] und Hans B [REDACTED], H [REDACTED]straße 4, N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Heinz S [REDACTED],

2. Gustel S [REDACTED], beide B [REDACTED]straße 51 a, U [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Nonnenkamp, Dr. Knauber und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Juli 1992 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die Firma N [REDACTED] L [REDACTED] GmbH & Co. KG (im folgenden: N [REDACTED] KG), nimmt die Beklagten auf Erfüllung eines Mietvertrages und Schadensersatz in Anspruch.

Die Beklagten sind Eigentümer eines Geschäftshauses in H [REDACTED]. Im Jahre 1976 hatten sie ein Ladenlokal in dem

- 3 -

Anwesen für 25 Jahre an die Firma A. GmbH & Co. KG vermietet. Anfang 1988 plante die Firma A. den Umzug in ein anderes, eigenes Objekt. Durch Vermittlung eines Maklers kam es daraufhin zu Verhandlungen über eine Vermietung des Objekts an die Lebensmittelfilialkette der Klägerin. Diese führten am 26. Juli/29. August 1988 zum Abschluß eines schriftlichen Mietvertrages zwischen der "Hausgemeinschaft S.", für die der Sohn der Beklagten auftrat, und der N.-Lebensmittelhandelsgesellschaft mbH (im folgenden: N. GmbH). Das Mietverhältnis sollte nach dem Vertrag mit dem der Übergabe der bezugsfertigen Räumlichkeiten folgenden Monatsersten, spätestens am 1. August 1989 beginnen (§ 2 Nr. 1); es war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (§ 2 Nr. 3). Der Vermieter sollte erstmals zum 31. Dezember 2018 kündigen können, der Mieter erstmals zum 31. Dezember 1993 (§ 2 Nr. 4). In § 15 des Vertrages war vereinbart:

"Voraussetzung für die rechtzeitige Übergabe des Mietobjekts durch den Vermieter an den Mieter ist die termingerechte Räumung durch den jetzigen Mieter Firma A."

Nach § 9 des Vertrages

gestattet "der Vermieter ... dem Mieter, das Mietobjekt ganz oder teilweise unterzuvermieten oder unterzuverpachten. Weiterhin gestattet der Vermieter dem Mieter die Übertragung des Vertrages auf eine ihm nahestehende Firma oder Schwesterfirma oder im Falle der Änderung seiner Gesellschaftsform auf die neue Firma und auch die Rückübertragung."

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



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 3. August 1988 teilte der Sohn der Beklagten unter "Hausgemeinschaft S [REDACTED]" der N [REDACTED] GmbH schriftlich mit:

"Auf Ihren Wunsch nehmen wir folgenden Zusatz zum geschlossenen Mietvertrag wie folgt auf:

Der Vermieter versichert dem Mieter, daß er alles versuchen wird, damit das Mietobjekt bei Umzug des jetzigen Mieters Firma A [REDACTED] in deren neues Objekt freigegeben bzw. an ihn zurückgegeben wird. Es wird mit einer positiven Entscheidung hierzu seitens der Firma A [REDACTED] aufgrund der anderweitig bestehenden Geschäftsverbindung mit dem Vermieter gerechnet."

Die Firma A [REDACTED] räumte das Objekt im Februar 1989. Am 24. Januar 1989 hoben die Beklagten und die Firma A [REDACTED] ihren Mietvertrag aus dem Jahre 1976 einvernehmlich mit Wirkung ab 28. Februar 1989 auf und trafen dabei u.a. folgende weitere Vereinbarung:

- "4. Abweichend von der Vereinbarung vom 13.10.1988 gestattet die Mieterin der Vermieterin frühestens ab dem 1.11.1989 eine Vermietung bzw. Eröffnung eines Lebensmittelmarktes vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen (mit Ausnahme der Firmen N [REDACTED] und L [REDACTED]).
5. Der Vermieter verpflichtet sich, in der Zeit vom 1.3.1989 bis 31.10.1989 keinen Lebensmittelmarkt als Betreiber des Ladenlokals zuzulassen.
6. Verstößt der Vermieter gegen die Verpflichtung gem. Pkt. 5 dieser Vereinbarung, so muß er für jeden Monat, den er vor dem 1.11.1989 an einen Lebensmittelmarkt vermietet, der Mieterin 50.000 DM zahlen."

Hiervon wurde die N [REDACTED] GmbH unterrichtet. Die Beklagten vermieteten das Ladenlokal im Februar 1989 an die Firma R [REDACTED]-Handelsgesellschaft zum Betrieb eines Supermarktes für die Dauer von zehn Jahren mit Verlängerungsoption für die Mieterin.

Die Klägerin begehrt unter Bezugnahme auf den Mietvertrag vom 26. Juli/29. August 1988 die Überlassung des Mietobjekts zum Gebrauch und die Feststellung der durch den Verzug mit der Gebrauchsüberlassung begründeten Schadensersatzverpflichtung der Beklagten.

Die Beklagten haben behauptet, ihr Sohn sei nicht bevollmächtigt gewesen, den Mietvertrag vom 26. Juli/29. August 1988 abzuschließen. Der Beklagte zu 1 habe den Abschluß eines Mietvertrages mit der Lebensmittelkette der Klägerin wegen der Vorbehalte der Firma A [REDACTED] abgelehnt. Erst danach habe ihr Sohn den Vertragsentwurf unterzeichnet; dieser habe nur einer Standortsicherung für die Klägerin dienen sollen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Es hat den Mietvertrag vom 26. Juli/29. August 1988 für wirksam zustande gekommen und die zusätzlich vereinbarte Bedingung - der Räumung bzw. Freigabe des Mietobjekts durch die Firma A [REDACTED] - mit deren Auszug im Februar 1989 als erfüllt angesehen.

Mit der Berufung gegen dieses Urteil haben die Beklagten in erster Linie die Inhaberschaft der Klägerin - Firma N [REDACTED] KG - an den mit der Klage geltend gemachten Ansprü-

chen bestritten. Daraufhin hat die Klägerin einen Übertragungs- und Abtretungsvertrag zwischen der N [REDACTED] GmbH und ihr, der N [REDACTED] KG, vom 4. Oktober 1991 vorgelegt, in dem die GmbH erklärte, "sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ... vom 26. Juli/29. August 1988 gemäß § 9 dieses Vertrages" an die N [REDACTED] KG zu übertragen und gleichzeitig alle Ansprüche, die Gegenstand des anhängigen Rechtsstreits sind, an die N [REDACTED] KG abzutreten. Die Beklagten haben einer Klageänderung durch Abtretung von Ansprüchen an die Klägerin widersprochen und im übrigen die inhaltliche Richtigkeit der vorgelegten Abtretung sowie die Vertretungsbefugnis der Unterzeichner der Urkunde vom 4. Oktober 1991 bestritten.

In der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1992 hat der Vertreter der Klägerin nicht verhandelt. Darauf ist am 31. Januar 1992 Versäumnisurteil gegen die Klägerin ergangen, durch welches auf die Berufung der Beklagten unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen wurde. Mit dem Einspruch gegen das Versäumnisurteil hat die Klägerin vorgetragen: Sie sei aktivlegitimiert. Ihre persönlich haftende Gesellschafterin sei die Firma N [REDACTED] Warenhandels GmbH, deren Geschäftsführer Manfred R [REDACTED] und Hans B [REDACTED] seien; Manfred R [REDACTED] besitze Alleinvertretungsbefugnis und sei von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Geschäftsführer der N [REDACTED] GmbH sei Hans B [REDACTED]. Der Übertragungs- und Abtretungsvertrag vom 4. Oktober 1991 sei von Joachim W [REDACTED], Niederlassungsleiter der Firma N [REDACTED] in C [REDACTED], und Siegfried M [REDACTED] unterzeichnet, die von den Geschäftsführern R [REDACTED] und B [REDACTED] entsprechend bevollmächtigt gewesen seien. Diese Bevollmächtigung sei mit - zu

den Akten gereichter, nicht datierter - Vollmacht (GA Bl. 250) von R. und B. nochmals ausdrücklich bestätigt worden. Rein vorsorglich habe die Firma N. GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer B., am 17. Februar 1992 nochmals eine Übertragung und Abtretung an sie, die Firma N. KG, vorgenommen; sie sei hierbei durch ihren Geschäftsführer R. vertreten worden. Den Vertrag vom 17. Februar 1992 hat die Klägerin ebenfalls zu den Akten gereicht.

Die Beklagten haben mit Nichtwissen bestritten, daß die von der Klägerin vorgelegte Vollmacht von dem Vertreter der Klägerin und dem der Mieterin unterzeichnet sei, und daß die ihnen, den Beklagten, unbekannten Vertreter der Klägerin und der Mieterin den Vertrag vom 17. Februar 1992 unterschrieben hätten.

Das Berufungsgericht hat sein Versäumnisurteil vom 31. Januar 1992 aufrechterhalten. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, die die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz.

I. Das Berufungsgericht hat das Klagebegehren abgewiesen, weil die Aktivlegitimation der Klägerin nicht nachgewiesen sei. Dabei hat es weder die Berufung der Klägerin auf den Übertragungs- und Abtretungsvertrag vom 4. Oktober 1991 in Verbindung mit der vorgelegten Vollmacht noch ihre Bezugnahme auf den weiteren Übertragungs- und Abtretungsvertrag vom 17. Februar 1992 durchgreifen lassen. Im einzelnen hat das Oberlandesgericht dazu ausgeführt: Bei der ersten Abtretung vom 4. Oktober 1991 seien unstreitig sowohl auf seiten der Abtretenden, der Firma N. GmbH, als auch auf seiten der Klägerin, Firma N. KG, dieselben Personen rechtsgeschäftlich handelnd tätig geworden, nämlich die Herren W. und M. Von deren wirksamer Bevollmächtigung könne nicht ausgegangen werden. Zwar möge, entsprechend der Behauptung der Klägerin, anzunehmen sein, daß W. und M. "von den Geschäftsführern R. und B. entsprechend bevollmächtigt" gewesen seien. Jedoch werde weder von der Klägerin behauptet noch ergebe sich aus der - nach den entsprechenden Erörterungen der Fragen der Aktivlegitimation in der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1992 vorgelegten - bestätigenden Vollmacht der jeweiligen Geschäftsführer der Zedentin und der Zessionarin, daß die von ihnen Bevollmächtigten W. und M. auch von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen seien.

Auf die Abtretung vom 17. Februar 1992 könne sich die Klägerin ebenfalls nicht mit Erfolg stützen. Zwar trage diese neue Abtretungsurkunde erkennbar die Unterschriften R. und B. Die Beklagten hätten jedoch sowohl die Echtheit der Unterschriften als auch den Inhalt dieser Ur-

kunde ebenso in zulässiger Weise bestritten wie die Behauptung, daß der Vertreter der Klägerin und der der angeblichen Mieterin den fraglichen Abtretungsvertrag vom 17. Februar 1992 unterzeichnet hätten. Soweit die Klägerin für ihre entsprechende Behauptung Beweis durch Vernehmung von R. und B. als Zeugen angeboten habe, sei dieses Beweisangebot ungeeignet, da beide als jeweilige gesetzliche Vertreter einer juristischen Person nicht Zeugen sein könnten. Soweit sie die behauptete Echtheit der Unterschriften durch Antrag auf Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens unter Beweis gestellt habe, sei dieser Antrag erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 1992 und damit verspätet erfolgt (§§ 340 Abs. 3, 296 ZPO). Die Zulassung des Beweismittels würde zu einer Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits führen.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Gegen die Zulässigkeit der im Berufungsrechtszug vorgenommenen Klageänderung bestehen allerdings keine durchgreifenden Bedenken.

Zwar haben die Beklagten der Änderung der Klage, die mit dem Übergang von den in erster Instanz geltend gemachten angeblich eigenen Vertragsansprüchen der Klägerin auf die im Berufungsverfahren erhobenen, auf Abtretung von Seiten der N. GmbH als Mieterin gestützten Ansprüche verbunden gewesen sein dürfte (vgl. Zöllner/Greger ZPO 18. Aufl. § 263 Rn. 7; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO

52. Aufl. § 264 Rn. 14; Stein/Jonas/Schumann ZPO 20. Aufl. § 264 Rn. 31 ff; RGZ 103, 111, 112; 120, 189, 192; auch BVerfGE 54, 117, 127), widersprochen und damit ihre Einwilligung versagt (§ 263 ZPO). Die Klageänderung war jedoch für sachdienlich zu erachten, was das Revisionsgericht selbständig prüfen kann, nachdem das Berufungsgericht die geänderte Klage aus anderen Gründen abgewiesen hat (vgl. Senatsurteil vom 5. Oktober 1988 - IVb ZR 52/87 = BGHR ZPO § 263 Sachdienlichkeit 1 m.w.N.; Zöllner/Greger aaO § 263 Rn. 15). Für die Beurteilung der Sachdienlichkeit einer Klageänderung kommt es darauf an, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so daß sich ein weiterer Prozeß vermeiden läßt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 93/83 = NJW 1985, 1841, 1842). Eine Klageänderung ist danach nicht sachdienlich, wenn ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, ohne daß dafür das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung verwertet werden kann. Hingegen ist Sachdienlichkeit selbst dann zu bejahen, wenn die Klage - wie es hier der Fall war - bereits in erster Instanz hätte geändert werden können, durch die Zulassung der Klageänderung in der Berufungsinstanz aber ein neuer Prozeß vermieden wird. Dabei steht der Sachdienlichkeit auch nicht entgegen, daß aufgrund der Klageänderung neue Parteierklärungen und gegebenenfalls Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Prozesses verzögert wird (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1989 - VII ZR 84/89 = BGHR aaO Sachdienlichkeit 3 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen sind hier die Voraussetzungen für eine Zulassung der Klageänderung zu bejahen. Denn abgesehen von dem Wechsel des Anspruchsgrundes (aus eigenem bzw. abgetretenem Recht der Klägerin) wurde kein neuer Streitstoff zur Entscheidung des Berufungsgerichts gestellt, sondern, wie in erster Instanz, weiterhin um die Wirksamkeit des Mietvertrages vom 26. Juli/29. August 1988 gestritten. Dabei konnte das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung verwertet und mit der Zulassung der Klageänderung ein andernfalls voraussichtlich unvermeidlicher neuer Prozeß zwischen den Mietvertragsparteien vermieden werden.

2. Durchgreifenden Bedenken unterliegt indessen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Inhaberschaft der Klägerin an dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch sei nicht nachgewiesen.

a) Das Berufungsgericht hat dabei zunächst dem Übertragungs- und Abtretungsvertrag vom 4. Oktober 1991 die Wirksamkeit versagt, weil die Bevollmächtigung der für die beiden Vertragsparteien handelnden Herren W. und M. jedenfalls im Hinblick auf § 181 BGB, nicht dargetan sei.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der Vertrag vom 4. Oktober 1991 trägt zwar sowohl auf seiten der Mieterin, Firma N. GmbH, als auch auf seiten der Klägerin, Firma N. KG, jeweils die Unterschriften der Mitarbeiter W. und M.. Falls diese - entgegen dem Inhalt der undatierten "Vollmacht" der Geschäftsführer B. und R. - hierzu nicht wirksam ermächtigt und nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen sein soll-

ten, war der von ihnen geschlossene Vertrag zunächst schwebend unwirksam (vgl. BGB RGRK/Steffen 12. Aufl. § 181 Rn. 15; Staudinger/Dilcher BGB 12. Aufl. § 181 Rn. 30 m.w.N.). Er konnte mithin nachträglich genehmigt werden. Das ist spätestens mit der erwähnten Vollmacht geschehen. Mit dieser haben für die Mieterin, Firma N [REDACTED] GmbH, deren alleiniger Geschäftsführer B [REDACTED] und für die Klägerin, Firma N [REDACTED] KG, der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer ihrer Komplementärin, der Firma N [REDACTED] Warenhandels GmbH, M. R [REDACTED],

"bestätigt, daß unsere Mitarbeiter

Herr Joachim W [REDACTED]
sowie
Herr Siegfried M [REDACTED]
berechtigt waren, den Übertragungs- und Abtretungsvertrag
zwischen N [REDACTED] Lebensmittelhandelsges. mbH,
T [REDACTED] Straße 41, N [REDACTED]
und N [REDACTED] Lebensmittelfilialbetrieb GmbH & Co.
KG, H [REDACTED] Straße 4/Ecke N [REDACTED],
N [REDACTED]
über das Mietobjekt in
[REDACTED] H [REDACTED], G [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße 1
rechtsverbindlich zu unterzeichnen".

Diese Erklärung enthält jedenfalls eine nachträgliche Genehmigung des Handelns der Mitarbeiter W [REDACTED] und M [REDACTED] für die beiden von ihnen vertretenen Vertragsparteien. Da hierbei auf der einen Seite der Geschäftsführer B [REDACTED] für die von ihm vertretene Mieterin und auf der anderen Seite der Geschäftsführer R [REDACTED] als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer für die Komplementärin der Klägerin tätig geworden sind, bestehen gegen die Wirksamkeit der Genehmigung keine durchgreifenden Bedenken. Sowohl die Miete-

rin als auch die Klägerin haben, jeweils vertreten durch ihren Geschäftsführer, das Handeln der beiden Mitarbeiter W[REDACTED] und M[REDACTED] als jeweils für sich verbindlich bestätigt. Probleme aus § 181 BGB ergeben sich insoweit nicht, nachdem weder B[REDACTED] noch R[REDACTED] mit der Genehmigung ein Insichgeschäft vorgenommen haben.

Unabhängig hiervon dürfte die "Vollmacht" im übrigen als inhaltliche Wiederholung, d.h. als Neuvernahme des Übertragungs- und Abtretungsvertrages vom 4. Oktober 1991, geschlossen nunmehr durch die vertretungsberechtigten Organe der N[REDACTED] GmbH einerseits und der N[REDACTED] KG andererseits zu werten sein. Auch unter diesem Gesichtspunkt hält die Entscheidung des Berufungsgerichts der Nachprüfung nicht stand.

b) Die Beklagten haben allerdings mit Schriftsatz vom 11. Mai 1992 mit Nichtwissen bestritten, daß die "Vollmacht" von den Vertretern der Klägerin und der Mieterin unterzeichnet sei. Soweit damit in Frage gestellt sein sollte, daß die Vollmacht die Unterschriften B[REDACTED] und R[REDACTED] trägt, ist das Berufungsgericht dem zu Recht nicht gefolgt. Es geht vielmehr rechtlich unbedenklich davon aus, daß die Vollmacht von den "jeweiligen Geschäftsführern der Zedentin und der Zessionarin" stamme.

c) Das Bestreiten der Beklagten kann sich jedoch, ebenso wie hinsichtlich des späteren Übertragungs- und Abtretungsvertrages vom 17. Februar 1992, auch auf die Echtheit der Unterschriften der Geschäftsführer Hans B[REDACTED] und Manfred R[REDACTED] beziehen.

In diesem Punkt hat das Berufungsgericht die Klägerin verfahrensfehlerhaft für beweisfällig erklärt.

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat sich in der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 1992 vorsorglich "zur Echtheit der Unterschriften auf das Zeugnis der Herren R. und B." bezogen. Dieses Beweisangebot hat das Berufungsgericht für ungeeignet gehalten, "da beide als jeweilige gesetzliche Vertreter einer juristischen Person nicht Zeuge sein" könnten. Das trifft so nicht zu. Gegen die generelle Zeugnisfähigkeit des Vertreters einer juristischen Person in einem Prozeß, an dem diese nicht als Partei beteiligt ist, bestehen keine Bedenken. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß das Gesetz grundsätzlich jedermanns Tatsachenkenntnis für den Rechtsstreit verwendbar machen will; hierfür besteht ein unabweisbares Bedürfnis. Das Gesetz nimmt lediglich denjenigen, der zur Zeit der Einvernahme als Partei zu vernehmen ist, von der Zeugnisfähigkeit aus. Alle anderen Personen können Zeugen sein (BGH, Urteil vom 27. September 1965 - II ZR 239/64 = NJW 1965, 2253, 2254 m.w.N.; Zöllner/Greger aaO § 373 Rn. 4).

Die Mietvertragspartei N. GmbH war zu keinem Zeitpunkt Partei des vorliegenden Rechtsstreits. Ihr Geschäftsführer B. kam daher in dieser Eigenschaft als Zeuge in Betracht. Da er jedoch zugleich - neben dem alleinvertretungsberechtigten Manfred R. - auch Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Klägerin ist, schied er aus diesem Grund gleichwohl für eine Zeugenvernehmung ohne Rücksicht darauf aus, daß er bei Abschluß des Übertragungs- und Abtretungsvertrages nur als Vertreter der

Mieterin gehandelt hat (vgl. Zöller/Greger aaO § 373 Rn. 6 Stein/Jonas/Schumann aaO Vorbem. vor § 373 Rn. 8).

Das schließt indessen, wie die Revision zu Recht rügt, nicht aus, seine Vernehmung als Partei ebenso wie die des weiteren Geschäftsführers R. in Erwägung zu ziehen und das Beweisangebot der Klägerin als Anregung in diesem Sinne aufzufassen. Bei sachgerechtem Verständnis und gegebenenfalls nach einer Klarstellung - auf die das Berufungsgericht im Interesse einer Klärung der Streitfrage hätte hinwirken müssen - hätte sich ergeben, daß der Begriff "Zeugnis" von dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin versehentlich mißverständlich gewählt war und im Sinne von "Aussage" bzw. "Bekundung" als Anregung auf eine Vernehmung der Geschäftsführer in der prozessual hierfür vorgesehenen Weise zu verstehen sein sollte. Das bot sich insbesondere deshalb an, weil die beiden Geschäftsführer diejenigen Personen sind, die authentisch und verbindlich bestätigen können, ob die Unterschriften unter dem Vertrag vom 17. Februar 1992 (und der undatierten Vollmacht) von ihnen stammen. Nach dem Vortrag der Revision hätten sie das "natürlich bestätigt". In diesem Fall lag die Vermutung nahe, daß die Beklagten alsdann ihr Bestreiten nicht weiter aufrechterhalten hätten. Die Frage der Abtretung der Klageansprüche wäre damit geklärt worden.

Das Verfahren des Berufungsgerichts stellt sich deshalb als fehlerhaft dar, weil das Gericht die Klägerin für beweisfällig erklärt hat, ohne zuvor die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung ihrer Geschäftsführer nach § 448 ZPO zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1988 - III ZR

250/86 = BGHR ZPO § 448 Ermessensgrenzen 3; Thomas/Putzo ZPO 18. Aufl. § 448 Rn. 3; Zöllner/Stephan ZPO 17. Aufl. § 448 Rn. 2).

Zwar beruht die Anwendung oder Nichtanwendung des § 448 ZPO auf einer Ermessensentscheidung des Tatrichters. Jedoch handelt es sich dabei nicht um freies, sondern um pflichtgemäßes Ermessen. Das Revisionsgericht kann grundsätzlich nur prüfen, ob der Tatrichter sein Ermessen unsachgemäß ausgeübt, die Grenzen des Ermessens überschritten oder das Ermessen, falls eine Vernehmung nach § 448 ZPO in Betracht kam, überhaupt nicht hat walten lassen (BGH, Urteile vom 20. Mai 1987 - IVa ZR 36/86 = BGHR aaO Ermessensgrenzen 2 und vom 10. März 1988 - III ZR 250/86 aaO; BGHZ 110, 363, 365, 366). Den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils, das die Anwendung des § 448 ZPO nicht ausdrücklich erörtert, läßt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, ob das Berufungsgericht das ihm eingeräumte Ermessen ausgeübt hat. Die in dem Urteil verwendeten Formulierungen deuten eher darauf hin, daß es die Möglichkeit einer Parteivernehmung von Amts wegen überhaupt nicht erwogen hat, sich also seiner Befugnis und Pflicht zur Ermessensausübung nicht bewußt gewesen ist. Das stellt sich unter den gegebenen Umständen als Verfahrensfehler dar (Zöllner/Greger aaO § 448 Rn. 7).

Die Klägerin hatte mit der Vorlage des zwischen ihr und der rechtlich mit ihr verbundenen Mieterin, Firma N [REDACTED] GmbH, geschlossenen Vertrages vom 17. Februar 1992 (und des Vertrages vom 4. Oktober 1991 i.V.m. der erwähnten Vollmacht), auf den sie sich zur Begründung ihres Klagebegeh-

rens ausdrücklich stützte, einen "ersten Anschein" dafür gesetzt, daß sie den Inhalt dieses Vertrages als für sich verbindlich anerkannte. Entsprechendes galt für die durch den Mitgeschäftsführer der Komplementärin der Klägerin vertretene Firma N [REDACTED] GmbH. Als die Beklagten sodann, für die Klägerin offenbar unerwarteterweise, die Echtheit der Unterschriften der beiden Vertreter unter diesem Vertrag bestritten, geriet die Klägerin hierdurch in eine gewisse Beweisnot. Dieser war am ehesten durch persönliche Vernehmung der beiden Geschäftsführer zu begegnen, zumal eine solche den Beklagten und dem Gericht die Gelegenheit zu Fragen und ergänzenden Klarstellungen bot.

d) Die Parteivernehmung der Geschäftsführer R [REDACTED] und B [REDACTED] war nicht von einem Antrag der Klägerin abhängig, sondern konnte von Amts wegen angeordnet werden (§ 448 ZPO). Das Berufungsgericht hatte daher die Möglichkeit, nach Eingang des Schriftsatzes vom 11. Mai 1992, mit dem die Beklagten die Echtheit der Unterschriften unter dem Vertrag vom 17. Februar 1992 bestritten, gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vorbereitend das persönliche Erscheinen der beiden Geschäftsführer der Klägerin zu dem Verhandlungstermin vom 12. Juni 1992 anzuordnen, damit diese im Termin angehört und gegebenenfalls - nach Erlaß eines entsprechenden Beweisbeschlusses - vernommen werden konnten. Eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits hätte sich mit Hilfe einer derartigen vorbereitenden gerichtlichen Maßnahme vermeiden lassen. Aus diesem Grund wäre eine Zurückweisung der Beweisanregung der Klägerin als verspätet schon deshalb nicht in Betracht gekommen, weil einer Verzögerung durch zumutbare prozeßfördernde Maßnahmen des Berufungsge-

richts hätte begegnet werden können (vgl. BGHZ 75, 138, 142, 143).

e) Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Zurückweisung des von der Klägerin hilfsweise gestellten Antrags auf Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens (vgl. dazu allgemein BGH, Urteil vom 3. November 1992 - XI ZR 56/92 = BGHR ZPO § 442 Unterschriftsfälschung 1) kommt es unter den gegebenen Umständen nicht (mehr) entscheidungserheblich an.

3. Das angefochtene Urteil kann schon aus den dargelegten Gründen nicht bestehen bleiben. Es kann auch nicht aus anderen Gründen gehalten werden, § 563 ZPO.

Zwar mögen gegen den mit der Klage verfolgten Anspruch auf Überlassung des Gebrauchs des Mietobjekts (Antrag zu 1) rechtliche Bedenken im Hinblick darauf bestehen, daß die Beklagten gegebenenfalls eine Doppelvermietung (auch an die Firma R. vorgenommen haben, bei der der nicht besitzende Mieter grundsätzlich auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter verwiesen ist (vgl. Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 6. Aufl. Rdn. 65 m.Nachw.; BGH, Urteil vom 11. Dezember 1961 - VIII ZR 46/61 = MdB 1962, 398, 399). Da jedoch nach den Erklärungen der Prozeßbevollmächtigten in der Verhandlung vor dem Senat nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Beklagten unter Umständen mit der Firma R. eine Vereinbarung getroffen haben, kraft deren sie bei einem Unterliegen in diesem Prozeß den Besitz an dem Mietobjekt kurzfristig

wieder erlangen könnten, kommt eine Abweisung des Klageantrags zu 1 aus Rechtsgründen derzeit nicht in Betracht.

Der Klageantrag zu 2 - auf Feststellung des Verzuges der Beklagten mit der Gebrauchsüberlassung - ist erkennbar als Teil der mit dem Antrag zu 3 umfassend geltend gemachten Schadensersatzverpflichtung der Beklagten zu verstehen. Auch er unterliegt daher aus Rechtsgründen nicht einer etwaigen isolierten Abweisung.

Blumenröhr

Krohn

Der Bundesrichter Nonnenkamp
ist im Urlaub und verhindert
zu unterschreiben.

Blumenröhr

Der Bundesrichter Dr. Knauber
ist im Urlaub und verhindert
zu unterschreiben.

Blumenröhr

Gerber