

3

Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

- 5.5 083 -

Gesetz: ZPO §§ 128 Abs 2, 310, 551

Rechtssatz: Ist der Rechtsstreit nach einer mündlichen Verhandlung zur Endentscheidung reif, so ist die Anordnung des schriftlichen Verfahrens nicht zulässig. Wird gleichwohl mit Einverständnis der Parteien nicht auf Grund der mündlichen Verhandlung, sondern auf Grund des Akteninhalts entschieden und das Urteil an Verkündungs Statt zugestellt, so liegt darin ein Verfahrensmangel. Das Urteil ist jedoch kein Scheinurteil und der Verfahrensmangel kein unbedingter Revisionsgrund.

Aktenzeichen: IV ZR 261/54

Urteil des BGH vom 2. April 1955 OLG München

Verkündet
am 2. April 1955
Schorm, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Facharztes Dr. Erich W [REDACTED] in M [REDACTED]
C [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Dr. Annemarie S [REDACTED] in M [REDACTED],
T [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. April 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske,
Johannsen, Dr. Kregel und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das am 31. August
1954 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war seit April 1951 mit der Rückzahlung eines Darlehens von 18.000,-- DM nebst Zinsen, das ihm die Klägerin zur Ausstattung seiner Arztpraxis im August 1950 gewährt hatte, im Verzuge. Er wollte die Schuld aus dem Verkaufserlös seines Anwesens abdecken, das aber von der Besatzungsmacht belegt war und deshalb nur ungünstig verkauft werden konnte. Mahnungen der Klägerin waren vergeblich. Bei einer Besprechung am 20. September 1951 wies die Klägerin auf den ihr erwachsenen und weiterhin erwachsenden hohen Verzugschaden hin, erklärte sich aber dann unverbindlich bereit, sämtliche Nebenansprüche (Kosten, Zinsen, Verzugschaden) zu erlassen, wenn der Beklagte die Hauptforderung von 18.000,-- DM bis zum 30. Oktober 1951 bezahlen würde. Am 19. Oktober 1951 liess der Beklagte anfragen, ob die Klägerin zu diesem Erlaß noch bereit sei. Darauf ließ ihm die Klägerin am 25. Oktober 1951 mitteilen, daß sie bereit sei, auf Nebenansprüche zu verzichten, wenn die Zahlung des Hauptbetrages bis zum 30. Oktober 1951 erfolge. Am 26. Oktober 1951 fragte der Vertreter des Beklagten fernmündlich an, ob die Frist bis zum 5. November 1951 verlängert werden könne. Der Vertreter der Klägerin erklärte jedoch, daß er nicht ermächtigt sei, dieses zuzusagen. Auf dieses Ferngespräch und in Beantwortung des Schreibens vom 25. Oktober 1951 ließ der Beklagte dem Vertreter der Klägerin am 27. Oktober 1951 schreiben, daß er eine Käuferin für das Haus gefunden habe und die 18.000,-- DM bezahlen könne. Da sich die Klägerin zu einem Erlaß ihrer weitergehenden Ansprüche bereit erklärt habe, unterbreite er einen "Vergleichsvorschlag" dahin, daß die Zahlung der Summe von 18.000,-- DM zur Abfindung sämtlicher Ansprüche der Klägerin bis zum 5. November 1951 erfolgen solle. Am Schluß des Schreibens bat er um die Annahme des Vergleichsangebotes. Die Klägerin hat dieses Angebot jedoch nicht angenommen, auch



einer Verlängerung der Frist bis zum 5. November 1951 nicht zugestimmt.

Am 30. Oktober 1951 teilte der Anwalt des Beklagten dem Anwalt der Klägerin fernmündlich mit, daß die Zahlung der 18.000,-- DM am folgenden Tage erfolgen werde. Der Anwalt der Klägerin erklärte darauf, daß er auch weiterhin für die Klägerin keine verbindliche Erklärung (zu dem Antrag auf Verlängerung der Zahlungsfrist) abgeben könne, aber die Hoffnung habe, daß mit der Zahlung am folgenden Tag die Angelegenheit erledigt sei.

Die Zahlung der 18.000,-- DM erfolgte dann am 31. Oktober 1951 mittags zu Händen des Vertreters der Klägerin.

Mit der Klage macht die Klägerin ihre Nebenanprüche aus dem Darlehensvertrag wegen Verzuges des Beklagten geltend und verlangt 26.620,-- DM entgangenen Gewinn, der dadurch entstanden sei, daß sie in ihrem Import- und Export-Obst- und Gemüsegroßhandel die 18.000,-- DM nicht habe verwenden können. Ferner verlangt sie 946,-- DM Verzugszinsen und 755,77 DM Anwaltskosten, die vor Erhebung der Klage entstanden sind. Zur Begründung ihrer Ansprüche hat sie ausgeführt, ihr Erlaßangebot vom 25. Oktober 1951 mit der Bedingung, daß der Beklagte die Hauptforderung am 30. Oktober 1951 erfülle, habe der Beklagte nicht angenommen. Vielmehr habe er ein neues Angebot mit einer Zahlungsfrist bis zum 5. November 1951 gemacht, das sie jedoch nicht angenommen habe. Ein Erlaßvertrag sei somit nicht zustande gekommen. Außerdem sei der Zahlungstermin vom Beklagten nicht eingehalten worden, da er nicht am 30., sondern erst am 31. Oktober 1951 gezahlt habe. Mit der Klage verlangt sie einen Teilbetrag von 15.000,-- DM und hat um ein Teilurteil über 755,77 DM Anwaltskosten und 946,-- DM Verzugszinsen gebeten.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und ausgeführt: Das Angebot der Klägerin vom 25. Oktober 1951 sei von ihm selbstverständlich angenommen worden. Einer ausdrücklichen Annahmeerklärung gegenüber der Klägerin habe es nicht bedurft. Sein Schreiben vom 27. Oktober 1951 enthalte nur die schriftliche Niederlegung der bereits getroffenen Vereinbarung mit der Bitte um Verlängerung der Zahlungsfrist bis zum 5. November 1951. Mit der Zeitbestimmung des 30. Oktober 1951 sei im übrigen nach den Gesamtumständen der letzte Tag des Monats gemeint gewesen, so daß deswegen mit der Zahlung am 31. Oktober 1951 die von der Klägerin in ihrem Erlaßangebot gestellte Bedingung erfüllt sei. Im übrigen sei die Fristüberschreitung gering und für die Klägerin ohne jeden Nachteil gewesen, so daß ihre Berufung auf die -Versäumung der Frist gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße und ein arglistiges Verhalten darstelle. Der Beklagte hat weiterhin die Höhe des geltend gemachten Schadens mit Ausnahme der beanspruchten Anwaltskosten bestritten. Die Klägerin hat erwidert, daß sie besondere wirtschaftliche Gründe gehabt habe, nicht den letzten Tag des Monats, sondern den 30. Oktober 1951 als Zahlungstermin zu bestimmen und daß ihr durch die Nichteinhaltung dieses Termins noch weiterer Schaden entstanden sei.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil zur Zahlung des der Höhe nach unbestrittenen Kostenbetrages von 755,77 DM verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen vom Beklagten eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision, die das Berufungsgericht zugelassen hat, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision erhebt zunächst eine Verfahrensrüge: Auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 1954, in der die Parteivertreter ihre Sachanträge gestellt hätten, sei der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif gewesen. Dennoch hätten die Parteivertreter Entscheidung im schriftlichen Verfahren beantragt. Das verstosse gegen das Verfahrensrecht. Das schriftliche Verfahren gemäß § 128 Abs 2 ZPO sei nur anzuwenden, wo es vereinfache und verkürze. Es dürfe deshalb niemals erst einsetzen, wenn bereits vollmündlich verhandelt und ohne weiteres eine Entscheidung zu verkünden sei (§§ 300 Abs 1, 310 ZPO). Im vorliegenden Falle habe der Übertritt in das schriftliche Verfahren dazu geführt, daß die Entscheidung auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1954 erst am 17. August 1954, also fast 6 Monate später, ergangen sei. Außerdem habe in der Zwischenzeit die Besetzung der Richterbank gewechselt. Wenn auch im schriftlichen Verfahren ein solcher Wechsel zulässig sei, so dürfe das doch nicht dazu führen, daß eine entscheidungsreife Sache auf mündliche Verhandlung hin 6 Monate später durch das Gericht in einer anderen Besetzung entschieden werde.

Die Revision hat ferner darauf hingewiesen, daß das Einverständnis der Parteien mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren sich jeweils nur auf die nächste Entscheidung beziehe. Da das Gericht durch Beschluss vom 17. August 1954 die Sache zur Feriensache erklärt habe, ergebe sich die Frage, ob das Einverständnis der Parteien auch noch für eine nach diesem Beschluss liegende Entscheidung wirksam oder ob es nicht vielmehr bereits durch diesen Beschluß verbraucht gewesen sei.

Diese Rüge kann nicht zur Aufhebung des Berufungs-
urteils führen. Wie auch die Revision nicht verkennt,
kann ein Beschluß des Gerichts, daß die Entscheidung
ohne mündliche Verhandlung getroffen werden solle, mit
Einverständnis der Parteien auch dann ergehen, wenn
bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat
(vgl BGHZ 11, 27 f = LM Nr 2 zu § 128 ZPO mit Anm von
Johannsen). Im vorliegenden Falle steht zudem nicht
fest, daß im Termin vom 23. Februar 1954 im eigentli-
chen Sinne mündlich verhandelt worden ist. Nach dem
Sitzungsprotokoll haben zwar die Parteien in diesem
Termin ihre Sachanträge gestellt (§ 137 Abs 1 ZPO).
Das Protokoll enthält aber nicht die Angabe, daß sie
darüber hinaus mündlich verhandelt, also den Sach-
und Streitstand mündlich vorgetragen haben (§ 137
Abs 2 ZPO). Aber auch wenn am 23. Februar 1954 im Voll-
sinne mündlich verhandelt wäre, könnte die Rüge der
Revision, das Verfahren des Berufungsgerichts sei man-
gelhaft, jedenfalls nur dann Erfolg haben, wenn die
Revision behaupten könnte, daß der Inhalt des münd-
lich Vorgetragenen sich mit dem Akteninhalt nicht
decke. Eine solche Behauptung hat sie jedoch nicht
aufgestellt, so daß es hier dahinstehen kann, ob das
Gericht bei Anordnung des schriftlichen Verfahrens nach
vorangegangener mündlicher Verhandlung verpflichtet
oder doch berechtigt ist, den mündlichen Vortrag, auch
soweit er von dem Akteninhalt abweicht oder über ihn
hinausgeht, seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl
dazu Johannsen aaO). Aus dem gleichen Grunde kann die
Revision auch nicht mit Erfolg rügen, daß die Ent-
scheidung nicht von denselben Richtern getroffen wor-
den sei, die an der Verhandlung vom 23. Februar 1954
teilgenommen haben. Denn nur wenn die Entscheidung
ganz oder teilweise auf Grund eines von dem Aktenin-
halt abweichenden Ergebnisses dieser Verhandlung zu

ergehen hatte, hätte sie durch dieselben Richter gefällt werden müssen, die daran teilgenommen hatten und so allein in der Lage waren, auch das nur mündlich Vorgetragene sachgemäß zu würdigen.

Nun ist der Revision freilich zuzugeben, daß es an sich nicht zulässig sein kann, nach einer mündlichen Verhandlung das schriftliche Verfahren anzuordnen, wenn der Rechtsstreit auf Grund dieser Verhandlung bereits zur Endentscheidung reif, also eine Ergänzung des bereits vollständig mündlich vorgetragenen und gegebenenfalls auch aktenkundigen Prozeßstoffs nicht mehr erforderlich ist. Bei einer solchen Prozeßlage ist vielmehr gemäß § 300 ZPO die Entscheidung auf Grund der mündlichen Verhandlung durch Endurteil zu erlassen und dieses Urteil gemäß § 310 Abs 1 ZPO noch im Verhandlungstermin oder in einem grundsätzlich nicht über eine Woche hinaus anzusetzenden Termin zu verkünden; denn es bedarf keiner Begründung, daß das schriftliche Verfahren nicht lediglich zu dem Zweck angeordnet werden darf, um damit rein formal die gesetzlichen Voraussetzungen für eine an keinen Termin gebundene Verlautbarung des Urteils durch Zustellung der Urteilsformel gemäß § 310 Abs 2 ZPO zu schaffen und so den alsbaldigen Erlass der Endentscheidung, wie er durch die Bestimmung der §§ 300, 310 Abs 1 ZPO sichergestellt werden soll, hinauszögern zu können. Ein in Widerspruch hiermit angeordnetes und durchgeführtes schriftliches Verfahren ist danach ein mangelhaftes Verfahren. Sein Mangel kann aber, wenn die Parteien dem schriftlichen Verfahren zugestimmt haben, keinen unbedingten Revisionsgrund bilden, weil der Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens in dem heutigen Zivilprozeßrecht nicht mehr ausnahmslos gilt und weil in einem solchen Falle nicht davon gesprochen werden kann, daß die Parteien in dem Verfahren nicht nach Vor-

schrift der Gesetze vertreten gewesen seien (§ 551 Nr 5 ZPO). Vielmehr kann dieser Mangel wie jeder gewöhnliche Verfahrensmangel nur dann mit Erfolg gerügt werden, wenn das Urteil auf ihm beruht (vgl Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl § 128 VI und VIII, 3).

Im vorliegenden Falle bietet der Vortrag der Revision keinen Anhalt dafür, daß die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn sie nicht im schriftlichen Verfahren, also auf Grund des Akteninhalts, sondern auf Grund der etwa am 23. Februar 1954 durchgeführten mündlichen Verhandlung ergangen wäre; denn die Revision behauptet, wie bereits dargelegt, nicht, daß in dieser Verhandlung wesentlicher Prozeßstoff vorgetragen sei, der nicht aktenkundig geworden und deshalb bei der Endentscheidung des Gerichts nicht berücksichtigt worden sei. Auch in seiner Revisionsbegründung hat der Beklagte sich nur auf den Akteninhalt gestützt.

Daraus folgt, daß die Revision das Urteil auch nicht mit der Begründung erfolgreich anfechten kann, daß es im vorliegenden Falle nur durch Verkündung und nicht durch die bloße Zustellung als Urteil im Rechtssinne habe zur Entstehung gelangen können, so daß es ohne diese Verkündung ein bloßer Urteilsentwurf geblieben sei oder sich als ein bloßes Scheinurteil darstelle. Anders als in dem vom Reichsgericht in RG 133, 215 ff entschiedenen Falle hat das Berufungsgericht hier nicht auf Grund der mündlichen Verhandlung entschieden, obwohl eine solche stattgefunden hatte, sondern mit Einverständnis der Parteien ausdrücklich beschlossen, daß die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung getroffen werden solle. Dieser Beschluß war zwar unter den oben dargelegten Voraussetzungen unzulässig, so daß das auf ihm beruhende Verfahren einschließlich der Verlautbarung des Urteils durch Zustellung mit

einem Mangel behaftet war. Daraus läßt sich jedoch kein zwingender Grund für die Annahme herleiten, daß das gemäß diesem Verfahren durch Zustellung bekanntgegebene Urteil überhaupt nicht als Urteil im Rechtssinne anzusehen sei. Auf Grund des Beschlusses über die Anordnung des schriftlichen Verfahrens waren sich vielmehr alle Beteiligten darüber klar, daß ein etwa ergehendes Urteil nicht durch Verkündung, sondern durch Zustellung bekanntgegeben und damit existent werden würde. Die Revision behauptet selbst nicht, daß bei einem der Beteiligten hierüber Zweifel entstanden seien. Der etwaige Mangel der Urteilsverlautbarung könnte danach im Revisionsverfahren nur berücksichtigt werden, wenn er entscheidungserheblich wäre. Das ist, wie dargelegt, nicht der Fall (vgl den Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen BGHZ 14, 39 527 = LM Nr 3 zu § 310 Abs 1 ZPO mit Anm von Johannsen).

Den Bedenken, die gegen die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ Bd 133, 215 f) bestehen, braucht somit hier nicht näher nachgegangen zu werden, da der vorliegende Fall, wie erwähnt, anders liegt.

Das Einverständnis der Parteien, daß eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zu treffen sei, bezieht sich, wie die Revision mit Recht ausführt, jeweils nur auf die nächste Entscheidung. Es muß sich dabei jedoch um eine Endentscheidung oder um eine Entscheidung handeln, durch die die Endentscheidung wesentlich sachlich vorbereitet wird. Eine solche Entscheidung ist in dem Beschluß, der die Sache zur Feriensache erklärt, also lediglich die Möglichkeit eröffnen soll, die Entscheidung auch während der Gerichtsferien zu treffen, nicht enthalten. Durch diesen Be-

schluss ist also die Wirkung der Einverständniserklärung nicht verbraucht.

II. Auch in der Sache selbst kann die Revision keinen Erfolg haben.

Es kann dahinstehen, ob die Vereinbarung, daß dem Beklagten seine Verpflichtung, die Nebenleistungen aus dem Darlehensvertrag zu bewirken, erlassen sein solle, wenn er den Betrag der Hauptforderung bis zum 30. Oktober 1951 entrichten würde, wie die Revision meint, bereits mit dem Zugang des Antwortschreibens der Klägerin vom 25. Oktober 1951 (Bl 8 d.A.) auf das Schreiben des Beklagten vom 19. Oktober 1951 (Bl 7 d.A.) oder spätestens mit dem Zugang des Schreibens des Beklagten vom 27. Oktober 1951 (Bl 9 d.A.) zustandegekommen ist. In jedem Falle hing die Wirksamkeit des Erlasses von der Bedingung ab, daß der Beklagte bis zum 30. Oktober 1951 die Hauptforderung erfüllte. Diese Bedingung aber ist, wie das Berufungsgericht frei von rechtlichen Bedenken feststellt, nicht eingetreten. Die vom Beklagten vertretene Auslegung: Zahlung bis zum 30. Oktober 1951 sei gleichbedeutend mit Zahlung bis "ultimo Oktober", ist nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt weder aus Gründen der Logik noch der Lebenserfahrung oder der Verkehrssitte zwingend. Die gegenteilige Auslegung des Berufungsgerichts, die sich an den eindeutigen Wortlaut des Angebots hält, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Es widersprach auch nicht Treu und Glauben, daß die Klägerin das Zustandekommen des Erlaßvertrages, zu dessen Abschluss sie nicht verpflichtet war, von der Einhaltung einer genau bestimmten Bedingung abhängig machte, mochte sie dafür, wie sie behauptet hat, bestimmte durch ihr wirtschaftliches Interesse bedingte

Gründe haben oder nicht. Wurde aber die Bedingung nicht eingehalten, so wurde nach der zwingenden Rechtsvorschrift des § 158 Abs 1 BGB der Erlaß nicht wirksam. Darauf kann sich die Klägerin, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, berufen. Die gegenteilige von der Revision vertretene Auffassung läuft darauf hinaus, daß die Klägerin nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sei, das ihr vom Beklagten mit der am 31. Oktober 1951 geleisteten Zahlung und den vorangegangenen fernmündlichen Anfragen seines Vertreters bei dem Vertreter der Klägerin gemachte Angebot: "Erlaß bei Zahlung der Hauptforderung am 31. Oktober 1951" anzunehmen. Ein Rechtsgrund für eine solche Verpflichtung (also für einen Kontrahierungszwang) ist nicht ersichtlich. Er kann nicht etwa einfachhin aus dem Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet werden, der sich, wie die Revision übersieht, gemäß § 242 BGB grundsätzlich nur auf die Erfüllung bestehender Verpflichtungen bezieht.

Entgegen der Annahme der Revision hat aber die Klägerin ein solches Angebot auch nicht angenommen. Das Berufungsgericht hat zwar hierzu keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen, sondern lediglich ausgeführt, daß die Klägerin auch bei Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr nicht verpflichtet gewesen sei, die verspätete Zahlung als rechtzeitig gegen sich gelten zu lassen und den Erlaß trotzdem aufrechtzuerhalten. Daraus ergibt sich jedoch mit hinreichender Deutlichkeit, daß das Berufungsgericht auch die Annahme eines in der Zahlung vom 31. Oktober 1951 und den vorausgegangenen fernmündlichen Erklärungen des Beklagten liegenden neuen Erlaßangebotes des Beklagten durch die Klägerin verneint hat. Für die gegenteilige Auffassung bot auch der feststehende Sachverhalt keinen Anhalt. Die Revision will die Bekundung

des Annahmewillens der Klägerin gegenüber einem solchen neuen Erlaßangebot des Beklagten in ihrem Schweigen bei und nach der Entgegennahme der Zahlung vom 31. Oktober 1951 erblicken. Sie übersieht dabei, daß der Vertreter des Beklagten nach dem unstreitigen Sachverhalt in den Tagen vor dem 31. Oktober 1951 mehrfach bei dem Vertreter der Klägerin fernmündlich angefragt hatte, ob die Klägerin damit einverstanden sei, daß der Zahlungstag hinausgeschoben und die Bedingung des Erlaßvertrages auch mit der verspäteten Zahlung als erfüllt angesehen werde, daß aber der Vertreter der Klägerin jedesmal, und zwar zuletzt am 30. Oktober 1951, als die Zahlung bereits für den nächsten Tag in Aussicht gestellt war, darauf geantwortet hatte, daß er zu dieser Frage keine verbindliche Erklärung abgeben könne (Schriftsatz des Beklagten vom 8. April 1952 S 6 Bl 19 d.A.). Damit hatte die Klägerin zu dem neuen Angebot des Beklagten nicht einfachhin geschwiegen, sondern sich eine Erklärung ausdrücklich vorbehalten. Zu der Annahme, daß dieser zuvor erklärte Vorbehalt nach Entgegennahme der Zahlung nicht mehr gelten solle, hat die Klägerin oder ihr Vertreter dem Beklagten keinen Anlaß gegeben. In ihrem bloßen Schweigen bei und nach der Zahlung kann ein solcher Anlaß nicht erblickt werden. Denn der Vertreter der Klägerin hatte ja vorher, und zwar noch am Tage vor der Zahlung erklärt, daß er nicht ermächtigt sei, im Namen der Klägerin zu erklären, eine am 31. Oktober 1951 geleistete Zahlung solle ebenso als Erfüllung der Bedingung des Erlasses gelten, wie eine am 30. Oktober geleistete Zahlung. Dieser ausdrücklich für die Klägerin erklärte Vorbehalt einer Stellungnahme zu dem neuen Angebot des Beklagten blieb solange bestehen, bis er durch eine ausdrückliche, sei es zustimmende, sei es ablehnende Erklärung ersetzt wurde. Eine solche ausdrückliche Erklärung ist jedenfalls in dem Sinne, daß die Klä-

gerin das veränderte Vertragsangebot des Beklagten - Erlaß der Nebenforderungen auch bei Zahlung der Hauptschuld am 31. Oktober 1951 - annehme, unstreitig nicht abgegeben worden.

Im übrigen haben auch der Beklagte und sein Vertreter das Schweigen der Klägerin nach dem 31. Oktober 1951 selbst nicht als eine Annahme des von ihnen gemachten Angebots gedeutet, sondern ihre Ungewissheit darüber, wie die Klägerin sich zu der neuen Lage stellen werde, deutlich zum Ausdruck gebracht. Zwar hat der Beklagte die Behauptung der Klägerin, der Vertreter des Beklagten habe bei der Zahlung erklärt, der Beklagte lasse die Klägerin bitten, auf Zinsen und Kostenersatz zu verzichten, anscheinend bestritten. Er hat jedoch zugegeben, "es habe damals schon festgestanden, daß der 30. nicht der 31. sei, so daß theoretisch Komplikationen hätten kommen können" (Schriftsatz vom 8. April 1952 S 7 Bl 20 d.A.). Vor allem ergibt sich aber aus dem Schreiben des Vertreters des Beklagten an den Vertreter der Klägerin vom 6. November 1951, daß der Beklagte keine Gewissheit darüber besaß, ob die Klägerin den Erlaß auch auf Grund der am 31. Oktober 1951 geleisteten Zahlungen als wirksam betrachtete, denn in diesem Schreiben wird die Klägerin um die Bestätigung gebeten, daß nunmehr sämtliche gegenseitigen Ansprüche zwischen den Parteien abgefunden seien. Der Vertreter der Klägerin hat aber darauf unter dem 19. November 1951 (Bl 27 d.A.) geantwortet, daß er noch keinen Bescheid geben könne, da er noch keine Gelegenheit gehabt habe, mit der Klägerin zu sprechen. Damit hat er den bereits früher von ihm fernmündlich ausgesprochenen Vorbehalt einer Stellungnahme der Klägerin zu dem neuen Erlaßangebot des Beklagten ausdrücklich wiederholt.

3

Nach allem kann die vom Beklagten gegen die Klageforderung erhobene Einwendung des Erlasses, wie das Berufungsgericht mit dem Landgericht zutreffend angenommen hat, nicht durchgreifen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs 1 ZPO.

Schmidt Raske Johannsen Kregel Scheffler