

Verkündet

am 17. Dezember 1952

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- 1.) der N. KG (Deutsche Moden N.), H.,
J.
- 2.) der Frau Frieda N., H., W. str. II bei E.

Beklagten, Berufungs-
und Revisionsklägerinnen,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

die E. K. & Co., H., J.

Klägerin, Berufungs-
und Revisionsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1952 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Artl und Dr. Meyer für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 20. März 1952 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin hat Räume der Sa[REDACTED]-AG inne. Durch Vertrag vom 24. Oktober 1949 nahm sie darin die Beklagte zu 1), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2) ist, auf und vereinbarte mit ihr eine Ladengemeinschaft. Die Beklagte zu 1) sollte die Ladenräumlichkeiten zum grossen Teil nach näherer Massgabe der Vertragsbestimmungen überlassen erhalten und dafür von der monatlichen Miete von 950,-- DM monatlich 750,-- DM an die Klägerin zahlen. Ausserdem schuldete die Beklagte zu 1) für die Dauer von 18 Monaten monatlich 1.000 DM als Ausgleich für Bauaufwendungen der Klägerin und zugleich als Nutzungsentgelt für ihr zur Verfügung gestelltes Inventar. Die Beklagte zu 1) bezahlte ihren Mietanteil bis Ende Juli 1950 voll und von da ab nur noch 285,25 DM monatlich. Auf die Schuld von monatlich weiteren 1.000 DM zahlte sie insgesamt 3.200 DM. Die Klägerin hat in einem Vorprozess obsiegendes Urteil über 7.264,75 RM gegen die Beklagte erstritten. Sie verlangt im Urkundenprozess nunmehr Zahlung von 11.718 DM. Die Beklagten machen geltend, die Klägerin habe nur einen kleinen Teil der Räume zur Verfügung gestellt und benutze den grösseren Teil der Räume selbst; im übrigen sei der Vertrag nach § 138 Abs 2 BGB, wegen Preisverstosses und infolge Anfechtung (§ 123 BGB) nichtig. Die Beklagten haben die Ladengemeinschaft auch fristlos gekündigt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, den Beklagten jedoch die Geltendmachung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Die Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgen sie den Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1.) Wucher und erpresserische Drohung sind mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln nicht darge-
tan. Auch der Behauptung eines Preisverstosses kann im
gegenwärtigen Verfahren nicht nachgegangen werden, da die
tatsächlichen Voraussetzungen hierfür weder durch Urkun-
den bewiesen noch unbestritten sind.

2.) Mit Recht hält das Berufungsgericht die Be-
klagten gemäss § 363 BGB dafür beweispflichtig, dass die
Klägerin Räume nicht im vereinbarten Umfange zur Verfügung
gestellt habe. Die Beklagte zu 1.) hat die Miete von Ende
August 1949 bis Ende Juli 1950 in voller Höhe bezahlt.
Diese Tatsache lässt den vom Berufungsgericht gezogenen
Schluss zu, dass die Beklagte zu 1.) die ihr überlassenen
Räume im Sinne des § 363 BGB als Erfüllung angenommen hat.
Diese Vorschrift verlangt nicht, dass der Gläubiger das
der Leistung zugrunde liegende Schuldverhältnis als er-
loschen betrachte, denn sie ändert an den beiderseitigen
materiellen Rechten und Pflichten nichts, sondern weist
nur dem Gläubiger, der die Leistung als Erfüllung an-
nimmt, die Beweislast zu. Darum braucht sein Wille nur
darauf gerichtet zu sein, die Leistung als die geschul-
dete anzunehmen (RG 66, 282; 109, 296). Wollte die Be-
klagte die überlassenen Räume nur als eine Teilleistung
annehmen, so musste sie das, um der Folge des § 363 BGB
zu entgehen, zum Ausdruck bringen und durfte nicht vorbe-
haltlos die volle Miete zahlen und damit einen Umstand
schaffen, der den Schluss rechtfertigt, sie habe die em-
pfangene Leistung als Erfüllung angenommen. § 363 BGB
gilt nach seinem Inhalt und Zweck auch bei einer der Men-
ge nach unzulänglichen Erfüllung. Auch die besondere Ge-
staltung des Parteivertrages schliesst die Anwendbarkeit
der erörterten Beweislastregel nicht aus, da auch bei ihm



die Annahme einer als Erfüllung angebotenen Leistung als Erfüllung in Frage kam (vgl. RG Warn 1910 Nr 374). Die Revision hat darum Unrecht, wenn sie der Klägerin die Beweislast für den Umfang der überlassenen Raumnutzung zuzuweisen sucht.

3.) Das Berufungsgericht hält den Beweis dafür, dass die Klägerin nur unvollständig geleistet habe, für nicht erbracht. Die Beklagten hätten zunächst nur allgemein, ohne Anführung bestimmter Tatsachen, Parteivernehmung beantragt; das sei kein zulässiger Beweisantritt; die Beklagten hätten einen ordnungsmässigen Antrag auf Vernehmung der Inhaberin der Klägerin erst kurz vor der Berufungsverhandlung angebracht; die Erhebung dieses Beweises sei nicht erforderlich, weil, selbst wenn die Inhaberin der Klägerin trotz ihres bisherigen Bestreitens bestätigen würde, dass sie selbst 99,01 qm und die Beklagte zu 1) nur 47,86 qm des Ladens in Benutzung habe, dies kein überzeugender Beweis dafür sei, dass die Klägerin den Vertrag teilweise nicht erfüllt habe, denn die Leistung der Klägerin sei vertraglich nicht in Quadratmeterzahlen festgelegt.

Diese Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht rechtlich nicht einwandfrei. Mit dem nur allgemein gestellten Antrag auf Parteivernehmung meint das Berufungsgericht den im Vorprozess auf Seite 5 des Schriftsatzes vom 8.11.50 gestellten Beweisantrag. Auf ihn hat sich die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit (Schriftsatz vom 19.6.51) bezogen. Da der Hauptstreit der Parteien in beiden Prozessen darum geht, ob die Beklagte diejenigen Räume, die ihr nach dem Vertrage überlassen werden sollten, auch erhalten hat, und die Beklagte mit der Anlage A ihres Schriftsatzes vom 8.11.50 zum Vorprozess und durch dessen Inbezugnahme auch im vorliegenden Rechtsstreit

vorgetragen hat, von einer Gesamtnutzungsfläche von ca 147 qm habe sie nur 47,86 qm inne und darauf entfalle von der Gesamtmiete nur ein Nutzungsentgelt von 285,25 DM monatlich, war ohnehin deutlich, dass diese Behauptung das spezielle Beweisthema für den Antrag auf Parteivernehmung war. Dies wurde durch den Seite 16 des Schriftsatzes vom 5.3.52 gestellten Beweis Antrag, der alle Einzelheiten in sich aufnahm, nur noch bekräftigt. Er durfte darum nicht als ein kurz vor der Berufungsverhandlung gestellter Antrag gekennzeichnet werden. Auf den Zeitpunkt seiner Anbringung kam es zudem überhaupt nicht an, wenn eine Zurückweisung wegen Verspätung ausschied. Keinesfalls durfte der nicht erhobene Beweis als nicht überzeugend gewürdigt werden und mit dieser Begründung unerhoben bleiben. Es musste abgewartet werden, ob sich die Inhaberin der Klägerin unter ihrem Eide in Widerspruch zu ihrem Prozessvortrag setzen würde, und es durfte hierüber kein hypothetisches Urteil gefällt werden. Wenn auch die Leistung, die die Klägerin zu erbringen hat, nicht in Quadratmeterzahlen feststeht, so sagt der Vertrag doch, dass die Ladenräumlichkeiten zum grossen Teil (nach näherer Massgabe der Vertragsbestimmungen) überlassen werden sollten, und diese Vertragsbestimmungen geben zum mindesten im Zusammenhalt mit der Aufteilung der Miete von 950 DM die Handhabe, bereits im Urkundsverfahren abzuklären, ob die Beklagte zu 1), die für die Benutzung des Inventars und zum Ausgleich für Bauleistungen der Klägerin gesondert 18.000 DM übernommen hat, eine Raumnutzung überlassen erhalten hat, die dem entspricht, was ihr die Klägerin nach dem Inhalt des Vertrages und damit auch in Rücksicht auf die Höhe der beiderseitigen Mietanteile zu gewähren hatte. Ergibt die Vernehmung der Inhaberin der Klägerin, dass die Beklagte die ihr zugesagte Raumnutzung nicht im vereinbarten Umfang erhalten hat, so ist der Klageanspruch zur Verfolgung im Ur-

kundenprozess ungeeignet.

4.) Gleichviel wie der Parteivertrag rechtlich einzuordnen ist, kann beiden Teilen das Recht zu fristloser Kündigung nicht deshalb versagt sein, weil der Vertrag zur Zahlung der monatlich 1.000 DM eine Frist von 18 Monaten vorsieht. Denn das Recht zu fristloser Kündigung kann nicht schlechthin ausgeschlossen werden. Die Frage, ob die von der Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung tatsächlich berechtigt ist, hängt davon ab, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange ihr die versprochenen Räumlichkeiten vorenthalten worden sind.

Auch insoweit ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif. Auch aus diesem Grunde konnte das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben.

Da sich der Kostenpunkt danach regelt, wer von den Streitteilen unterliegt, dies aber von der Endentscheidung abhängt, musste die Entscheidung über die Revisionskosten dem Berufungsgericht vorbehalten werden

Dr. Drost

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl

Dr. K.E. Meyer