

7

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 148/75

URTEIL

Verkündet am
27. April 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Do[REDACTED] U[REDACTED]-Sch[REDACTED]-Brauerei AG, gesetzlich
vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Frank We[REDACTED] und
Joachim Kr[REDACTED], diese vertreten durch die Brauerei Schl[REDACTED]
GmbH in DÜ[REDACTED], HU[REDACTED]straße 2, diese vertreten durch
ihre Geschäftsführer Senator e.h. Hermann B[REDACTED], Wolfgang
Freiherr v. Ke[REDACTED], Dr. Horst-Otto Mü[REDACTED] und Heinz
Wi[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Joseph K[REDACTED], T[REDACTED] A[REDACTED]-Y[REDACTED] 1 (I[REDACTED]),
Be[REDACTED] D[REDACTED], D[REDACTED] Sh[REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 1977 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Wolf, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Revision des Beklagten wird auf die Revision der Klägerin das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. April 1975 im Kostenpunkt und in der Hauptsache insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Brauerei H[REDACTED] GmbH, deren Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist, verpachtete dem Beklagten durch schriftlichen Vertrag vom 27. Januar 1972 ab 15. Februar 1972 bis 30. September 1975 die Gaststätte "Braustuben Fr[REDACTED]" in Dü[REDACTED]. In § 4 des Vertrages ist vereinbart, der monatliche Pachtzins betrage einschließlich Mehrwertsteuer 11 769,60 DM und für die Zeit vom 15. Februar 1972 bis 31. Mai 1972 brauche der

- 3 -

Pächter jeweils nur die Hälfte des monatlichen Pachtzinses zu entrichten.

Ebenfalls am 27. Januar 1972 schloß die Brauerei H[REDACTED] mit dem Beklagten einen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag. Das Darlehen betrug 94 350 DM und sollte zum Erwerb des Wirtschaftsinventars dienen, das die Brauerei dem Beklagten verkaufte. Durch Nachtrag vom 24. April 1972 übernahm die Brauerei die selbstschuldnerische Bürgschaft für ein Darlehen von 10 000 DM, das der Beklagte bei der D[REDACTED] Bank AG in Dü[REDACTED] aufnahm. Im April 1972 gewährte die Brauerei dem Beklagten formlos ein Darlehen von 2 918,86 DM, das zur Tilgung einer Verbindlichkeit des Beklagten gegenüber den Stadtwerken Dü[REDACTED] bestimmt war.

Etwa einen Monat später erbat der Beklagte von der Brauerei ein weiteres Darlehen von 20 000 DM. Ihr Direktor He[REDACTED] suchte am 5. Juni 1972 in Begleitung des ebenfalls bei der Brauerei angestellten Betriebswirts Bo[REDACTED] den Beklagten in der Gaststätte auf und teilte ihm mit, daß das Darlehen nicht gewährt werde. Der Beklagte stellte daraufhin den Betrieb der Gaststätte ein. Zwei Tage später übersandte er der Brauerei die Schlüssel zur Gaststätte. Unmittelbar danach übersiedelte er nach Israel. Die Brauerei verpachtete die Gaststätte zum 1. September 1972 an den Gastwirt Sa[REDACTED].

Im September 1972 beglich die Brauerei als Bürgin des Beklagten dessen Verbindlichkeit gegenüber der D[REDACTED] Bank. Sie zahlte an diese einschließlich Zinsen den Betrag von 10 117,42 DM.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Brauerei hat vom Beklagten zunächst die Zahlung von 67 759,58 DM begehrt. Sie hat dann die Klage auf den Betrag von 61 654,27 DM ermäßigt. Im einzelnen verlangt sie noch die Zahlung von 41 325,95 DM (restlichen Pachtzins bis einschließlich August 1972), von 10 117,42 DM (Rückgriff aus der Bürgschaft), von 2 918,86 DM (Darlehensrückzahlung, und von 7 291,99 DM (für Warenlieferungen). Die Zusammenrechnung dieser Beträge ergibt 61 654,22 DM.

Der Beklagte hat geltend gemacht: Er schulde nicht die schriftlich vereinbarte Festpacht, sondern gemäß mündlicher Absprache die geringere Umsatzpacht. Für die Zeit ab 5. Juni 1972 stehe der Klägerin kein Pachtzinsanspruch zu, weil an diesem Tage der Pachtvertrag einverständlich aufgehoben worden sei.

Der Beklagte hat mit Gegenansprüchen in Höhe von 33 062,34 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen We■■■■, He■■■■ und Bo■■■■ den Beklagten zur Zahlung von 61 654,27 DM verurteilt. Es hat ausgeführt, eine Vertragsauflösung könne nicht festgestellt werden, weil der Aussage des Zeugen W■■■■, der Zeuge He■■■■ habe am 5. Juni 1972 erklärt, er betrachte alle Verträge als aufgehoben, die Angaben der Zeugen He■■■■ und Bo■■■■ entgegenständen, der Beklagte sei zur Fortführung der Gaststätte aufgefordert worden.

Das Berufungsgericht hat ohne eigene Beweiserhebung als bewiesen angesehen, daß der Pachtvertrag am 5. Juni 1972 durch Vereinbarung der Vertragspartner aufgehoben worden sei. Es hat deshalb angenommen, die Pachtzinsforderung sei nur bis zu diesem Zeitpunkt und damit nur in Höhe

von 9 394,58 DM begründet. Die übrigen Klageansprüche hat es als berechtigt angesehen. Es hat deshalb angenommen, die Brauerei H. GmbH habe eine Forderung in Höhe von insgesamt 29 722,85 DM gegen den Beklagten erworben (9 394,58 DM + 10 117,42 DM + 2 918,86 DM + 7 291,99 DM). Den Darlehensrückzahlungsanspruch hat es aufgrund der Aufrechnung des Beklagten als getilgt erachtet. Die weitergehende Aufrechnung des Beklagten hat es als unzulässig angesehen mit der Begründung, die Vertragspartner hätten die Aufrechnung gegen die in Betracht kommenden Forderungen vertraglich ausgeschlossen. Das Berufungsgericht hat deshalb unter Zurückweisung der Berufung im übrigen den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 26 803,99 DM (29 722,85 DM - 2 918,86 DM) nebst Zinsen zu zahlen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Beklagte erstrebt mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht führt aus:

a) Der Pachtvertrag sei mit seinem schriftlichen Inhalt zustandegekommen, selbst wenn dem Beklagten, wie er behaupte, bei Unterzeichnung des Vertrages nur dessen letzte Seite vorgelegen haben sollte. Falls bei den mündlichen Besprechungen Einigkeit darüber bestanden haben sollte, daß der Beklagte nicht, wie im schriftlichen Vertrag festgelegt, eine Festpacht, sondern eine Umsatzpacht zu zahlen habe, könne für den Beklagten ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung entstanden sein. Die Anfechtung habe er frühestens in der Berufungsbegründungsschrift im Oktober 1974 erklärt. Auch die Frist für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sei zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen gewesen.

Pachtzins schulde der Beklagte aber nur bis zum 5. Juni 1972, weil an diesem Tage der Pachtvertrag von den Vertragspartnern einverständlich aufgehoben worden sei. Bei dieser Vereinbarung sei die Brauerei H. GmbH durch den Zeugen He. vertreten worden, der Prokurist der Brauerei gewesen sei. Das Zustandekommen der Vereinbarung über die Aufhebung des Pachtvertrages stehe aufgrund der im ersten Rechtszug durchgeführten Beweisaufnahme fest. Der Beklagte habe bei der Besprechung am 5. Juni 1972 erklärt, er könne, weil er das von der Brauerei erbetene Darlehen nicht erhalte, die Gaststätte nicht weiterführen. Nach der Aussage des Zeugen W. habe der Zeuge He. erwidert, er betrachte alle Verträge als aufgelöst. Dementsprechend habe der Beklagte sich verhalten, indem er die Schlüssel für die Gastwirtschaft umgehend an die Brauerei zurückgesandt habe und unmittelbar

danach nach I [REDACTED] verzogen sei. Die Zeugen He [REDACTED] und Bo [REDACTED] hätten allerdings ausgesagt, He [REDACTED] habe auf der Weiterführung der Gaststätte durch den Beklagten bestanden. Immerhin hätten auch diese Zeugen bestätigt, daß die Frage der Schlüsselrückgabe besprochen worden sei, und zwar in der Weise, daß He [REDACTED] zu einer für die nächsten Tage angesetzten Besprechung in den Räumen der Brauerei geladen und mit dieser Ladung die Aufforderung verbunden habe, der Beklagte solle die Gaststättenschlüssel mitbringen. Die Aussage des Zeugen W [REDACTED] verdiene den Vorzug vor den Bekundungen der Zeugen He [REDACTED] und Bo [REDACTED]. Die Brauerei H [REDACTED] GmbH habe nämlich schon vor Juni 1972 einen Pächterwechsel erwogen und mit dem Interessenten Sa [REDACTED] anfangs Juni 1972 bereits verhandelt. Für die bloße Mitteilung der Ablehnung des Darlehenswunsches des Beklagten hätte es des persönlichen Einsatzes der Zeugen He [REDACTED] und Bo [REDACTED] nicht bedurft. Der Senat glaube deshalb dem Beklagten, daß es der Brauerei am 5. Juni 1972 darum gegangen sei, den von ihr bereits vorher erwogenen Pächterwechsel zu realisieren. Jedenfalls habe der Beklagte die Äußerungen des Brauereidirektors He [REDACTED] dahin verstehen dürfen, daß die Brauerei seine Erklärung, ohne das Darlehen zur Weiterführung der Gaststätte außer Stande zu sein, billige und ihn aus dem Vertrag entlasse.

b) Die vom Beklagten erklärte Aufrechnung scheitere weitgehend an den in dem Pachtvertrag und in dem Darlehens- und Bierlieferungsvertrag vereinbarten Aufrechnungsverböten, die kraft einer Bezugnahme in Absatz III des Bürgschaftsvertrages auch für Ansprüche aus der Bürgschaft gälten. Die Aufrechnungsverböte ständen aber einer Aufrechnung gegen den Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des Darlehens von 2 918,86 DM nicht entgegen, weil die

Gewährung dieses Darlehens durch einen gesonderten Vertrag vereinbart worden sei. Der Rückzahlungsanspruch aus diesem Darlehen sei aufgrund der Aufrechnung des Beklagten getilgt, weil der Beklagte einen Wertersatzanspruch in Höhe von 2 930,23 DM erworben habe. Dieser beruhe darauf, daß die Klägerin 32 Stühle, die der Beklagte im Februar 1972 gekauft und bei Aufgabe der Gaststätte zurückgelassen habe, ihrem Wirtschaftsinventar zugeschlagen und zusammen mit diesem Inventar dem Pacht-nachfolger überlassen habe.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision des Beklagten stand.

a) Daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten nicht würdigte, die Angestellten der Brauerei H[REDACTED] GmbH hätten ihn auf seine Beanstandung, entgegen dem Wortlaut des schriftlichen Vertrages sei eine Umsatzpacht mündlich vereinbart worden, mit der Zusicherung beruhigt, es werde später ein Ausgleich vorgenommen, rügt der Beklagte ohne Erfolg.

Sollte das Vorbringen des Beklagten zutreffen, könnte allenfalls der Beginn der Frist zu der - im zweiten Rechtszug erfolgten - Abgabe der Anfechtungserklärung hinausgeschoben worden sein. Der Beklagte wußte spätestens mit Zustellung der Klageschrift am 15. November 1972, daß die Klägerin die schriftlich vereinbarte Pacht als maßgeblich erachtete. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die sich der Beklagte nicht wendet, hat er eine Anfechtung aber frühestens mit Einreichung der Berufungsbe-gründungsschrift im Oktober 1974 erklärt und damit erst zu einem Zeitpunkt, in dem selbst die Jahresfrist für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 124 BGB) bereits abgelaufen war.

Die Rüge des Beklagten, das Berufungsgericht hätte annehmen müssen, die Klägerin sei ihm nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, ist nicht berechtigt. Die Haftung nach dieser Bestimmung setzt die (zumindest bedingt) vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eines anderen voraus. Der Beklagte hat aber in den Tatsacheninstanzen nicht dargetan, daß die Vertreter der Brauerei, die für diese den Pachtvertrag abgeschlossen haben, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses damit gerechnet und billigend in Kauf genommen haben, eine Festpacht werde ihn schlechter stellen als eine Umsatzpacht.

b) Auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, er schulde der Klägerin aus Warenlieferungen 7 291,99 DM, wendet sich der Beklagte ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hat seine Feststellungen mit den Erwägungen begründet, der genannte Betrag ergebe sich aus den von der Klägerin vorgelegten Belegen über die einzelnen Lieferungen, diese Belege seien dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zur Überprüfung ausgehändigt worden und der Beklagte habe nicht dargetan, welche der in den einzelnen Belegen aufgeführten Lieferungen ihm zu Unrecht angelastet würden. Das ist nicht zu beanstanden.

c) Soweit das Berufungsgericht eine Aufrechnung für unzulässig erachtet hat, macht die Revision des Beklagten geltend, das Oberlandesgericht hätte die Bestimmungen des Pachtvertrages und des Darlehens- und Bierlieferungsvertrages über den Ausschluß einer Aufrechnung (§§ 4 Abs. 2 und 14 Abs. 4 des Pachtvertrages sowie § 12 Abs. 1 (nicht wie von der Revision des Beklagten geltend gemacht § 8) des Darlehens- und Bierlieferungsvertrages) dahin auslegen müssen, daß nach dem Willen der Vertragspartner eine

Aufrechnung nach Beendigung der Verträge nicht mehr ausgeschlossen sein sollte. Auch mit dieser Rüge hat sie keinen Erfolg. Die Aufrechnungsvereinbarungen in den genannten Bestimmungen sind eindeutig. Der Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen selbst nicht behauptet, die Vertragspartner hätten die Aufrechnung nur für die Dauer des Bestehens der Verträge ausschließen wollen. Einen Rechtssatz, daß der Aufrechnungsausschluß mit der Beendigung eines Vertrages seine Wirksamkeit verliert, gibt es nicht.

3. Dagegen halten die Ausführungen des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision der Klägerin nicht stand.

a) Mit Recht rügt die Klägerin, daß das Berufungsgericht die Aussagen der im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen anders als das Landgericht gewürdigt hat, ohne sich durch wiederholte Vernehmung der Zeugen einen eigenen Eindruck von deren Glaubwürdigkeit zu verschaffen.

Nach § 398 ZPO steht es allerdings im Ermessen des Gerichts, ob es einen Zeugen wiederholt vernimmt. Das Ermessen muß aber pflichtgemäß ausgeübt werden. Hält das Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit eines im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen für wesentlich, so ist es gehalten, diesen nochmals zu vernehmen, wenn es in der Beurteilung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage von der Meinung des Erstrichters abweichen will (BGH Urteile vom 26. September 1963 - II ZR 138/61 = LM ZPO § 398 Nr. 2; vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 = LM aaO Nr. 3 = NJW 1964, 2414; Senatsurteile vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 = LM aaO Nr. 6 = NJW 1968, 1138; vom 18. November 1974 - VIII ZR 116/73 und vom 23. Juni 1976 - VIII ZR 15/75 = NJW 1976, 1742). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Pachtvertrag sei am 5. Juni 1972 einverständlich aufgehoben worden, beruht auf der Annahme, die Aussage des Zeugen W■■■■■, der Zeuge He■■■■■ habe erklärt, er betrachte alle Verträge als aufgehoben, sei richtig. Zu dieser Auffassung konnte das Berufungsgericht aber nur gelangen, weil es die Zeugen He■■■■■ und Bo■■■■■ für unglaubwürdig hielt, die ausgesagt hatten, He■■■■■ habe bei der Besprechung am 5. Juni 1972 auf der Fortführung der Gaststätte durch den Beklagten bestanden. Daß es die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen He■■■■■ und Bo■■■■■ verneinte, ergibt auch der Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe, in denen das Berufungsgericht ausführt, die Aussage des Zeugen W■■■■■ verdiene den Vorzug vor den Bekundungen der Zeugen He■■■■■ und Bo■■■■■ und es glaube dem Beklagten, daß es der Brauerei am 5. Juni 1972 darum gegangen sei, den von ihr bereits vorher erwogenen Pächterwechsel zu realisieren. Das Berufungsgericht hat demnach die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen anders beurteilt als das Landgericht, das sich nicht dazu entschließen konnte, dem Zeugen W■■■■■ zu glauben und die Aussagen der Zeugen He■■■■■ und Bo■■■■■ für unglaubhaft zu erachten. Deshalb durfte das Berufungsgericht eine Beweismwürdigung, die von der des Landgerichts abwich, nur vornehmen, wenn es die Zeugen wiederholt vernahm.

Da bereits aus diesen Gründen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Pachtvertrag sei einverständlich aufgehoben worden, keinen Bestand haben kann, kommt es für die Entscheidung über die Revision der Klägerin nicht darauf an, ob das Berufungsgericht die Feststellung, der Zeuge He■■■■■ sei als Prokurist der Brauerei H■■■■■ GmbH zur Auflösung des Vertrages bevollmächtigt gewesen, ohne Rechtsirrtum getroffen hat.

b) Die Revision der Klägerin hat auch insoweit Erfolg, als sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung des Beklagten teilweise für berechtigt erachtet hat.

aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, das in § 12 Abs. 1 des Darlehens- und Bierlieferungsvertrages vom 27. Januar 1972 vereinbarte Aufrechnungsverbot stehe der Aufrechnung des Beklagten nicht entgegen, soweit sie sich gegen den Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des Darlehens von 2 918,86 DM richte, beruht auf seiner Auffassung, der Vertrag über die Gewährung des genannten Darlehens unterstehe nicht den Vereinbarungen in dem Darlehens- und Bierlieferungsvertrag vom 27. Januar 1972. Die Revision wendet sich zwar hiergegen, beachtliche Gründe hierfür trägt sie aber nicht vor.

bb) Mit Recht rügt die Revision der Klägerin aber die Verletzung der §§ 286, 139 ZPO, soweit das Berufungsgericht zur Feststellung einer Gegenforderung des Beklagten gelangt ist.

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe 32 eigene Stühle in der Gaststätte zurückgelassen, beruht auf seiner Feststellung, der Beklagte habe bei Aufgabe der Gaststätte außer einigen persönlichen Sachen nichts mitgenommen. Es ist aber nicht ersichtlich, aus welchen Gründen es zu dieser Feststellung gelangt ist. Für seine Annahme, die Brauerei habe die Stühle ihrem Wirtschaftsinventar zugeschlagen und zusammen mit dem Inventar dem Pachtnachfolger überlassen, gibt es keine Gesichtspunkte an, welche die getroffene Feststellung rechtfertigen könnten. Der vom Berufungsgericht angeführte Umstand, daß die Verpächterin nach Erhalt der Schlüssel

den Inventarbestand feststellen konnte, kann maßgeblich für die hier nicht zu entscheidende Frage sein, ob die Verpächterin etwa eine Obhutspflicht verletzt hat. Er ist aber - jedenfalls für sich allein - nicht zum Nachweis dafür geeignet, daß die Verpächterin die Stühle als ihr gehörig übernommen hat. Das Berufungsgericht hätte der Klägerin auch Gelegenheit geben müssen, zum Verbleib der Stühle Stellung zu nehmen. Die Klägerin hat im Revisionsrechtszug dargetan, daß sie, wenn ein entsprechender Hinweis erfolgt wäre, durch das Zeugnis ihrer Angestellten He[REDACTED] und Bo[REDACTED] unter Beweis gestellt hätte, daß die Stühle sich nicht bei dem hinterlassenen Inventar befanden.

4. Nach alledem war die Revision des Beklagten zurückzuweisen. Auf die Revision der Klägerin war das Berufungsurteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als in der Hauptsache zum Nachteil der Klägerin erkannt ist. Da dem Senat eine eigene Sachentscheidung nicht möglich ist, mußte die Sache im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Diesem wurde auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Bei der neuerlichen Verhandlung und Entscheidung hat das Berufungsgericht zu berücksichtigen, daß die Klägerin in der Revisionsinstanz geltend gemacht hat, dem Zeugen He[REDACTED] sei von der Brauerei H[REDACTED] GmbH keine Prokura erteilt worden.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Treier

Dr. Brunotte