



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 255/17

Verkündet am:
27. Februar 2019
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

ZPO § 144 Abs. 1 Satz 1

- a) Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es nach § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO ein Sachverständigengutachten ohne Antrag des Beweispflichtigen von Amts wegen einholt; dies befreit die Partei jedoch nicht von ihrer Darlegungs- und Beweislast (im Anschluss an BGH, Urteil vom 9. Dezember 2014 - X ZR 13/14, juris Rn. 34).
- b) Daher ist es regelmäßig nicht ermessensfehlerhaft, wenn der Tatrichter, nachdem er zuvor auf die Erforderlichkeit eines entsprechenden Beweisantrags hingewiesen hat, wegen des offen ausgesprochenen entgegenstehenden Willens der beweisbelasteten Partei von der Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amts wegen absieht.

ZPO § 531 Abs. 2 Satz 1

- a) Nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits durch das Revisionsgericht darf das Berufungsgericht in der wiedereröffneten Berufungsverhandlung auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Grenzen des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO zulassen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 2. April 2004 - V ZR 107/03, NJW 2004, 2382 unter II 4 a; Beschluss vom 23. August 2016 - VIII ZR 178/15, NJW-RR 2017, 72 Rn. 19).
- b) Eine fehlerhafte Berücksichtigung von neuem Tatsachenvortrag durch das Berufungsgericht unterliegt nicht der revisionsrechtlichen Nachprüfung (st. Rspr.; vgl.

ECLI:DE:BGH:2019:270219UVIIIZR255.17.0

BGH, Urteile vom 6. Dezember 2007 - III ZR 146/07, NJW-RR 2008, 459 Rn. 10;
vom 2. März 2005 - VIII ZR 174/04, NJW-RR 2005, 866 unter II 1; jeweils mwN).

BGH, Urteil vom 27. Februar 2019 - VIII ZR 255/17 - LG Mainz
AG Mainz

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit Schriftsatzfrist bis zum 30. Januar 2019 durch die Richterin Dr. Fetzer als Vorsitzende, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Büniger, Kosziol und Dr. Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 25. Oktober 2017 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte ist seit 2010 Mieterin einer im Dachgeschoss gelegenen Dreizimmerwohnung der Klägerin in Mainz. Mit Schreiben vom 26. August 2014 verlangte die Klägerin die Zustimmung der Beklagten zu einer Erhöhung der seit Mietbeginn unveränderten monatlichen Nettokaltmiete von 738 € auf 798,62 €, beginnend mit dem 1. November 2014, was die Beklagte verweigerte.

2 Im Mietvertrag ist eine bestimmte Wohnfläche nicht vereinbart. In dem Mieterhöhungsverlangen heißt es unter anderem:

"Die Mietsache [...] ist im Jahre 1998 fertiggestellt worden und hat eine Wohnfläche von 92,54 qm. Die von Ihnen angemietete Maisonette-Wohnung ist in das Mietspiegelfeld "gut" einzuordnen, wonach bis zu 9,36 € pro Quadratmeter ortsüblich sind. Die aktuelle Nettokaltmiete beträgt 7,97 € pro Quadratmeter monatlich, insgesamt 738,00 €. Diese

Miete wird um 0,66 € pro Quadratmeter Wohnfläche erhöht, so dass die neue Nettokaltmiete sich auf 8,63 € pro Quadratmeter, das bedeutet auf 798,62 € monatlich beläuft. [...]"

3 Das Amtsgericht hat die auf Zustimmung zur Mieterhöhung gerichtete Klage abgewiesen. Die dagegen von der Klägerin eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Auf die Revision der Klägerin hat der Senat (Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 181/16, NJW-RR 2017, 842) die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat die Beklagte nunmehr eine Berechnung vorgelegt, nach der die Wohnfläche nur 80,674 qm beträgt. Der Klägervertreter hat dem Berufungsgericht auf Nachfrage mitgeteilt, einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht stellen zu wollen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Da die für die Wohnungsgröße beweisbelastete Klägerin keinen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gestellt habe, obwohl die Beklagte eine um ca. 11 qm abweichende Berechnung der Wohnungsgröße

vorgelegt habe, sei die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts erneut zurückzuweisen.

7 Zwar habe die Beklagte die erstinstanzlich von der Klägerin vorgetragene Wohnfläche von 92,54 qm im ersten Durchlauf des Berufungsverfahrens nicht substantiiert bestritten. Nach § 138 Abs. 3 ZPO werde ein Geständnis fingiert, allerdings ohne eine Bindungswirkung wie in der Vorschrift des § 290 ZPO vorgesehen, so dass ein späteres Bestreiten zulässig bleibe. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren habe die Beklagte die Wohnungsgröße aber nunmehr substantiiert bestritten, indem sie eine eigene Berechnung vorgelegt habe, wonach die Wohnfläche lediglich 80,674 qm betrage.

8 Dabei handele es sich um eine im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Tatsache gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, die jedoch gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zulässig sei. Denn hätte das Berufungsgericht die später vom Bundesgerichtshof für zutreffend erachtete Rechtsauffassung, nämlich dass ein unsubstantiiertes Bestreiten der Beklagten und damit ein Fall des § 138 Abs. 3 ZPO vorliege, bereits früher geteilt, dann hätte ein entsprechender Hinweis an die Beklagte erfolgen und ihr Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden müssen.

9 Weil nunmehr ein substantiiertes Bestreiten der Wohnungsgröße durch die Beklagte vorliege, das in der wiedereröffneten Berufungsinstanz zu berücksichtigen sei, und da die Klägerin die tatsächliche Größe der Wohnung zu beweisen habe, sie es aber trotz ausdrücklichen Hinweises und Befragens des Berufungsgerichts im Termin zur mündlichen Verhandlung am 19. September 2017 ausdrücklich abgelehnt habe, einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Größe der Wohnfläche zu stellen, sei sie insoweit beweisfällig geblieben.

10 Daher sei die Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung im Ergebnis zu
Recht abgewiesen worden.

II.

11 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand; die Revision ist
daher zurückzuweisen.

12 Zu Recht hat das Berufungsgericht die Klägerin für die tatsächliche
Wohnungsgröße als beweisfällig angesehen und folgerichtig einen Anspruch
der Klägerin auf Zustimmung zu der begehrten Mieterhöhung (§ 558 Abs. 1
BGB) rechtsfehlerfrei verneint.

13 1. Dabei ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass
gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB der Vermieter die Zustimmung zur Erhöhung
der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen kann, wenn die Miete
- wie hier - in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit
15 Monaten unverändert ist und dass für die Berechnung der Mieterhöhung
gemäß § 558 Abs. 1 BGB wie auch für den hiernach vorzunehmenden Abgleich
mit der ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) die tatsächliche
Größe der vermieteten Wohnung maßgeblich ist (Senatsurteile vom
18. November 2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rn. 10; vom 31. Mai 2017
- VIII ZR 181/16, aaO Rn. 10 f.).

14 2. Wie auch die Revision nicht verkennt, liegt die Beweislast für die in
Ansatz zu bringende tatsächliche Wohnungsgröße nach allgemeinen Grundsät-
zen bei der Klägerin als Vermieterin der Wohnung, die eine Mieterhöhung ver-
langt (Senatsurteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 181/16, aaO Rn. 13). Den Be-
weis für die von ihr vorgetragene Wohnfläche von 92,54 qm hat die Klägerin
indes nicht erbracht.

- 15 Nachdem die Beklagte die von der Klägerin vorgetragene Wohnungsgröße von 92,54 qm unter Vorlage des Messergebnisses der einzelnen Räume und einer sich hieraus nach ihrer Berechnung ergebenden Wohnfläche von 80,674 qm substantiiert bestritten hatte, oblag es daher der Klägerin, Beweis für die Richtigkeit der von ihr behaupteten Größe der Wohnung anzutreten. Dies hat sie versäumt. Die - anwaltlich vertretene - Klägerin hat im Termin zur mündlichen Berufungsverhandlung vom 19. August 2017 auf Nachfrage des Berufungsgerichts, ob sie die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Größe der Wohnfläche beantragen wolle, die Stellung eines solchen Beweisantrags ausdrücklich abgelehnt und auch kein anderes Beweismittel angeboten.
- 16 a) Das Berufungsgericht hat den in der wiedereröffneten Berufungsverhandlung erstmalig von der Beklagten gehaltenen substantiierten Vortrag einer um ca. 11 qm vom Klägervortrag abweichenden Wohnfläche zutreffend gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO als berücksichtigungsfähig zugelassen. Dies ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wovon auch die Revision ausgeht. Denn es ist bereits nicht erkennbar, dass das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO unzutreffend beurteilt hätte. Zudem könnte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs selbst eine fehlerhafte Berücksichtigung von neuem Tatsachenvortrag mit der Revision nicht mit Erfolg gerügt werden (BGH, Urteile vom 6. Dezember 2007 - III ZR 146/07, NJW-RR 2008, 459 Rn. 10; vom 2. März 2005 - VIII ZR 174/04, NJW-RR 2005, 866 unter II 1; jeweils mwN). Damit oblag es der Klägerin, den Nachweis für die Richtigkeit der von ihr behaupteten Wohnfläche zu erbringen.
- 17 b) Entgegen der Auffassung der Revision war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, den Vortrag der Beklagten zum Anlass zu nehmen, nach § 144

Abs. 1 Satz 1 ZPO von Amts wegen ein Sachverständigengutachten zur Ermittlung der tatsächlichen Wohnungsgröße einzuholen.

18 aa) Nach § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann zwar das Gericht auch ohne Antrag des Beweispflichtigen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Die Anordnung steht dabei im pflichtgemäßen Ermessen und kann auch nur hinsichtlich der Ausübung des Ermessens vom Revisionsgericht überprüft werden (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2014 - X ZR 13/14, juris Rn. 34). Durch die Möglichkeit, ein Gutachten von Amts wegen einzuholen, sind die Parteien aber nicht von ihrer Darlegungs- und Beweislast befreit (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2014 - X ZR 13/14, aaO). Dementsprechend ist ein Tatrichter, dem die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage fehlt und der davon absehen will, von Amts wegen gemäß § 144 ZPO sachverständige Hilfe in Anspruch zu nehmen, grundsätzlich nur gehalten, die beweisbelastete Partei auf die Notwendigkeit eines Beweisantrags nach § 403 ZPO hinzuweisen (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1986 - III ZR 121/85, NJW 1987, 591 unter III 2; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Juni 2015 - IV ZR 181/14, VersR 2015, 1119 Rn. 16).

19 Die Revision, die den Tatrichter trotz Erteilung eines solchen Hinweises allgemein verpflichtet sieht, bei mangelnder eigener Sachkunde von Amts wegen einen Sachverständigen hinzuziehen, verkennt, dass die Durchführung des Zivilprozesses einschließlich der Beweiserhebung von dem Grundsatz der Parteiherrschaft geprägt wird. Grundsätzlich bestimmen die Parteien darüber, worüber und mit welchen Erkenntnismitteln Beweis erhoben werden soll (Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., Vor § 128 Rn. 10 ff., Vor § 284 Rn. 2). Danach obliegt es in erster Linie der beweisbelasteten Partei - hier der Klägerin - beziehungsweise ihrem Prozessbevollmächtigten, selbst darüber zu entscheiden, welche Beweismittel angeboten werden. Dies gilt insbesondere bei der Einho-

lung eines grundsätzlich mit einem höheren Kostenaufwand verbundenen Sachverständigengutachtens, wie hier eines solchen zur Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche der vermieteten Wohnung. Vor diesem Hintergrund ist es regelmäßig nicht ermessensfehlerhaft, wenn der Tatrichter - wie auch im Streitfall - wegen des nach einem erteilten Hinweis auf die Erforderlichkeit eines entsprechenden Beweisantritts offen ausgesprochenen entgegenstehenden Willens der beweisbelasteten Partei von der amtswegigen Einholung eines Sachverständigengutachtens absieht (OLG München, NJW-RR 2014, 1123 f.; OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1993, 169 f.). Besondere Gründe, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, zeigt die Revision nicht auf.

20 bb) Auch ansonsten hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei die Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amts wegen unterlassen. Das Berufungsgericht war - entgegen der Auffassung der Revision - nicht gehalten, die Klägerin gemäß § 139 ZPO zu befragen, ob sie einen Auslagenvorschuss (vgl. § 17 Abs. 3 GKG) leisten oder hiervon absehen werde. Denn wenn eine anwaltlich vertretene Partei - wie hier - auf Nachfrage ausdrücklich erklärt, zu einer vom Gericht für beweisbedürftig erachteten Frage keinen Sachverständigenbeweis antreten zu wollen und gleichzeitig an ihrer abweichenden Auffassung festhält, dass die betreffende Behauptung wegen § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelte, bringt sie damit zum Ausdruck, dass aus ihrer Sicht eine Beweiserhebung nicht erforderlich sei. Bei dieser Sachlage erübrigt sich die nachgeordnete Frage, ob die Partei zur Leistung eines Kostenvorschusses bereit wäre.

21 c) Schließlich musste das Berufungsgericht die Klägerseite - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht gemäß § 139 ZPO zusätzlich darauf hinweisen, dass das "Entscheidungsprogramm" des wiedereröffneten Berufungsverfahrens durch das vorangegangene Revisionsurteil des Senats in kei-

ner Weise vorgezeichnet sei und es keine Bindung des Berufungsgerichts dahin gebe, dass es jetzt nur noch die Feststellungen zu den sonstigen Voraussetzungen des Mieterhöhungsverlangens zu treffen habe. Dass das Berufungsgericht auch nach der Zurückverweisung eines Rechtsstreits neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Grenzen des § 531 Abs. 2 ZPO zulassen darf, entspricht gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. etwa BGH, Urteil vom 2. April 2004 - V ZR 107/03, NJW 2004, 2382 unter II 4 a; Senatsbeschluss vom 23. August 2016 - VIII ZR 178/15, NJW-RR 2017, 72 Rn. 19). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 531 Abs. 2 ZPO, der keine Unterscheidung zwischen verschiedenen Stadien des Berufungsverfahrens trifft. Vor diesem Hintergrund war weder der Senat gehalten, in seinem in der vorliegenden Sache ergangenen Revisionsurteil vom 31. Mai 2017 (VIII ZR 181/16, aaO) auf diesen Gesichtspunkt gesondert einzugehen, noch das Berufungsgericht verpflichtet, der Klägerin einen entsprechenden Hinweis zu erteilen. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht dem Klägerevertreter ausweislich des Verhandlungsprotokolls unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass es das neue Beklagtenvorbringen zur tatsächlichen Wohnungsgröße berücksichtigen werde und die Klägerin nunmehr Beweis für die von ihr behauptete Wohnfläche anzutreten habe. Es hat also für alle Prozessbeteiligten erkennbar gerade nicht beabsichtigt, allein noch Feststellungen zu den sonstigen Voraussetzungen des Mieterhöhungsverlangens zu treffen.

22

3. Ebenfalls ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Klägerin für ihr Mieterhöhungsverlangen in voller Höhe als beweisfällig angesehen. Entgegen der Auffassung der Revision ist das Mieterhöhungsverlangen auch ausgehend von einer als ortsüblich anzusetzenden Mietspanne von "bis zu 9,36 €" pro qm nicht - auch nicht teilweise - in Höhe von 755,11 € (80,674 qm x 9,36 €) begründet.

23

Nach dem klaren Wortlaut des Mieterhöhungsverlangens der Klägerin vom 26. August 2014, das der Senat, weil weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen, selbst auslegen kann (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2014 - VIII ZR 25/14, NJW 2015, 473 Rn. 29), sollte die Miete nicht um den obersten Wert der Spanne des Mietspiegelfeldes erhöht werden, sondern "um 0,66 € pro Quadratmeter Wohnfläche [...], so dass die neue Nettokaltmiete sich auf 8,63 € pro Quadratmeter [...] beläuft". Damit hat die Klägerin die für die Wohnung angemessene Miete auf 8,63 € pro Quadratmeter festgelegt und gerade nicht den obersten Wert der Spanne angesetzt. Hiernach ergibt sich kein über die derzeitige Nettokaltmiete von 738 € hinausgehender Betrag.

Dr. Fetzer

Dr. Hessel

Dr. Bünger

Kosziol

Dr. Schmidt

Vorinstanzen:

AG Mainz, Entscheidung vom 18.03.2015 - 81 C 5/15 -

LG Mainz, Entscheidung vom 25.10.2017 - 3 S 61/15 -