

**BUNDESGERICHTSHOF  
IM NAMEN DES VOLKES  
URTEIL**

BGH, Urteil vom 4. Juli 2012 - VIII ZR 109/11 - LG Dresden  
AG Dresden, Entscheidung vom 30.06.2010 - 140 C 2760/09 -  
LG Dresden, Entscheidung vom 04.03.2011 - 4 S 422/10 -

a) Das Abstehen vom Urkundenprozess ist in der Berufungsinstanz wie eine Klageänderung zu behandeln und daher zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 24 ff.).

b) Zur Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 38 ff.).

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Büniger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 4. März 2011 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

**Tatbestand:**

Die Beklagten sind seit dem Jahre 2002 Mieter einer Wohnung der Klägerin in D. . Mitte des Jahres 2007 zeigten sie der Klägerin schriftlich mehrere Mängel darunter den hier streitgegenständlichen, unstreitig vorhandenen Schimmelbefall in Küche, Schlafzimmer und Kinderzimmer an und minderten fortan die Miete. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2008 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs. Die Klägerin hat im Urkundenprozess die Zahlung rückständiger Miete in Höhe von 6.393,77 € nebst Zinsen sowie die künftige Zahlung der vereinbarten Miete begehrt. Das Amtsgericht hat die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ein Sachverständigengutachten aus einem von den Parteien parallel geführten selbständigen Beweisverfahren vorgelegt, das unter anderem Ausführungen zu den von den Beklagten auch im vorliegenden Verfahren behaupteten baulichen Mängeln der Mietsache enthält. Sie hat im Anschluss hieran die Abstandnahme vom Urkundenprozess erklärt. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben.

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Das Amtsgericht habe die Klage mit Recht als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Die von der Klägerin in der Berufungsinstanz erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess sei unzulässig mit der Folge, dass der Rechtsstreit als Urkundenprozess anhängig bleibe. Zwar sei nach richtiger Auffassung die Abstandnahme vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz auch nach der ZPO-Reform unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig. Die Voraussetzungen des § 533 ZPO seien vorliegend jedoch nicht gegeben, da die Beklagten in die Abstandnahme vom Urkundenprozess nicht eingewilligt hätten und die Abstandnahme auch nicht sachdienlich sei (§ 533 Nr. 1 ZPO). Sachdienlichkeit sei bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise zu verneinen, wenn das Gericht bei Zulassung zur Beurteilung und Entscheidung eines völlig neuen, bis dahin zwischen den Parteien nicht erörterten Streitstoff genötigt würde, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden könne. Dies sei hier der Fall. In einem ordentlichen Verfahren würden die Parteien schwerpunktmäßig darum streiten, auf welchen Ursachen die Schimmelbildung in der Wohnung der Beklagten beruhe und welche Partei sie zu vertreten habe. Mit der Frage nach den Ursachen des Schimmelbefalls, insbesondere ob ein Mangel in der Bausubstanz oder ein fehlerhaftes Nutzungsverhalten der Beklagten vorliege, habe sich das Amtsgericht nicht befasst. Hierzu seien neuer Tatsachenstoff und neue Beweismittel erforderlich. Danach könne ein ordentliches Verfahren nicht allein auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen habe (§ 533 Nr. 2 ZPO). Die vorliegende Klage sei im Urkundenprozess unstatthaft, da sich die Höhe des Mietzinses nicht allein aus der vorgelegten Mietvertragsurkunde ergebe. Denn es liege unstreitig ein Schimmelbefall in der Wohnung der Beklagten vor, der einen Mangel der Mietsache darstelle. Insoweit unterscheide sich der vorliegende Fall von der Fallkonstellation, in welcher der Mieter Mängel der Mietsache behaupte und in der der Bundesgerichtshof eine Mietzahlungsklage im Urkundenprozess für statthaft erachte, weil die Mangelfreiheit nicht zu den für die Begründung des Anspruchs auf Miete erforderlichen Tatsachen gehöre. Ob der als Mangel zu qualifizierende unstreitige Schimmelbefall die Beklagten zur Minderung berechtige, hänge davon ab, wer die Schimmelbildung in der Wohnung der Beklagten zu vertreten habe. Hier sei eine Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen vorzunehmen.

Für die Aufklärung der Ursache von Feuchtigkeitsschäden habe zunächst der Vermieter darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass die Mietsache frei von Baumängeln sei und dass der Zustand der Fenster, der Türen und der Heizung keinen Einfluss auf die Mängel ausübe. Erst wenn der Vermieter bewiesen habe, dass die Schadensursache im Bereich des Mieters gesetzt worden sei, müsse sich der Mieter umfassend entlasten. Den Beweis, dass der aufgetretene Schimmelbefall seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Klägerin, sondern im Obhutsbereich der Beklagten als Mieter habe, könne die Klägerin mit den Mitteln des Urkundenprozesses nicht führen, da hierzu regelmäßig ein Sachverständigengutachten erforderlich sei, das im Urkundenverfahren aber kein zulässiges Beweismittel darstelle.

II.

Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die von der Klägerin im Berufungsverfahren erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess als nicht sachdienlich und daher unzulässig angesehen.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass ein Abstehen vom Urkundenprozess grundsätzlich auch noch in der Berufungsinstanz möglich ist.

a) Nach § 596 ZPO kann ein Kläger, ohne dass es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise abstehen, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt. Die Erklärung der Abstandnahme bewirkt bei Fortdauer der Rechtshängigkeit des geltend gemachten Anspruchs einen Wechsel in der Form des geforderten Rechtsschutzes. Der Rechtsstreit wird im ordentlichen Verfahren ohne die Beschränkungen der §§ 592, 595 ZPO fortgeführt (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 17 mwN).

b) Es entsprach bereits der vor der Umgestaltung des Berufungsverfahrens durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (Zivilprozessreformgesetz - ZPO-RG, BGBl. I S. 1887) ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Auffassung in der Literatur, dass die in § 596 ZPO für das Berufungsverfahren zwar nicht ausdrücklich vorgesehene Abstandnahme vom Urkundenprozess in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung zulässig ist, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält, und zwar mit der Wirkung, dass der Rechtsstreit im zweiten Rechtszug nunmehr im ordentlichen Verfahren anhängig ist (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 25. Februar 1959 - V ZR 139/57, BGHZ 29, 337, 339 f. mwN; vom 31. Mai 1965 - VII ZR 114/63, NJW 1965, 1599; vom 6. Juni 1977 - III ZR 116/75, BGHZ 69, 66, 69; vom 19. Oktober 1999 - XI ZR 308/98, NJW 2000, 143 unter II 2 b cc).

c) Nach dem am 1. Januar 2002 erfolgten Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes sind in der Rechtsprechung der Instanzengerichte und in der Literatur unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten worden, ob die vorstehend genannten Grundsätze mit dem Funktionswandel der Berufung zu einem Instrument der Fehlerkontrolle und Beseitigung und insbesondere mit der in § 533 ZPO enthaltenen Regelung vereinbar sind. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage zunächst offengelassen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2003 - XI ZR 474/02, BGHZ 157, 224, 232), sie jedoch später in Übereinstimmung mit der auch vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung dahingehend entschieden, dass auch nach neuem Recht das Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren wie eine Klageänderung zu behandeln und daher zulässig ist, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 24).

d) Ob für ein Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren zusätzlich die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt sein müssen, hat der Bundesgerichtshof im vorgenannten Urteil dahinstehen lassen können, da diese Voraussetzungen dort gegeben waren (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 34). So liegt der Fall auch hier.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelangt mit dem zulässigen Rechtsmittel außer den vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen auch der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff des ersten Rechtszugs in die Berufungsinstanz. Das Berufungsgericht darf daher auch schriftsätzlich angekündigtes, entscheidungserhebliches Parteivorbringen berücksichtigen, das von dem erstinstanzlichen Gericht für unerheblich erachtet worden ist, auch wenn es im Urteilstatbestand keine Erwähnung gefunden hat (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 35; Musielak/Ball, ZPO, 9. Aufl., § 529 Rn. 3; jeweils mwN). Kommt es aus der allein maßgeblichen Sicht des Berufungsgerichts auf Grund einer Klageänderung für die Entscheidung auf Tatsachen an, die wie hier in dem Urteil des erstinstanzlichen Gerichts aus dessen Sicht folgerichtig trotz entsprechenden Parteivortrags nicht festgestellt sind, bestehen erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO zu eigenen Feststellungen berechtigen und verpflichten (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 37 mwN).

bb) Die Beklagten haben sich im erstinstanzlichen Verfahren nicht darauf beschränkt, die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses in Frage zu stellen. Sie haben vielmehr darüber hinaus wie bereits im Rahmen der zur Akte gereichten vorgerichtlichen Korrespondenz die materielle Berechtigung des Räumungsbegehrens bestritten und haben beweisbewehrten Vortrag zur Mangelhaftigkeit der Mietsache, namentlich zur Ursache des Schimmelbefalls, gehalten. Hierzu hat das erstinstanzliche Gericht aus seiner Sicht folgerichtig zwar keine Feststellungen getroffen.

Das Berufungsgericht wäre aber entgegen seiner Auffassung bei Zulassung der Abstandnahme vom Urkundenprozess nicht zur Beurteilung und Entscheidung eines völlig neuen Streitstoffs gezwungen gewesen.

e) Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess im vorliegenden Fall mit einer rechtsfehlerhaften Begründung verneint.

aa) Zwar kann das Revisionsgericht die Verneinung der Sachdienlichkeit nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt oder die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 40 mwN). Das ist hier jedoch der Fall.

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Beurteilung der Sachdienlichkeit eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei ist entscheidend, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt. 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. Der Sachdienlichkeit steht grundsätzlich nicht entgegen, dass aufgrund der Klageänderung neue Parteierklärungen und gegebenenfalls Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Prozesses verzögert wird (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 41 mwN).

cc) Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit mit der Begründung verneint, mit der im ordentlichen Verfahren maßgeblichen Frage nach den Ursachen des Schimmelbefalls, insbesondere ob ein Mangel in der Bausubstanz oder ein fehlerhaftes Nutzungsverhalten der Beklagten vorliege, habe sich das Amtsgericht nicht befasset, so dass neuer Tatsachenstoff und neue Beweismittel erforderlich seien. Damit hat das Berufungsgericht maßgeblich einen Gesichtspunkt in die Interessenabwägung eingestellt, der nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht geeignet ist, die Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess zu verneinen. Wie bereits ausgeführt, ist der Vortrag der Beklagten zu den behaupteten Mängeln des Mietobjekts gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in der Berufungsinstanz angefallen (vgl. oben II 1 d aa und bb sowie BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 43 mwN). Es handelt sich folglich nicht um einen völlig neuen Prozessstoff, der im Berufungsverfahren erstmals zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird. Durch das Abstehen vom Urkundenprozess wird dieses Vorbringen der Beklagten lediglich ohne die Beschränkungen der §§ 592, 595 ZPO entscheidungserheblich. Die sich hieraus ergebende Notwendigkeit einer Beweisaufnahme ist kein tragfähiger Grund, um die Sachdienlichkeit zu verneinen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO).

Dies gilt erst recht, wenn sich wie hier in einem selbständigen Beweisverfahren der Parteien sogar bereits ein Sachverständiger mit dem Mangel und dessen streitigen Ursachen befasst hat.

2. Damit war im Streitfall das von der Klägerin erklärte Abstehen vom Urkundenprozess zulässig. Durch die Erklärung ist der Rechtsstreit vom Urkundenprozess in das ordentliche Verfahren überführt worden, so dass es auf die vom Berufungsgericht des Weiteren behandelte Frage der Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess nicht ankommt. Das Berufungsgericht hätte die Klage daher nicht als im Urkundenprozess unzulässig abweisen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, aaO Rn. 46 mwN).

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Milger Dr. Hessel  
Dr. Achilles Dr. Bünger