



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 42/15

Verkündet am:
15. April 2016
Rinke
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 279 Abs. 3

§ 279 Abs. 3 ZPO verpflichtet das Gericht grundsätzlich nicht dazu, im Anschluss an die Beweisaufnahme seine vorläufige Beweiswürdigung mitzuteilen, um der Partei Gelegenheit zu geben, weitere Beweismittel anzubieten. Anders ist es nur, wenn eine Mitteilung zur Vermeidung einer nach Art. 103 Abs. 1 GG unzulässigen Überraschungsentscheidung erforderlich ist, weil die Partei nach dem Verlauf der Beweisaufnahme nicht damit rechnen musste, dass das Gericht den Beweis als nicht geführt ansehen wird.

BGH, Urteil vom 15. April 2016 - V ZR 42/15 - OLG Hamm
LG Essen

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und die Richter Dr. Czub, Dr. Kazele und Dr. Göbel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. Januar 2015 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit notariellem Vertrag vom 17. Mai 1990 bestellte die Rechtsvorgängerin der Beklagten der Rechtsvorgängerin der Klägerin ein Erbbaurecht auf einem ihrer Grundstücke in der Innenstadt einer mittelgroßen Stadt mit einer Laufzeit von 70 Jahren. Vereinbart wurden ein jährlicher Erbbauzins von 144.000 DM und eine an den Lebenshaltungskostenindex gebundene Wertsicherungsklausel.
- 2 Die Rechtsvorgängerin der Beklagten war auch Eigentümerin des benachbarten Grundstücks, auf dem sie ein Warenhaus betrieb. In dem Erbbaurechtsvertrag wurde der Erbbauberechtigte verpflichtet, gemäß beigefügten Unterlagen (Bauzeichnungen und Baubeschreibung) ein Wohn- und Geschäfts-

haus mit kleinteiligem Einzelhandel sowie Parkplätzen im Tiefgeschoss auf dem Erbbaugrundstück zu errichten. Der Baukörper war so herzustellen, dass eine Passage in dem Gebäude unmittelbar auf den Eingang des Warenhauses der Erbbaurechtsausgeberin zuführte.

3 Der Erbbaurechtsvertrag wurde durch Eintragung des Rechts in das Grundbuch vollzogen und das Erbbaugrundstück dem Vertrag gemäß bebaut. Der Erbbauzins betrug zuletzt 94.067,65 € jährlich. Die Klägerin erwarb das Erbbaurecht im Jahr 1997 und die Beklagte das Erbbaugrundstück im Jahr 2006. Das Warenhaus wurde im Jahr 2007 geschlossen, im Folgejahr unter einer anderen Firma wieder eröffnet, im Jahr 2009 jedoch erneut geschlossen und seitdem nicht wieder eröffnet.

4 Die Klägerin hat vorgerichtlich von der Beklagten die Zustimmung zur Vertragsanpassung durch Herabsetzung des vereinbarten Erbbauzinses mit der Begründung verlangt, der Betrieb des Warenhauses sei Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrags gewesen. Mit dessen Schließung sei der Ladenpassage der Charakter als stark frequentierte Verbindung genommen worden, was zu einem erheblichen Rückgang ihrer Mieteinnahmen geführt habe. Die Klägerin hat unter Vorlage eines Gutachtens eine Herabsetzung des Erbbauzinses auf den jetzt marktüblichen Betrag von 21.436,80 € im Jahr verlangt. Mit der Klage möchte sie die Feststellung erreichen, dass sie seit dem 1. Oktober 2012 nicht mehr verpflichtet ist, einen 21.436,80 € jährlich übersteigenden Erbbauzins zu zahlen; hilfsweise hat sie beantragt, die Beklagte zu verurteilen, einer entsprechenden Änderung des Erbbaurechtsvertrags zuzustimmen.

5 Das Landgericht hat den Hauptantrag als unzulässig und den Hilfsantrag als unbegründet abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Hauptantrag zwar

als zulässig, aber als unbegründet angesehen und die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

6 Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB. Es sei schon nicht festzustellen, dass der Betrieb des Warenhauses während der Laufzeit des Erbbaurechts Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrags gewesen sei. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt und bewiesen, dass durch die Schließung des Warenhauses eine schwerwiegende, die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitende Äquivalenzstörung eingetreten sei. Die Ursächlichkeit der Warenhausschließung für den Rückgang der Mieteinkünfte der Erbbauberechtigten sei nicht festzustellen, weil die Verschlechterung der Vermietungssituation auf einer Vielzahl von Ursachen beruhe, die auch zur Schließung des Warenhauses geführt habe. Ohnehin sei für die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage kein Raum, weil sich ein Risiko verwirklicht habe, das nach der vertraglichen Regelung von der Klägerin zu tragen sei.

II.

7 Die Revision ist auf Grund der Bindung des Revisionsgerichts an die Zulassung durch das Berufungsgericht (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO) statthaft, ob-

wohl die Zulassung im Berufungsurteil nicht begründet worden und ein Zulassungsgrund auch nicht ersichtlich ist.

8 Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg, weil das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf eine Vertragsanpassung durch Herabsetzung des Erbbauzinses wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) zu Recht verneint.

9 1. Die Klägerin kann eine Anpassung der Vereinbarung über den Erbbauzins nicht deshalb verlangen, weil nach ihrem Vortrag der jetzt marktübliche (im vorgelegten Gutachten nach der üblichen Verzinsung des Bodenwerts berechnete) Erbbauzins nur etwa 23 % des vertraglich geschuldeten Erbbauzinses beträgt.

10 a) Bei den gegenseitigen entgeltlichen Verträgen gehört der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung allerdings zur objektiven Geschäftsgrundlage, auch wenn dies bei den Vertragsverhandlungen nicht besonders bestimmt ist (vgl. Senat, Urteil vom 23. Mai 2014 - V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rn. 18). Das kann zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen, wenn im Lauf des Vollzugs eines langfristigen Vertrags durch eine Veränderung der allgemeinen Verhältnisse (Geldentwertung, Änderung der Bauleitplanung usw.) ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung entsteht. Voraussetzung für einen Anspruch auf Vertragsanpassung ist jedoch auch bei einer Störung der objektiven Geschäftsgrundlage, dass das Äquivalenzmissverhältnis nicht zu den Risiken zählt, welche die von den Änderungen nachteilig betroffene Vertragspartei nach dem Gesetz oder nach dem Vertrag zu tragen hat (vgl. Senat, Urteil vom 23. Mai 2014 - V ZR 208/12, aaO Rn. 22 mwN). Um ein solches Risiko handelt es sich hier.

- 11 Aus dem Umstand, dass bei einer Neubestellung des Erbbaurechts heute nur ein Erbbauzins von etwa einem Fünftel des im Jahr 1990 Vereinbarten erzielt würde, ergibt sich zwar - wovon auch das Berufungsgericht ausgeht - nach den derzeitigen Marktpreisen ein schwerwiegendes Missverhältnis der Werte von Leistung und Gegenleistung. Die darin zum Ausdruck kommende Minderung des Werts der Sachleistung begründet jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Das beruht darauf, dass der Erbbauberechtigte als Käufer des Erbbaurechts (zur Rechtsnatur des Bestellungsvertrags: BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - IX ZR 145/04, NJW-RR 2006, 188 Rn. 10; Urteil vom 19. April 2007 - IX ZR 59/06, NJW 2007, 2325 Rn. 10) wie der Käufer eines Grundstücks das Risiko der Entwertung der Sachleistung tragen muss. Er kann deswegen nicht eine Herabsetzung des Erbbauzinses mit der Begründung verlangen, dass der vor vielen Jahren vereinbarte Erbbauzins weit über demjenigen liegt, der nunmehr bei einem Neuabschluss des Erbbaurechtsvertrags verlangt werden könnte (vgl. OLG Braunschweig, Urteil vom 8. Dezember 2011 - 8 U 172/10, juris Rn. 70; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 9 ErbbauRG Rn. 51; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. Rn. 6.195).
- 12 b) Eine Herabsetzung des Erbbauzinses nach § 313 Abs. 1 BGB wegen des nach Vertragsschluss eingetretenen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung käme - wovon das Berufungsgericht auch ausgeht - allerdings in Betracht, wenn die Vertragsschließenden im Jahr 1990 wegen der Nähe des Erbbaugrundstücks zum Warenhausgrundstück einen über dem bei der Bestellung von Erbbaurechten für gewerbliche Zwecke üblichen Erbbauzins vereinbart hätten. Mit der Warenhausschließung könnte dann die subjektive Geschäftsgrundlage der Vereinbarung über den Erbbauzins weggefallen sein. Zur Geschäftsgrundlage in diesem Sinne gehören die nicht zum eigentlichen Vertrags-

inhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut (vgl. Senat, Urteil vom 27. September 1991 - V ZR 191/90, NJW-RR 1992, 182 mwN; Urteil vom 21. Februar 2014 - V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rn. 25). Unter dieser Voraussetzung könnte der Erbbauzins zumindest in dem Maß anzupassen sein, in dem der vereinbarte den damals üblichen Erbbauzins überstieg, nachdem der Lagevorteil der Räume in der Passage mit der Schließung des Warenhauses nicht nur wegfiel, sondern sich in einen Lagenachteil wandelte.

- 13 Das Berufungsgericht ist dem jedoch unter Hinweis darauf, dass die Klägerin entsprechenden Vortrag nicht gehalten habe, verfahrensfehlerfrei nicht weiter nachgegangen. Die dagegen erhobene Rüge der Revision ist unbegründet. Das von der Revision aufgezeigte Vorbringen in der Klageschrift, die damalige Grundstückseigentümerin habe einen hohen Erbbauzins vereinbart und sich die Einflussnahme auf das Nutzungskonzept gesichert, ist unter dem von ihr geltend gemachten Gesichtspunkt unschlüssig, weil sich aus dem Vortrag nichts über das Verhältnis zwischen dem marktüblichen und dem vereinbarten Erbbauzins im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergibt. Abgesehen davon setzt die Rüge einer Verletzung des § 286 ZPO durch das Übergehen erstinstanzlichen Vortrags in der Berufungsinstanz voraus, dass der Berufungskläger den erstinstanzlichen Streitstoff dem Berufungsgericht vorgetragen oder das erstinstanzliche Urteil in diesem Punkt wegen des Übergehens seines Vortrags angegriffen hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 1961 - IV ZR 217/60, BGHZ 35, 103, 106; Urteil vom 21. Mai 1996 - XI ZR 199/95, BGHZ 133, 34, 39). Das ist hier nicht der Fall.

- 14 2. Ein Anspruch auf Erbbauzinsanpassung ergibt sich auch nicht aus dem Vorbringen der Klägerin, dass die Mieteinkünfte aus dem Gebäude seit dem Beginn der Vermietung in den neunziger Jahren um 64 % zurückgegangen seien, was im Wesentlichen auf der Schließung des Warenhauses beruhen soll.
- 15 a) Der Rückgang der Mieteinnahmen des Erbbauberechtigten stellt keine Störung der objektiven Geschäftsgrundlage eines Erbbaurechtsvertrags dar, weil der Wert eines Erbbaurechts sich grundsätzlich nach dem von der baulich zulässigen Nutzung abhängenden Bodenwert bestimmt und nicht nach den Mieten, die der Erbbauberechtigte aus dem von ihm errichteten Gebäude erzielt (vgl. Senat, Urteil vom 16. April 1999 - V ZR 37/98, DNotZ 1999, 731, 732; Urteil vom 23. Mai 2014 - V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rn. 19 f.). Zudem fällt es in den Bereich der von dem Erbbauberechtigten zu tragenden Risiken, ob und in welcher Höhe er Mieteinkünfte aus seinem Gebäude erzielen kann. Der Grundstückseigentümer ist an diesem Risiko nicht beteiligt, sofern nicht der Erbbaurechtsvertrag eine atypische Regelung enthält, bei der sich der Erbbauzins nach den von dem Erbbauberechtigten erzielbaren oder vereinnahmten Mieten bemisst.
- 16 b) Zu Recht verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses wegen einer Störung der subjektiven Geschäftsgrundlage im Hinblick auf eine gemeinsame Vorstellung der Parteien des Erbbaurechtsvertrags, dass auf dem Nachbargrundstück dauerhaft ein Warenhaus betrieben wird.
- 17 aa) Unter diesem Gesichtspunkt könnte die Schließung des Warenhauses allerdings - wie von dem erstinstanzlichen Gericht angenommen - zu einer Störung der Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrags geführt haben.

18 (1) Eine solche Annahme ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Vertragsschließenden nicht mit Sicherheit davon ausgehen konnten, dass auf dem Nachbargrundstück in den folgenden Jahrzehnten ein Warenhaus betrieben wird. Zwar trifft es zu, dass beim Vertragsschluss vorhersehbare Umstände, die durch eine ihnen Rechnung tragende Anpassungsklausel hätten berücksichtigt werden können, einen Anpassungsanspruch grundsätzlich ausschließen, weil in der Regel davon auszugehen ist, dass die Parteien das Risiko ihres Eintritts übernommen haben (vgl. Senat, Urteil vom 23. Mai 2014 - V ZR 208/12, NJW 2014, 3442 Rn. 25 mwN). Anders ist es aber, wenn die Parteien im Erbbaurechtsvertrag konkludent eine Verlagerung des normalerweise den Erbbauberechtigten treffenden Verwendungsrisikos zu Lasten des Erbbaurechtsausgebers vereinbart haben (vgl. zu solchen Vereinbarungen in Grundstückskaufverträgen: Senat, Urteil vom 27. September 1991 - V ZR 191/90, NJW-RR 1992, 182, 183; Urteil vom 26. September 1997 - V ZR 186/96, NJW-RR 1998, 589, 590). Ist das Verwendungsrisiko des von dem Erbbauberechtigten zu errichtenden Gebäudes nach den vertraglichen Vereinbarungen ausnahmsweise dem Erbbaurechtsausgeber zuzurechnen, kann der Erbbauberechtigte sich auf einen Wegfall der bei dem Vertragsschluss gemeinsam vorausgesetzten Umstände (der subjektiven Geschäftsgrundlage) berufen, wenn sich dieses Risiko später verwirklicht.

19 (2) Konkrete Anhaltspunkte für eine konkludent vereinbarte Risikoübernahme können sich aus vertraglichen Bestimmungen über die bauliche Gestaltung und die Verwendung des durch den Erbbauberechtigten zu errichtenden Bauwerks ergeben. Der Bundesgerichtshof hat das für das Gewerberaummietrecht bejaht, wenn die Vereinbarungen den Mieter im geschäftlichen Interesse des Vermieters über das übliche Maß in seinen unternehmerischen Entscheidungen einschränken und sein Geschäft nach dem äußeren Erscheinungsbild

zu einem Teil der Gesamtanlage des Vermieters machen (BGH, Urteil vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1717; allgemein zur Verlagerung des Risikos durch Vereinbarungen über den Verwendungszweck: NK-BGB/Krebs, 2. Aufl., § 313 Rn. 55; Soergel/Teichmann, BGB, 13. Aufl., § 313 Rn. 75).

20 Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass das erstinstanzliche Gericht die Risikoverteilung im Erbbaurechtsvertrag zutreffend beurteilt hat. Ob der davon abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts, wie die Revision vorbringt, eine unvollständige Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts und eine denkfehlerhafte Auslegung der vertraglichen Bestimmungen zugrunde liegt, kann jedoch dahinstehen, weil die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB nicht vorliegen.

21 bb) Die Klägerin kann, auch wenn ihre Auffassung zuträfe, der Warenhausbetrieb auf dem Nachbargrundstück sei Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrags gewesen, von der Beklagten keine Herabsetzung des Erbbauzinses beanspruchen. Anpassung des Erbbauzinses wegen zurückgegangener Mieteinnahmen unter Berufung den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB kann der Erbbauberechtigte nur dann verlangen, wenn die bei ihm eingetretenen Nachteile dem von dem Erbbaurechtsausgeber übernommenen Risiko zuzurechnen sind.

22 (1) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die Klägerin darlegen und beweisen muss, dass und in welchem Ausmaß die Schließung des Warenhauses zu einem Rückgang ihrer Mieteinnahmen geführt hat. Das entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der sich auf einen Anspruch wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage beruft, die tatsächlichen

Voraussetzungen des Anspruchs darzutun und zu beweisen hat (Senat, Urteil vom 31. Januar 1969 - V ZR 52/66, WM 1969, 527, 529; vgl. auch BGH, Urteil vom 30. November 1994 - IV ZR 290/93, BGHZ 128, 125, 134).

23

(2) Diese Voraussetzung des Anspruchs hätte die Klägerin nachvollziehbar darlegen müssen. Dass die auf die Warenhausschließung zurückzuführenden negativen Auswirkungen bei den Mieteinnahmen sich nur schwer ermitteln lassen, weil auch andere Ursachen (wie der Bau eines Einkaufszentrums außerhalb der Stadt, der zunehmende Internethandel usw.) zu einem Rückgang der Gewerberaummieten im Innenstadtbereich geführt haben, ändert daran nichts. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Ansicht der Revision ist es nicht zulässig, den auf das Risiko der Warenhausschließung entfallenden Anteil am Rückgang der Mieteinkünfte der Klägerin zu schätzen und daran anknüpfend den vereinbarten Erbbauzins nach richterlichem Ermessen herabzusetzen. Einer solchen Schätzung steht entgegen, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB rechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 2006 - XI ZR 425/04, BGHZ 167, 25 Rn. 30; Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rn. 30). Die Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, muss vielmehr zu einer so schwerwiegenden Äquivalenzstörung geführt haben, dass der davon nachteilig betroffene Partei das Festhalten an dem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1991 - VII ZR 24/92, BGHZ 121, 378, 393; Urteil vom 11. Oktober 1994 - XI ZR 189/93, BGHZ 127, 212, 218; Urteil vom 28. März 2006 - XI ZR 425/04, BGHZ 167, aaO; Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10, aaO). Dass die Warenhausschließung zu solchen Veränderungen geführt hat, ist Voraussetzung eines Anspruchs der Klägerin auf Ver-

tragsanpassung, ohne deren Vorliegen ein richterlicher Eingriff in die Vereinbarung über den Erbbauzins nicht zulässig ist.

24 (3) Die darauf gestützte Abweisung eines Anspruchs nach § 313 Abs. 1 BGB in dem angefochtenen Berufungsurteil ist vor diesem Hintergrund rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht geht ohne Rechtsfehler davon aus, dass sich aus dem Vortrag der Klägerin die Ursache der rückläufigen Entwicklung der Mieten nicht ergibt. Wenn es - wie aus den Aufstellungen ersichtlich - bereits vor der Schließung des Warenhauses zu erheblichen Herabsetzungen vereinbarter Mieten gekommen ist und zudem Mietverträge über nicht in der Passage, sondern an der Straßenfront gelegene Läden seitens der Mieter gekündigt worden sind, ist die Verschlechterung der Mieteinnahmen auch auf andere Ursachen als auf die Warenhausschließung zurückzuführen. Diese sind jedoch dem allgemeinen Vermietungsrisiko zuzurechnen und begründen keinen Anspruch der Klägerin auf eine Anpassung des Erbbauzinses wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Weiteren Vortrag der Klägerin, aus dem sich Anhaltspunkte für eine Abgrenzung der für die rückläufige Mietentwicklung maßgeblichen Ursachen ergeben, zeigt die Revision nicht auf.

25 (4) Vor diesem Hintergrund erweist sich die Verfahrensrüge als unbegründet, das Berufungsgericht hätte den angebotenen Sachverständigenbeweis zur Ursächlichkeit der Schließung des Warenhauses für den behaupteten Rückgang der Passantenfrequenz und der damit einhergehenden Verringerung der Mieteinnahmen der Klägerin einholen müssen. Das musste es nicht, weil auch ein Beweisantrag nach §§ 402, 403 ZPO schlüssigen Parteivortrag voraussetzt, an dem es hier fehlt.

- 26 Die Anforderungen an die Schlüssigkeit des Parteivortrags ergeben sich aus dem materiellen Recht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Herabsetzung des Erbbauzinses wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB voraussetzt, dass die Schließung des Warenhauses zu einem so starken Rückgang der Mieten geführt hätte, dass der Klägerin die Fortsetzung des Vertrags mit einem unveränderten Erbbauzins nicht mehr zugemutet werden kann. Dass diese Voraussetzungen des Anspruchs vorliegen, ist nach dem Vortrag der Klägerin zu den Mieten und zur Warenhausschließung nicht zu erkennen. Hierzu wäre es erforderlich gewesen, zu dem auf der Warenhausschließung beruhenden Rückgang der Mieten in Abgrenzung zu der allgemeinen negativen Entwicklung im Innenstadtbereich der betroffenen Stadt näher vorzutragen. Tatsachen vorzubringen ist jedoch allein Sache der Partei. Das Gericht hat insoweit nach § 139 Abs. 1 ZPO allein auf der Schlüssigkeit des Vortrags entgegenstehende Lücken hinzuweisen, was hier durch die ausdrücklichen Hinweise im erstinstanzlichen Urteil auch geschehen ist (vgl. MüKoZPO/Wagner, 4. Aufl., § 139 Rn. 23; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 139 Rn. 39; Wieczorek/Schütze/Smid, ZPO, 4. Aufl., § 139 Rn. 122).
- 27 (5) Unbegründet ist auch die Rüge der Revision gegen die auf § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO gestützte Zurückweisung des Beweisantrags, die in zweiter Instanz neu benannten Zeugen, die Kaufhausleiter Bl. , Br. und W. , zu der Behauptung zu vernehmen, die Schließung des Warenhauses sei der „Todesstoß“ für das Passagengebäude der Klägerin gewesen, da die dadurch zuvor garantierte Frequentierung nachhaltig entfallen sei.
- 28 (a) Die Begründung im Berufungsurteil ist allerdings vor dem Hintergrund der von der Revision zitierten Ausführungen in der Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO) unzureichend. Zwar ist es richtig, dass eine Partei

grundsätzlich gehalten ist, alle Zeugen, auf die sie sich berufen will, sogleich zu benennen, und dass es ihr nicht gestattet ist, einzelne Beweismittel zurückzuhalten, um diese je nach dem Erfolg der Beweisaufnahme sukzessive in den Prozess einzuführen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012 - IV ZR 230/11, juris Rn. 11). Die Partei handelt auch nachlässig im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO, wenn sie Beweismittel, die ihr bekannt waren oder bekannt hätten sein müssen, nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz benennt (vgl. Senat, Urteil vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, NJW 2004, 2152, 2154 insoweit in BGHZ 158, 269 ff. nicht abgedruckt). Das allein trägt die Zurückweisung aber nicht, wenn in der Berufungsbegründung ausgeführt wird, dass die Partei weiteren Zeugenbeweis angetreten hätte, wenn das erstinstanzliche Gericht nur Zweifel angedeutet hätte, dass es den Beweis nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als nicht geführt ansehe. Der Berufungskläger bringt damit nämlich nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO vor, dass die neuen Beweismittel gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO wegen eines Verfahrensfehlers des erstinstanzlichen Gerichts zuzulassen seien. Im Ergebnis ist jedoch auch die auf das Vorbringen in der Berufungsbegründung der Klägerin gestützte Verfahrensrüge der Revision unbegründet.

29 (b) Allerdings hat das Gericht nach § 279 Abs. 3 ZPO in der Neufassung durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) im Anschluss an die Beweisaufnahme nicht nur den Sach- und Streitstand, sondern - soweit möglich - auch das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern. Ob das Gericht den Parteien nicht nur Gelegenheit zur Erörterung des Beweisergebnisses gemäß § 285 Abs. 1 ZPO zu geben und dies zu protokollieren hat (vgl. Senat, Urteil vom 12. Dezember 2008 - V ZR 106/97, NJW-RR 2009, 515 Rn. 11; BGH, Urteil vom 23. Mai 2012 - IV ZR 224/10, NJW 2012, 2354 Rn. 5 f.), was hier nach dem Sitzungsprotokoll

erfolgt ist, sondern ihnen auch eine zumindest vorläufige Beweiswürdigung mitteilen muss, ist streitig.

30 (aa) Nach einer Ansicht ist das Gericht, falls es den Beweis als nicht erbracht ansieht, nach § 279 Abs. 3 ZPO verpflichtet, der beweisbelasteten Partei einen entsprechenden Hinweis gemäß § 139 Abs. 1 ZPO zu erteilen (KG, Grundeigentum 2014, 418; Greger, NJW 2002, 3049, 3050; ders. in Zöller, ZPO, 31. Aufl. § 279 Rn. 5 anders aber zu § 139 Rn. 16; Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 13. Aufl., § 139 Rn. 14; PG/Geisler, ZPO, 7. Aufl., § 279 Rn. 4; für eine grundsätzliche Pflicht zur Mitteilung der beabsichtigten Beweiswürdigung nach einer nicht komplexen Beweisaufnahme: Gehrlein, MDR 2003, 421, 422; Wieczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 4. Aufl., § 279 Rn. 19).

31 (bb) Dem steht die Auffassung gegenüber, dass die Verfahrensvorschrift das Gericht zwar verpflichte, das Ergebnis der Beweisaufnahme unter Hinweis auf die von ihm für wesentlich erachteten Aspekte zu erörtern und den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, die Norm aber das Gericht grundsätzlich nicht zu einer eigenen Beweiswürdigung im Anschluss an die Beweisaufnahme und zu deren Bekanntgabe an die Parteien zwingt (BVerwG, NVwZ 2003, 1132; Schulz/Sticken, MDR 2005, 1, 5; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 279 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, 4. Aufl., § 285 Rn. 1). Eines richterlichen Hinweises nach § 139 Abs. 1 ZPO, dass der Beweis nach Ansicht des Gerichts nicht geführt sei, bedürfe es nur, wenn eine entsprechende Würdigung erst im Urteil eine für die Partei unzulässige Überraschungsentcheidung darstellte (HK-ZPO/Wöstmann, 6. Auflage, § 139 Rn. 5 unter Hinweis auf die zu § 278 Abs. 3 ZPO aF ergangene Entscheidung: BGH, Beschluss vom 13. Juni 1989 - VI ZR 216/88, NJW 1989, 2756, 2757).

- 32 (cc) In dem letztgenannten Fall bejaht auch der Bundesgerichtshof eine Hinweispflicht des Gerichts. Musste die Partei nach dem Verlauf der Beweisaufnahme nicht damit rechnen, dass das Gericht den Beweis als nicht geführt ansehen wird, darf ihr nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, durch neue Beweisanträge oder Richtigstellungen auf das Ergebnis der Beweisaufnahme noch Einfluss zu nehmen (BGH, Beschluss vom 15. März 2006 - IV ZR 146/05, juris Rn. 5 aaO). Offen gelassen hat er bisher die Frage, ob das Gericht nach § 279 Abs. 3 ZPO allgemein die Beweise unmittelbar im Anschluss an eine Beweisaufnahme zu würdigen, das Ergebnis den Parteien zu offenbaren und gegebenenfalls die Benennung weiterer Beweismittel anzuregen hat (BGH, Beschluss vom 15. März 2006 - IV ZR 146/05, aaO).
- 33 (dd) Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass § 279 Abs. 3 ZPO das Gericht grundsätzlich nicht verpflichtet, im Anschluss an die Beweisaufnahme seine vorläufige Beweiswürdigung mitzuteilen, um den Parteien damit Gelegenheit zu geben, weitere Beweismittel anzubieten. Gegen eine allgemeine Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 ZPO spricht schon der Wortlaut der Norm, nach der das Gericht im Anschluss an die Beweisaufnahme das Beweisergebnis „soweit möglich“ mit den Parteien erörtern soll. Dieses Normverständnis entspricht dem nach den Materialien mit der Gesetzesänderung verfolgten Zweck; danach soll die Erörterung unter Einbeziehung des Ergebnisses der vorangegangenen Beweisaufnahme dazu dienen, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken (BT-Drucks. 14/4722, S. 84). Mit der gegenteiligen Auffassung würde der Grundsatz unterlaufen, dass die Partei ihre Zeugen zu einem Beweisthema dem Gericht rechtzeitig vor dem zur Beweisaufnahme bestimmten Termin zu benennen hat und ihre Beweismittel nicht sukzessive - je nach dem Ergebnis der richterlichen Beweiswürdigung - in den Rechtsstreit einführen darf. Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Berufung nach der Umgestaltung ihrer Funktion durch

das Zivilprozessrechtsreformgesetz in erster Linie der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung dient, weshalb neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nur noch in besonderen Ausnahmefällen berücksichtigt werden (BT-Drucks. 14/4722 S. 101; Senat, Urteil vom 22. Januar 2004 - V ZR 187/03, WM 2004, 1499, 1500). Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber aus diesem Grund beabsichtigt hätte, in der ersten Instanz Erleichterungen bei der Pflicht zur rechtzeitigen Beibringung der Angriffs- und Verteidigungsmittel einzuführen, gibt es nicht. Die in diesem Zusammenhang einschlägigen Vorschriften über die Rechtzeitigkeit des Vorbringens (§ 282 Abs. 1 ZPO) und die Präklusion verspätet vorgebrachter Angriffs- und Verteidigungsmittel (§ 296 Abs. 1, 2 ZPO) sind nämlich unverändert geblieben.

34 (ee) Gemessen daran, erweist sich die Rüge einer Verletzung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO als unbegründet. Die Parteien haben nach dem Sitzungsprotokoll des Landgerichts zum Ergebnis der Beweisaufnahme verhandelt und die Ergiebigkeit der Aussage des Zeugen anschließend schriftsätzlich gegensätzlich gewürdigt. Die Klägerin konnte danach nicht darauf vertrauen, dass das Gericht den Beweis als geführt ansehen werde.

35 (6) Die weiteren Verfahrensrügen der Revision, die das Unterlassen einer erneuten Vernehmung des Maklers H. und einer erstmaligen Vernehmung der Hausmeisterin E. durch das Berufungsgericht betreffen, hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

III.

36 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Czub

Kazele

Göbel

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 05.02.2014 - 11 O 33/13 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 19.01.2015 - I-5 U 47/14 -