

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 125/71

URTEIL

An Verkündungs Statt zugestellt
dem Kläger
am 10. Dezember 1973,
dem Beklagten
am 12. Dezember 1973.

Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Franz P. [REDACTED] in M. [REDACTED], L. [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Elisabeth S. [REDACTED],
2. Christoph S. [REDACTED],
beide in M. [REDACTED], O. [REDACTED] M. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Haidinger und der Richter Mormann, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. April 1971 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die beklagte Ehefrau war mit einem Gesellschaftsanteil von 30 % - neben sechs Kommanditisten - alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der Firma H[REDACTED] R[REDACTED] S[REDACTED] KG (im folgenden: KG), die Hölzer für Musikinstrumente herstellte. Der beklagte Ehemann war Geschäftsführer der KG. Zum Gesellschaftsvermögen gehörte ein 43 000 qm großes Grundstück mit Betriebsanlagen, einem Zweifamilienhaus und einem Campinghaus mit Gaststätte und Selbstbedienungs-

- 3 -

laden. Im Frühjahr 1967 geriet die KG in Zahlungsschwierigkeiten. Über einen Makler trat sie in Verbindung zum Kläger und einer in der Firma Gesellschaft für Sc [REDACTED] mbH (im folgenden: GmbH) zusammengesetzten Interessentengruppe. Diese wollte durch den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile der KG das Grundstück zum Zwecke der Errichtung von Eigentumswohnungen erwerben. Von der Veräußerung sollte das Betriebsvermögen der KG (Inventar und Vorräte) ausgeschlossen sein. Die alten Gesellschafter der KG wollten unter der Firma einer noch zu gründenden GmbH & Co. KG den bisherigen Betrieb auf Grund Pachtvertrages mit dem Kläger fortsetzen. Die Beklagte sollte bis dahin als Treuhänderin aller alten Gesellschafter das Betriebsvermögen halten.

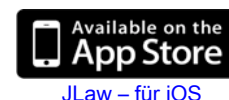
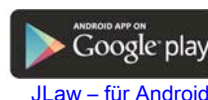
Zur Ausführung dieser Vereinbarungen schlossen die Beklagten am 29. August 1967 mit dem Kläger - zugleich als Geschäftsführer der GmbH - folgenden notariellen Vertrag über die "Übertragung eines Geschäftsanteils" (auszugsweise):

"I.

(Die Beklagte) ist persönlich haftende Gesellschafterin der (KG). Ihr Anteil am Vermögen dieser Firma beträgt 30 %. Zum Vermögen dieser Gesellschaft gehört Grundbesitz.

II.

(Die Beklagte) überläßt und überträgt hiermit ihren Gesellschafteranteil an der (KG) an die (GmbH), und zwar mit sofortiger dinglicher Wirkung. Die (GmbH) nimmt diese Übertragung an.



III.

Für die Überlassung sind folgende Gegenleistungen zu erbringen:

1. (Die GmbH) und (der Kläger) persönlich als Gesamtschuldner haben an (die Beklagte und deren Ehemann (den Beklagten) als Gesamtberechtigte auf deren Lebenszeit eine Leibrente in Höhe von monatlich DM 500.-- zu zahlen, ... erstmals am 1. Oktober 1967 ...

Wegen der vorstehenden Ratenzahlungsverpflichtung unterwerfen sich die GmbH und (der Kläger) persönlich als Gesamtschuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. ...

2. Neben der Rente hat die (GmbH) als Gegenleistung den Betrag von DM 72.000.-- zu erbringen.

Dieser Betrag ist mit 3 % jährlich zu verzinsen und mit 2 % jährlich zu tilgen.

(Die Beklagte) wird ihre vorstehende Forderung in die neu zu gründende ... GmbH & Co. KG einbringen. Diese Firma wird mit der GmbH einen Pachtvertrag abschließen. ... Die vorstehend vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen werden durch Verrechnung mit einem entsprechenden Teil des jährlichen Pachtzinses aus diesem Pachtvertrag erbracht ...

Wird der Pachtvertrag, ohne daß der Verpächter hierzu Anlaß gibt, aufgelöst, bevor die vollständige Tilgung im Wege der Verrechnung erfolgt ist, so hat die Verzinsung und Tilgung ... in bar zu erfolgen.

IV., V. ...

VI.

(Der Kläger) persönlich verpflichtet sich, die Bürgschaft für einen Kontokorrentkredit in Höhe von DM 85.000.-- zu übernehmen. Diesen Kredit erhält zunächst (die Beklagte), später die noch zu gründende ... GmbH & Co. KG.

Der Kredit ist vorerst zu verwenden:

(Es folgt eine Aufstellung im wesentlichen von Verbindlichkeiten der KG, für die Gesellschafter der KG die persönliche Haftung übernommen hatten.)

Wenn (der Kläger) aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wird, ist er berechtigt, das dreifache dessen, worauf er in Anspruch genommen wurde, von den dann noch offenstehenden Zahlungsansprüchen aller Gesellschafter in Abzug zu bringen, es sei denn, er selbst hat die vorzeitige Fälligkeitstellung des Kredits verursacht.

VII., VIII. ...

IX.

Den Beteiligten ist bekannt, daß zur Wirksamkeit dieses Vertrages die Zustimmung aller derzeitigen Gesellschafter (der KG) erforderlich ist. Sie werden diese Zustimmung selbst einholen und dem beurkundenden Notar übermitteln."

Am 29. August 1967, also am Tage des Abschlusses des vorstehenden notariellen Vertrages mit dem Kläger und der GmbH unterzeichnete die Beklagte einen schriftlichen Vertrag zwischen den Gesellschaftern der KG, der auszugsweise lautet:

"1. Die Teilhaber verkaufen ihre Anteile (an der KG) an (den Kläger) und seine Partner.

1. 1.) Der Verkaufspreis der Anteile ist errechnet auf Grund des (durch den Beklagten) aufgestellten Status, der Bestandteil des (notariellen) Kaufvertrages ... vom 29.8.1967 ist.

1. 2.) Alle Aktiva und Passiva der (KG), die nicht in dem vorgenannten Status enthalten sind, werden von der bisherigen Komplementärin (der Beklagten) entnommen, treuhänderisch für alle Teilhaber verwaltet und genutzt und in eine neu zu gründende Tonholzverarbeitungsfirma eingebracht...

1. 3.) Ausgenommen von der Einbringung in die neue Firma sind:

(Kreissparkasse T██████████)	DM 32 000.--
Darlehen (des Beklagten)	DM 50 000.--
Rückständiges Geschäftsführer- vorab 67	<u>DM 8 000.--</u>
zusammen	DM 90 000.--

Für die Übernahme dieser Passiva ist (der Beklagte) durch die Rente gemäß oben genanntem Kaufvertrag Ziffer 1. 1.) abgefunden.

1. 4.) ...

2. 1.) (Die Beklagte) verpflichtet sich, eine neue Tonholzerzeugungsfirma zu gründen...

2. 2.) (Die Beklagte) bringt in die neue Firma den Pachtvertrag ..., sowie die aus der alten ... KG entnommenen treuhänderisch verwalteten Aktiva und Passiva gemäß Ziffer 1.4.) dieses Vertrages ein. Als Einlagen werden den Teilhabern die gemäß Ziffer 1.4.) errechneten Kapitalsalden und die gestundeten Kaufpreisanforderungen für die veräußerten Anteile an der ... KG gutgebracht ...

2. 3.) ...

2. 4.) Die neue Firma muß bis 31.12.1967 gegründet sein."

Diesen Vertrag unterzeichneten am 30. August und 16. Oktober 1967 auch die anderen Gesellschafter der KG. Diese stimmten in einer privatschriftlichen Zustimmungserklärung vom 29. August/16. September 1967 dem notariellen Vertrag vom 29. August 1967 zu und übertrugen ferner durch notarielle Verträge ihre Gesellschaftsanteile ebenfalls an die GmbH bzw. deren Gesellschafter, und zwar für zusammen 167 000 DM, wobei die gleichen Zins- und Tilgungsraten vereinbart wurden (3 % und 2 %) wie in dem Vertrag der Beklagten vom 29. August 1967. Diese Raten (5 % von 167 000 + 72 000 = 239 000 DM) in Höhe von rd. 12 000 DM entsprachen dem in dem Pachtvertrag mit der neuen GmbH & Co. KG vorgesehenen jährlichen Pachtzins, so daß also für die Übernahme der Geschäftsanteile der KG nur die Monatsrente von 500 DM an die Beklagten bar zu zahlen war.

Die Beklagte erhielt von der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank (im folgenden: Bank) zur Begleichung dringender Verbindlichkeiten der KG einen mit 1 000 DM monatlich zu verzinsenden und zu tilgenden Kredit von 85 000 DM, für den der Kläger - entsprechend Ziffer VI des notariellen Vertrages vom 29. August 1967 - sich am 15. November 1967 verbürgte.

Die vorgesehene Gründung der Nachfolgegesellschaft der KG unterblieb und damit auch die Unterzeichnung eines Pachtvertrages zwischen der GmbH und der Nachfolgegesellschaft. Die Beklagte veräußerte vielmehr als Treu-

händerin der Altgesellschafter das Inventar an den Bauunternehmer Seitz in Mittenwald. Jedoch zögerte sich die vollständige Räumung des Betriebsgeländes hin. Hierüber verhält sich der folgende Schriftwechsel:

Am 30. März 1968 schrieb die Beklagte an den Kläger:

"Wie ich Ihnen schon mitteilte, ist die Treuhandverwaltung der ehem. Gesellschafter der Fa. H. [REDACTED] R. [REDACTED] S. [REDACTED] KG aufgelöst und ich bin dabei, die Fertig- und Halbfertigteile abzuwickeln, die noch den Gesellschaftern gehören. Alles andere ist an Herrn Architekten und Bauunternehmer Hermann Seitz in M. [REDACTED] verkauft und wird abtransportiert, sobald es die Schneelage auf dem Platz gestattet.

Die von Ihnen ab sofort zu zahlenden Zins- und Tilgungsbeträge sind an die Hypobank Marquartstein abgetreten und ich bitte höfl., dorthin die Zahlungen zu leisten, Konto Nr. 20 470."

Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 2. April 1968 an den Beklagten:

"Wir sind damit einverstanden, daß die Werkräume gegen Bezahlung der Zins- und Tilgungsbeträge so lange vom Käufer der Maschinen gemietet werden, solange dieser sie zu haben wünscht.

Es wäre uns nur recht, wenn er uns einen genauen Termin angeben würde, wann wir über die Räume einschließlich Wohnung verfügen können.

Für die Weitervermietung der Räume habe ich nämlich bereits Verbindung aufgenommen."

Für die Monate April, Mai und Juni 1968 zahlte Se [REDACTED] à conto des von der Beklagten aufgenommenen Kredits an die Bank je 1 000 DM.

Am 15. Juli 1968 schrieb der Kläger an den Beklagten:

"... Entgegen Ihrer Mitteilung, ist das Holzwerk heute noch nicht geräumt, es sind lediglich die Maschinenteile entnommen und die Wohnung Sch [REDACTED] freigemacht. Dagegen ist das Freigelände und die Gegenstände in der Lagerhalle sowie die neue Hütte noch nicht entfernt, so daß für den Monat Juli die Mietzahlung noch zu verrechnen ist. Sollte Ende Juli der Platz noch nicht freigemacht sein, so müßte ich auch für August die Mietzahlung in Anspruch nehmen, auch wenn es sich nur um Tage im August handelt, weil ich nur mit vollen Monaten etwas anfangen kann. ..."

Die Beklagte antwortete am 17. Juli 1968:

"Den Erhalt Ihres Briefes dankend bestätigend, möchte ich nochmals folgendes klarstellen:

- 1) Der Käufer unserer Betriebseinrichtung und der Holzvorräte, Herr Hermann Se [REDACTED] M [REDACTED] - hat auf meinen Vorschlag und mit Ihrem Einverständnis während der Räumungszeit in den Monaten April bis Juni jeweils Ihre Zins- und Tilgungsraten in Höhe von monatlich DM 1.000.--, also insgesamt DM 3.000.-- an das Abwicklungskonto für den DM 85.000.-- Kredit Nr. 20 470 bei der Hypobank M [REDACTED] einbezahlt.

Dies ist aber einzig und allein eine Sache zwischen Ihnen und Herrn Se [REDACTED], ich war Herrn Se [REDACTED] lediglich behilflich.

2) Ob und wieviel Sie von Herrn Se [REDACTED] noch für Juli erhalten bzw. berechnen können, ist auch eine Sache zwischen Ihnen und Herrn Se [REDACTED], es hat mit den fälligen Zahlungen an die Hypobank nichts zu tun und entbindet Sie nicht von Ihrer Zahlungsverpflichtung bezüglich der Zins- und Tilgungsraten für die restlichen DM 240.000.--. Die Rate Juli ist längst fällig.

3) Herr Sch [REDACTED] räumte die Wohnung am 9.7.68 und ich habe diese Herrn M [REDACTED] übergeben. Herr Sch [REDACTED] muß in M [REDACTED] für Juli noch eine hohe Miete zahlen. Ich hatte Ihnen und Ihrem Herrn Schwager längst mitgeteilt, daß die Wohnung in den ersten Julitagen geräumt würde.

Vom 1.7.68 benützte Herr Se [REDACTED] im Werk noch etwa 10 % der Fläche, ebenfalls im großen Schuppen. Gestern hat er bis auf eine kleine Ecke alles geräumt, im großen Schuppen ist noch etwa 5 % der 450 qm belegt. Bis auf den Ausbau der Ventilatoren soll morgen alles wegkommen.

4) Da ich Herrn Se [REDACTED] telefonisch nicht erreichte, habe ich ihm brieflich vorgeschlagen, Ihnen als Restentschädigung den Kran zu überlassen, obwohl er die Träger dringend für einen Brückenbau benötigt. Die Träger allein - ohne Laufkatzen - haben einen Wert von DM 1.500.--. Nach Abzug der Ausbaukosten, dürfte es noch eine gute Entschädigung sein. Der Kran wurde vom Staat als Teil der Betriebseinrichtung gekauft und ist extra aufgeführt und bilanziert.

Ich versichere Ihnen, daß ich einen Bittgang auf den höchsten Chiemgauberg mit Dankeshymnen unternehme, wenn ich R [REDACTED] los habe."

Der Kläger erwiderte am 19. Juli 1968 an den Beklagten:

"In Ihrem Schreiben vom 17.7.68 drehen Sie die Dinge einfach so hin, wie Sie sie gerne sehen wollen. Tatsache ist jedoch, daß ich die Firma Se[REDACTED] weder kenne, noch mit dieser irgendwelche Vereinbarungen getroffen habe.

Da Ihre Zusagen bisher nie gestimmt haben, konnten wir uns auch auf die Räumung der Wohnung durch Herrn Sch[REDACTED] in den ersten Juli-Tagen nicht verlassen. Es ist für uns ohne Bedeutung, mit wieviel Prozent das Holzwerk, der Lagerplatz und der große Schuppen genutzt wird. Tatsache ist doch, daß wir so lange die Räume und den Platz nicht nutzen können, so lange noch irgendwelche Teile von Ihnen herumliegen.

Aus diesen Gründen kann eine Besprechung über die endgültige Abrechnung und weitere Zahlungen erst dann stattfinden, wenn wirklich restlos geräumt ist. ..."

Am 30. August 1968 mahnte die Gemeinde R[REDACTED] die KG wegen rückständiger Kanalanschlußgebühren von rd. 11 500 DM und anderer öffentlicher Abgaben von rd. 2 000 DM.

Am 2. September 1968 schrieb der Kläger an den Beklagten:

"Anliegend übergebe ich Fotokopie einer Mahnung der Gemeinde R[REDACTED] und bitte um umgehende Stellungnahme.

Gleichzeitig bitten wir um Mitteilung, wann Sie endgültig ausziehen, damit wir unsere Vorkehrungen rechtzeitig treffen können.

Ich mache ausdrücklich darauf aufmerksam, daß die vorgesehenen Mietzahlungen durch die früheren Gesellschafter so lange zu erfolgen haben, solange Sie auf dem Platz noch Ihr Büro unterhalten und noch irgendwelche Teile, die Ihr Eigentum sind, herumliegen. Es ist also in Ihrem Interesse empfehlenswert, wenn Sie den Platz und die Gebäude von den noch vorhandenen Resten säubern bzw. abtransportieren lassen, damit endlich klare Verhältnisse herrschen...."

Der Beklagte erwirkte im September 1968 bei der Bank eine Stundung der Monatsraten bis Ende September.

Am 27. September 1968 schrieb der Kläger im Hinblick auf die in seinem Schreiben vom 2. September 1968 erwähnte Mahnung der Gemeinde wegen stückständiger öffentlicher Abgaben der KG an den Bürgermeister von R[REDACTED]:

"Wie mir bei meinem letzten Besuch von Ihnen eröffnet wurde, hat die S[REDACTED] KG noch alte Schulden bei der Gemeinde abzudecken.

Ich bin verpflichtet, ab 1. Oktober an die früheren Gesellschafter der S[REDACTED] KG monatlich DM 1.000,-- zu bezahlen und ich bitte Sie höflichst, damit einverstanden zu sein, daß ich durch Überweisungen dieser monatlichen DM 1.000,-- Rate an die Gemeinde R[REDACTED] die alten Schulden abdecken kann..."

Er leistete jedoch die Rate für Oktober an die Gemeinde nicht.

Am 7. Oktober 1968 nahm die Bank nach Ablauf der von ihr gewährten Stundungsfrist den Kläger mit folgendem Schreiben aus der Bürgschaft in Anspruch:

"Wir nehmen Bezug auf unseren bisherigen Schriftwechsel, resp. auf unseren Brief vom 18.9.68, sowie unsere letzte Unterredung und sehen uns nun leider gezwungen, Sie aus Ihrer obigen Bürgschaft in Anspruch zu nehmen.

Unsere Forderung beläuft sich auf:

DM 86.978,86 Hauptschuld
+ DM 2.403,-- Zinsen vom 30.6. - 20.10.68
DM 89.381,86
=====

Wir ersuchen Sie hiermit, diesen Betrag bis spätestens 20. Oktober 1968 an uns zu überweisen..."

Der Kläger überwies den geforderten Betrag zum 20. Oktober 1968.

Durch Schreiben vom 15. Oktober 1968 teilte der Kläger seine Inanspruchnahme durch die Bank den früheren Gesellschaftern der KG mit und meldete gegen sie einen Regreßanspruch in dreifacher Höhe des an die Bank gezahlten Betrages, also in Höhe von 3 x 89 381,86 DM = 268 145,58 DM an. Mit Schreiben vom 30. Januar 1969 rechnete der Kläger im eigenen Namen und namens seiner Mitgesellschafter gegenüber den Kaufpreisansprüchen der früheren Gesellschafter mit seiner Regreßforderung auf.

Da die Beklagten wegen ihrer Rentenforderung die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde vom 29. August 1967 betrieben, erhob der Kläger Vollstreckungsgegenklage und beantragte, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, soweit die ab 1. November 1968 fällig gewordenen und fällig werdenden monatlichen Rentenbeträge 31 745,88 DM nebst 8 % Zinsen seit 8. Oktober 1968 nicht übersteigen. Das Landgericht gab der Klage mit Ausnahme der Zinsen statt. Das Berufungsgericht wies sie ab.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe die vorzeitige Fälligestellung des Darlehens der Bank verursacht. Er habe infolgedessen keinen Anspruch aus Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967, mit dem er gegen die Rentenforderung der Beklagten aufrechnen könne. Inwieweit der Kläger mit einer Rückgriffsforderung in Höhe seiner Inanspruchnahme als Bürge aufrechnen dürfe, sei nicht zu prüfen, weil diese Forderung durch die am 15. Oktober 1968 erklärte Aufrechnung verbraucht sei. Dagegen wendet die Revision sich mit Recht.

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der in Ziffer III 2 des genannten Vertrages vorgesehene Pachtvertrag nicht zustande gekommen sei und daß vertragliche Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Bauunternehmer Se■■■■ nicht bestanden hätten. Durch den Briefwechsel der Beklagten und des Klägers vom 30. März/2. April 1968 sei jedoch ein den Regeln des Pachtrechts unterliegender Überlassungsvertrag über das Grundstück der KG bis zum Abtransport des dem Bauunternehmer Se■■■■ verkauften Inventars begründet worden. Infolge dieser Abmachung habe der Kläger die Zins- und Tilgungsraten bis 30. September 1968 verrechnen dürfen. Ab 1. Oktober 1968 sei er aber zur Zahlung an die Bank verpflichtet gewesen, weil er ab diesem Zeitpunkt gemäß § 597 BGB allenfalls ein geringes Nutzungsentgelt habe beanspruchen können und weil er mit der Unterlassung einer Zahlung an die Bank trotz Räumung des größten Teiles des Grundstücks gegen Treu und Glauben verstoßen hätte.

1. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen nicht frei von Rechtsirrtum sind.

a) Das Berufungsgericht hat die in dem Briefwechsel vom 30. März/2. April 1968 getroffenen Abreden ersichtlich dahin gewürdigt, daß der Kläger Verpächter, die Beklagte als Treuhänderin der Altgesellschaft Pächterin und der Bauunternehmer Se■■■■ Unterpächter waren. Das ist irrig. Die Überlassung des Grundstücks an die Beklagte bzw. an den Bauunternehmer Se■■■■ ist nicht als Pacht-, sondern als Mietvertrag

anzusehen. Für die Frage, ob ein Miet- oder ein Pachtvertrag vorliegt, kommt es nicht auf die von den Vertragschließenden gewählte Bezeichnung an. Entscheidend ist, ob allein der Gebrauch der Sache oder der Gebrauch und der Fruchtgenuß gewährt werden. Wie den Ausführungen des Berufungsgerichts und dem in Bezug genommenen Schriftwechsel zu entnehmen ist, war der Beklagten bzw. Se [REDACTED] lediglich der Gebrauch des Grundstücks gestattet. Das Grundstück sollte vereinbarungsgemäß als Lagerfläche genutzt werden, bis Se [REDACTED] der Abtransport des gekauften Inventars möglich war. Daß das Grundstück für einen gewerblichen Betrieb eingerichtet war, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Se [REDACTED] war daher nicht Unterpächter, sondern Untermieter.

b) Welcher Mietzins vereinbart war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat jedoch aus dem von der Beklagten nicht widersprochenen Schreiben des Klägers vom 2. April 1968 wie daraus, daß Seitz für die Monate April bis Juni 1968 jeweils 1 000 DM an die Bank gezahlt hatte, geschlossen, Se [REDACTED] habe monatlich 1 000 DM zahlen müssen. Solange das Grundstück durch die Beklagte bzw. Se [REDACTED] benutzt wurde, brauchte der Kläger mithin auf Grund der mit der Beklagten getroffenen Abrede nicht monatlich 1 000 DM an die Bank zu zahlen, sondern durfte die Zins- und Tilgungszahlungen mit dem von Seitz geschuldeten Mietzins verrechnen. Wann das Untermietverhältnis bzw. nach Auffassung des Berufungsgerichts das Unterpachtverhältnis endete, hat es ebenfalls nicht festgestellt. Es geht jedoch ersichtlich davon aus, daß

das spätestens am 30. September 1968 der Fall war. Ist dem so, dann hatte der Kläger nach dem 1. Oktober 1968 zwar keinen Anspruch auf Mietzins, aber gegebenenfalls einen Anspruch gemäß § 557 BGB. Für die Zeit nach Beendigung des Miet- bzw. Untermietverhältnisses gilt nicht § 597 BGB, der übrigens nicht die Entschädigung des Verpächters bzw. Pächters bei einer Teilvorenthaltung des Grundstücks regelt, sondern § 557 BGB. Der Kläger konnte daher den vereinbarten Mietzins als Entschädigung verlangen, wenn und solange ihm das Grundstück vorenthalten wurde. Der Anwendung des § 557 BGB steht nicht entgegen, daß der Kläger die Möglichkeit hatte, gemäß § 556 Abs. 3 BGB die Räumung des Grundstücks von Se[REDACTED] zu verlangen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Vermieter grundsätzlich den Anspruch auf Entschädigung gemäß § 557 BGB, obgleich er gemäß § 556 Abs. 3 BGB von dem Untermieter Räumung verlangen könnte. Denn § 556 Abs. 3 BGB will die Rechte des Vermieters nicht beschränken, sondern ihm zusätzlich einen Anspruch auf Räumung geben. Ob in besonders gelagerten Fällen etwas anderes gilt, bedarf hier keiner Erörterung. Dem Kläger blieb daher die Möglichkeit erhalten, die Zins- und Tilgungszahlungen zu verrechnen, wenn und solange das Grundstück nicht geräumt war.

c) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger sei in jedem Falle nach Treu und Glauben deshalb ab 1. Oktober 1968 zur Zahlung von monatlich 1 000 DM an die Bank verpflichtet gewesen, weil unstreitig ab 1. Oktober 1968 lediglich 200 qm des 43 000 qm großen Grundstücks nicht geräumt gewesen seien. Wie die Revision

indessen mit Recht rügt, hatte der Kläger in der Berufungserwiderung bzw. in dem Schriftsatz vom 25. März 1971 vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß das Grundstück erst am 29. Oktober 1968 geräumt worden sei, daß er es vorher nicht in Besitz genommen habe und daß er das teilweise geräumte Grundstück nicht habe verwenden können. Auf den letzten Gesichtspunkt hatte er übrigens bereits in seinem Schreiben vom 19. Juli 1968 hingewiesen. Diesen Vortrag und diese Beweisantritte durfte das Berufungsgericht nicht außer acht lassen, weil dem Kläger - die Richtigkeit seiner Behauptungen unterstellt - die Verrechnungsmöglichkeit auch für Oktober 1968 erhalten blieb. Konnte er das lediglich teilweise geräumte Grundstück nicht verwenden, weil er vor vollständiger Räumung mit dem geplanten Bauvorhaben nicht beginnen konnte, so war er nicht gemäß § 242 BGB zur Zahlung ab 1. Oktober 1968 verpflichtet. Ein Fall, in dem die Verweigerung der eigenen Leistung rechtsmißbräuchlich ist, war dann nicht gegeben. Anders wäre es allerdings dann, wenn das Grundstück Ende September 1968 im wesentlichen geräumt gewesen wäre und der Kläger es für seine Zwecke hätte verwenden können. In diesem Fall könnte er nach Treu und Glauben am 1. Oktober 1968 zur Zahlung von 1 000 DM an die Bank verpflichtet gewesen sein.

2. Die Revision weist weiter mit Recht darauf hin, daß die Bank die Ratenzahlungen für Juni bis September 1968 nur bis Ende September 1968 gestundet hatte, daß also am 1. Oktober 1968 3 000 DM zur Zahlung fällig waren. Sie will daraus folgern, daß die Bank in je-

dem Falle das Darlehen fällig gestellt und den Kläger als Bürgen in Anspruch genommen hätte. Da die Bank bereits mit Schreiben vom 7. Oktober 1968 unter Bezugnahme auf einen Brief vom 18. September 1968 den Kläger als Bürgen in Anspruch nahm, ist nicht ausgeschlossen, daß sie wegen des Zahlungsrückstandes für Juni bis September 1968 auch dann das Darlehen gekündigt und von dem Kläger als Bürgen Zahlung verlangt hätte, wenn er anfangs Oktober 1968 1 000 DM an die Bank gezahlt hätte. Auch das hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, weil in diesem Fall das Unterbleiben einer Zahlung anfangs Oktober 1968 für die Fälligestellung des Darlehens und die Inanspruchnahme des Klägers als Bürge nicht ursächlich wäre.

3. Sollte der Kläger entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Fälligestellung des Darlehens nicht verursacht haben, weil ihm die Verrechnungsmöglichkeit erhalten geblieben war oder weil die Bank nach Fälligkeit der Raten für Juni bis September 1968 ohnehin das Darlehen gekündigt und ihn als Bürgen in Anspruch genommen hätte, so ist dennoch fraglich, ob er das Dreifache des an die Bank gezahlten Betrages verrechnen kann.

a) Der Kläger hätte nämlich möglicherweise gegen den in § 162 Abs. 2 BGB normierten Rechtsgrundsatz verstoßen, daß niemand aus einer Verletzung seiner Treupflicht Vorteile ziehen darf. Er hatte mit Schreiben vom 27. September 1968 der Gemeinde R[REDACTED] die Zahlung von monatlich 1 000 DM ab 1. Oktober 1968 zur Tilgung von Verbindlichkeiten der KG in Aussicht gestellt. Daß er

diesen Betrag deshalb nicht zahlte, weil nach seiner Behauptung das Grundstück entgegen seiner Erwartung und den ihm gegebenen Zusagen am 1. Oktober 1968 nicht geräumt war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, könnte das Angebot des Klägers an die Gemeinde R. [REDACTED] dafür sprechen, daß es ihm darum ging, die Fälligestellung des Darlehens und seine Inanspruchnahme als Bürge, die ihm einen Anspruch auf das Dreifache seiner Zahlung an die Bank gab, treuwidrig herbeizuführen. Das könnte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Kläger die Beklagten nicht von seinem Schreiben an die Gemeinde R. [REDACTED] unterrichtet und sie nicht verständigt hätte, daß er in keinem Fall am 1. Oktober 1968 eine Zahlung an die Bank leisten werde. Denn den Beklagten wäre es andernfalls möglicherweise gelungen, die Fälligestellung des Darlehens abzuwenden.

b) Auch dann, wenn der Kläger nicht treuwidrig gehandelt hätte, wäre zu prüfen, ob er das Dreifache seiner Zahlung an die Bank verrechnen darf. Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung, daß der Kläger bei seiner Inanspruchnahme als Bürge das Dreifache seiner Zahlung mit den offenstehenden Ansprüchen der Gesellschafter der KG verrechnen könne, rechtsirrtumsfrei als - uneigentliches - Vertragsstrafeversprechen angesehen (vgl. BGH-Urteil vom 8. März 1967 - VIII ZR 214/65 = NJW 1967, 1318). Es wäre daher gegebenenfalls zu erwägen, ob die Vertragsstrafe unangemessen hoch und gemäß § 343 BGB herabzusetzen ist. Bei der gebotenen Abwägung der Umstände dieses Falls wäre

auch zu berücksichtigen, inwieweit der Kläger dadurch belastet wurde, daß er bei einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft den Betrag von 89 381,86 DM sofort zahlen mußte, während der neben der Rente zu zahlende Kaufpreis von insgesamt 239 000 DM lediglich jährlich mit 3 % zu verzinsen und mit 2 % zu tilgen war.

II. In jedem Fall hat der Kläger einen Anspruch auf Erstattung des von ihm an die Bank gezahlten Betrags, mit dem er aufrechnen kann.

1. Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967 ist möglicherweise dahin zu verstehen, daß der Kläger bei seiner Inanspruchnahme als Bürge sich durch Verrechnung mit den offenstehenden Kaufpreisforderungen der Altgesellschaft der KG befriedigen dürfe, daß er aber das Dreifache seiner Zahlung nur dann zu beanspruchen habe, wenn er die Fälligkeitstellung des Darlehens nicht verursacht hatte. Ist die Bestimmung so zu verstehen, dann hätte der Kläger einen vertraglichen Anspruch auf Verrechnung seiner Zahlung an die Bank mit dem Kaufpreis für die Gesellschaftsanteile. Abgesehen davon hat er als Bürge einen Rückgriffsanspruch gemäß § 774 BGB gegen die Beklagte.

2. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein vertraglicher Verrechnungsanspruch oder ein Rückgriffsanspruch des Klägers durch das vom Berufungsgericht als Aufrechnungserklärung gewertete Schreiben vom 15. Oktober 1968 verbraucht sein soll. Hatte der Kläger in diesem Schreiben gegen die offenstehende Kaufpreis-

forderungen der Altgesellschafter aufgerechnet, so erstreckte sich die Aufrechnung auch auf die Rentenforderung der Beklagten. Die gegenüber der beklagten Ehefrau erklärte Aufrechnung wirkte gemäß §§ 429, 422 BGB auch gegen den beklagten Ehemann, weil die Beklagten Gesamtgläubiger waren. Daß nach der Feststellung des in Bezug genommenen Teilurteils des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. November 1970 in Sachen F [REDACTED] / M [REDACTED] u.a. am 30. Januar 1969 erneut Aufrechnung gegenüber den Anteilsveräußerern erklärt wurde, berührte die Wirkung der zuvor erklärten Aufrechnung nicht. Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls zu prüfen haben, inwieweit durch die Aufrechnung mit dem Betrag von 89 381,86 DM die Rentenforderung der Beklagten erloschen ist.

III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann mithin keinen Bestand haben. Da es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, war das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Endentscheidung in der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann