



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZR 136/05

vom

13. Dezember 2006

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Dezember 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke, die Richter Fuchs und Dr. Ahlt und die Richterin Dr. Vézina

beschlossen:

Die Kläger werden gemäß § 552 a ZPO darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, ihre Revision zurückzuweisen. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis 28. Februar 2007

Gründe:

- 1            Gemäß § 552 a ZPO weist das Revisionsgericht eine vom Berufungsgericht zugelassene Revision zurück, wenn die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat.
  
- 2            Wird eine Revision unbeschränkt zugelassen und legen beide Parteien Revision ein, kann eine Zurückweisung auch nur einer der beiden Revisionen erfolgen. Der Gesetzgeber hat weder bei Einführung des - die Reform des Revisionsrechts ergänzenden - § 552 a ZPO (BT-Drucks. 15/3482, S. 18 f.) noch bei dem - diesem als Vorbild dienenden - § 522 ZPO (BT-Drucks. 14/4722, S. 96 ff.) vorgesehen, dass bei beiderseitigen Rechtsmitteln die Zurückweisung nur eines der beiden Rechtsmittel durch Beschluss ausgeschlossen sein soll (zu unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur: Musielak/Ball, ZPO, 5. Aufl., § 522 Rdn. 28 a; MünchKomm/Rimmelpacher, ZPO Aktualisierungs-

band, 2. Aufl. Rdn. 27 und Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl. § 522 Rdn. 4 f.) .

3           Zwar bleibt in den Fällen der Teilzurückweisung eine mündliche Verhandlung erforderlich. Gleichwohl beschränkt sich der Rechtsstreit in dieser dann auf die noch wesentlichen Fragen. Der Zurückweisungsbeschluss bewirkt eine Konzentration des Streitstoffes. Schon dadurch wird das Ziel einer zügigen Durchführung des Revisionsverfahrens (vgl. dazu BT-Drucks. 15/3482 S. 19) für den durch die Zurückweisung der Revision gemäß § 552 a ZPO erledigten Teil des Rechtsstreits erreicht.

4           Für die Parteien kann eine frühe Entscheidung revisionsrechtlich nicht relevanter Teile des Rechtsstreits eine schnellere Vollstreckbarkeit bedeuten. In jedem Fall tritt eine Kostenersparnis ein, weil sich der Streitwert vor der mündlichen Verhandlung reduziert. Die Fallgestaltung eines unzulässigen Teilurteils liegt hier nicht vor.

5           Daher ist die Revision der Kläger durch Beschluss gemäß § 552 a ZPO zurückzuweisen. Es ist weder ein Zulassungsgrund gegeben, noch hat die Revision Aussicht auf Erfolg.

#### I.

6           Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat in seinem Urteil die Revision zugelassen, ohne einen Zulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) zu nennen. Auch die Parteien haben in ihren Revisionsbegründungen keinen Zulassungsgrund dargelegt. Ein solcher ist auch nicht ersichtlich:

7           1. Eine grundsätzliche Bedeutung im Sinne § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist nur gegeben, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist (vgl. zu diesem und den beiden nachfolgenden Zulassungsgründen jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen: MünchKomm/Wenzel, ZPO Aktualisierungsband, 2. Aufl., § 543 Rdn. 6 ff.; Musielak/Ball, ZPO, 5. Aufl., § 543 Rdn. 4 ff. und Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 543 Rdn. 11 ff.).

8           Es ist jedoch keine der im Rechtsstreit aufgeworfenen Fragen zu einer Kappungsgrenze, zum Mitverschuldenseinwand oder zur Schadenskausalität bei Mietausfallschäden ungeklärt (vgl. vielmehr m.w.N. Senatsurteile vom 23. November 1994 BGHZ 128, 74 ff. und 16. Februar 2005 - XII ZR 162/01 - NZM 2005, 340 f.)

9           2. Für den Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1, Nr. 2, 1. Alt ZPO) ist das Bedürfnis nach einer revisionsgerichtlichen Leitentscheidung für die Rechtspraxis, nach Leitsätzen für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen oder zur Ausfüllung von Gesetzeslücken maßgebend.

10           Auch an diesen Kriterien fehlt es, da bereits umfangreiche und ausreichende Judikatur zu den unter 1 genannten Fragen vorliegt (siehe auch dazu Senatsurteile BGHZ 128, 74 ff. und vom 16. Februar 2005 aaO).

11           3. Der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1, Nr. 2, 2. Alt. ZPO) setzt voraus, dass das Berufungsgericht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgewichen ist. Dabei muss ein Fehler im Berufungsurteil über den Einzelfall hinaus Wirkung entfalten.

12 Vorliegend ist das Berufungsgericht zwar in der Frage, ob Schadenersatzansprüche der Umsatzsteuer unterworfen sind, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgewichen. Dadurch werden aber nicht die Kläger, sondern nur die Beklagte beschwert.

## II.

13 Die Revision der Kläger hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

14 1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Anträge der Kläger nicht richtig ausgelegt und deshalb nicht vollständig darüber entschieden, greift nicht.

15 Die Kläger haben den Feststellungsantrag bezogen auf den Schadenersatzanspruch wegen des Verlustes des Eigentums an der vermieteten Immobilie durch deren Zwangsversteigerung erstmals in der Berufungsbegründung vom 8. Februar 2002 gestellt. Sie haben diesen Antrag später wiederholt geändert, ohne dass in der letzten mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2006, auf die schließlich das Berufungsurteil ergangen ist, ausdrücklich ein entsprechender Feststellungsantrag formuliert wurde. Gemäß §§ 525 Satz 1, 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO obliegt es den Parteien, bestimmte Anträge zu stellen. Das Berufungsgericht hat wiederholt detaillierte rechtliche Hinweise (§ 525 Satz 1, 279 Abs. 3, 139 ZPO) gegeben. Es kann dem Berufungsgericht daher auch nicht angelastet werden, Vortrag der Kläger dadurch übergangen zu haben, dass ein rechtlicher Hinweis auf Antragsänderung unterblieben ist.

16 2. Auch die Rüge unrichtiger Schadensberechnung wegen Abzugs der vom Zwangsverwalter vereinnahmten Miete für den Zeitraum Februar bis November 2003 kann nicht zum Erfolg der Revision führen.

17 Die Kläger haben zunächst nicht angegeben, dass vom Zwangsverwalter überhaupt Mieten eingezogen werden konnten. Das Berufungsgericht war insoweit auf den Vortrag der Beklagten angewiesen. Entgegen der Revisionsbegründung steht nicht fest, dass nach Zuschlagserteilung vom Zwangsverwalter Mieten vereinnahmt und an den Ersteher abgeführt worden sind. Hier hätte es an den Klägern als vormaligen Grundstückseigentümern und Vollstreckungsschuldern gelegen, in den Tatsacheninstanzen rechtzeitig Vortrag zu halten.

18 Die Kläger mussten substantiiert behaupten und gegebenenfalls beweisen, dass ihnen ein Mietausfallschaden entstanden ist. Dazu gehörte auch die Angabe über Vorgänge während des Zwangsverwaltungs- und des Zwangsversteigerungsverfahrens. An diesen Verfahren waren die Kläger, nicht aber die Beklagte beteiligt. Es war daher eine Obliegenheit der Kläger, in den Tatsacheninstanzen entsprechenden Vortrag zu halten. In der Revisionsinstanz kann dieser Tatsachenvortrag nicht nachgeholt werden.

19 3. Schließlich ist auch die Rüge der Revision zur Verzinsung ihrer Hauptforderung unbegründet.

20 Das Berufungsgericht durfte Verzugszinsen versagen. Zwar kann eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung eine Mahnung entbehrlich machen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1990 - VIII ZR 337/88 - NJW-RR 1990, 442 ff., 444). Das Vorliegen einer solchen ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung durfte das Berufungsgericht verneinen. Die Parteien haben längere Zeit außergerichtlich über Schadensersatzansprüche verhandelt. Die 400.000 € haben die Kläger erst mit Klageerweiterung an sich und später durch Klageänderung als Leistung an die Raiffeisenbank e.G.H. gefordert. Das Berufungsgericht konnte daher frei von revisionsrechtlich relevanten Fehlern

davon ausgehen, dass eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung noch nicht vorlag.

Hahne

Weber-Monecke

Fuchs

Ahlt

Vézina

Vorinstanzen:

LG Itzehoe, Entscheidung vom 24.10.2001 - 6 O 112/01 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 21.07.2005 - 4 U 167/01 -