

12. Über die Frage, wann die Kosten der Berufungsinstanz der Partei aufzuerlegen sind, die auf Grund neuen Vorbringens obgesiegt hat.

RPD. § 97 Abs. 2.

VII. Zivilsenat. Urt. v. 3. Januar 1930 i. S. St. (Kl.) w. F. (Bekl.).
VII 249/29.

- I. Landgericht I Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger hatte dem Beklagten ein Hausgrundstück verkauft und aufgelassen. Wegen der Aufwertung der auf dem Grundstück haftenden Hypothek eines Dritten und der ihr zugrunde liegenden persönlichen Forderung schwebten damals Verhandlungen. Die Parteien vereinbarten, daß der Kläger einen Antrag auf Abwertung stellen und daß dann der Betrag, um den die Aufwertung der persönlichen Forderung unter 100% festgesetzt würde, zwischen ihnen geteilt werden sollte. Mit der Klage verlangte der Kläger Zahlung der Summe, die er nach seiner Sachdarstellung auf Grund dieses Abkommens zu beanspruchen habe.

Das Landgericht wies die Klage ab, weil die Vereinbarung gegen § 138 BGB. verstoße. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Das Kammergericht mißbilligte den Entscheidungsgrund des ersten Richters, hielt jedoch die Klagabweisung deshalb aufrecht, weil es die Gegendarstellung des Beklagten für erwiesen

ansah, daß sich bei der Durchführung der Aufwertung kein Vorteil ergeben habe. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(Nach Zurückweisung mehrerer Revisionsangriffe zur Hauptsache wird fortgefahren:)

Schließlich wendet sich die Revision gegen die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz, die das Kammergericht dem Kläger auferlegt hat.

Der Beklagte hatte im ersten Rechtsgang nur einen Schriftsatz (vom 14. April 1927) eingereicht, in dem er das Zustandekommen eines Vertrags mit dem Kläger und die Stellung eines Abwertungsantrags durch diesen bestritt und bemerkte, daß weitere Ausführungen einem besonderen Schriftsatz vorbehalten blieben. Als bald nach der ersten mündlichen Verhandlung erging das Urteil des Landgerichts vom 27. Mai 1927. Erst in der vom Kläger beschrittenen Berufungsinstanz trug dann der Beklagte mit Schriftsätzen vom 16. und 18. Januar 1928 diejenigen Behauptungen vor, die das Kammergericht nach Beweiserhebungen zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat. Die Revision meint, daß bei dieser Sachlage § 97 Abs. 2 ZPO. zum Nachteil des Beklagten hätte angewendet werden müssen. Das Berufungsgericht hat dies abgelehnt und dazu ausgeführt: Der Vorbehalt im Schriftsatz des Beklagten vom 14. April 1927 ergebe, daß er schon im ersten Rechtsgang habe vorbringen wollen, was er für die Löschung der Hypothek habe aufwenden müssen. Er habe nicht annehmen können, daß er auf Grund des — von ihm damals gar nicht vorgeschützten — § 138 BGB. schon im Termin vom 27. Mai 1927 obsiegen werde, sondern er habe damit rechnen dürfen, daß ihm mit Rücksicht auf seinen Vorbehalt noch Gelegenheit zu weiteren Ausführungen gegeben würde. Er habe es daher nicht zu vertreten, wenn er die vorbehaltenen Ausführungen erst in zweiter Instanz gebracht habe.

Die Revision meint, jener Vorbehalt sei als wertlos anzusehen; der Beklagte hätte alles, was er vorbringen wollte, sofort vorbringen müssen, da die Zivilprozeßordnung keine Prozeßabschnitte im Sinne der Eventualmaxime des gemeinen Zivilprozeßrechts kenne.

Die Rüge ist abzulehnen. § 97 Abs. 2 ZPO. ist zwar durch die Verordnung vom 13. Februar 1924 zur Beschleunigung des

Verfahrens als Mußvorschrift gestaltet worden; es kann aber zweifelhaft sein, ob die Gesetzesstelle überhaupt auf Fälle anwendbar ist, in denen — wie hier — die Partei, welcher Kosten auferlegt werden sollen, bereits im ersten Rechtsgang obgesiegt hatte. Auch wenn man dies bejahen wollte, liegt kein rechtlicher Verstoß des Berufungsgerichts vor. Die in Rede stehende Vorschrift verpflichtet den Richter nur dann, die Kosten des zweiten Rechtsgangs ganz oder teilweise der obsiegenden Partei aufzuerlegen, wenn sie nach seinem freien Ermessen imstande war, das neue Vorbringen schon im ersten Rechtsgang geltend zu machen. Dieses freie Ermessen hat das Kammergericht hier walten lassen, und es ist nicht ersichtlich, daß es sich dabei von rechtsirrigen Erwägungen, etwa über die Gestaltung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, hätte leiten lassen. In Übereinstimmung mit Stein-Jonas *RPD.* 13. Aufl. Anm. III zu § 97 (Bd. 1. S. 300/301) ist bei Anwendung der Vorschrift darauf abzustellen, ob die Partei zur Geltendmachung des Vorbringens im ersten Rechtsgang in der Lage und vom Standpunkt einer vernünftigen, gewissenhaften Prozeßführung auch verpflichtet war, und demgemäß anzunehmen, daß der im ersten Rechtsgang siegreich gewesenen Partei aus der Zurückhaltung von Rechtsbehelfen in der Regel kein Vorwurf gemacht werden kann. Diesen Grundsätzen entspricht die Stellungnahme des Vorderrichters durchaus.