

- 21

VIII ZR 153/58

Verkündet

am 3. März 1959

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2337 021

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

In dem Rechtsstreit

des Gastwirts Aldo de L [REDACTED] in H [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Marga B e [REDACTED], Gut F [REDACTED]
bei Br [REDACTED] (Westf.) Kreis Hö [REDACTED], vertreten durch den
Buch Sachverständigen Albert R [REDACTED] in H [REDACTED], E [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED] als Generalbevollmächtigten,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 3. März 1959 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und
Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senates des Oberlandesgerichts in Celle vom 7.
Juli 1958 wird auf Kosten des Beklagten mit fol-
gender Einschränkung zurückgewiesen.

Das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts
in Hildesheim vom 16. Januar 1958 wird im Kosten-
punkt dahin ergänzt, daß die Klägerin die durch die
Anrufung des Amtsgerichts in Hildesheim entstandenen
Mehrkosten zu tragen hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schloß, vertreten durch ihren Bevollmächtigten R., mit dem Beklagten am 22. September 1949 einen notariellen Aufbau- und "Pacht"vertrag über mehrere Räume in ihrem bombenbeschädigten und größtenteils zerstörten Hausgrundstück in H., P. Nr., in denen dieser eine Gastwirtschaft betreiben wollte. Die Kosten des Aufbaues hatte der Beklagte aufzubringen; sie sollten aber auf die "Pacht" verrechnet werden. Diese betrug für die Zeit vom 1. April bis 31. August 1950 monatlich 120 DM und vom 1. September 1950 an monatlich 200 DM. Davon war - bis zur Begleichung der Bausumme - die Hälfte auf diese zu verrechnen, der Rest in bar zu zahlen. Der Vertrag wurde auf die Dauer von 10 Jahren bis zum 31. Dezember 1960 fest abgeschlossen. Er enthielt die Bestimmung, daß der Hauseigentümer verpflichtet sei, im Falle der Beendigung des Vertrages vor vollständiger Tilgung der Bausumme drei Viertel des noch offen stehenden Betrages an den Beklagten zu zahlen (§ 6). Zu den ursprünglich vom Vertrag umfaßten Räumen erhielt der Beklagte später noch einen weiteren Raum hinzu, für den er 50 DM monatlich zahlte.

Im Jahre 1957 verhandelte der Beklagte mit dem Gastwirt Schipporeit über den Verkauf seiner Gastwirtschaft und gleichzeitig mit dem Bevollmächtigten der Klägerin, R., über eine vorzeitige Beendigung des Vertrages. Der Beklagte und Schipporeit unterzeichneten einen vom 27. Juni 1957 datierten Kaufvertrag, nach dem Schipporeit vom Beklagten in einer Anlage aufgeführte Einrichtungsgegenstände für 10 000 DM am 15. August 1957 käuflich erwerben sollte. Eine weitere "Vereinbarung" mit Datum vom gleichen Tage über Zahlung weiterer zehntausend DM an den Beklagten ist nicht unterschrieben worden.

- 3 -

Ende Juni oder Anfang Juli 1957 erhielt der Bevollmächtigte R. der Klägerin ein an ihn gerichtetes, vom Beklagten unterzeichnetes Schreiben vom 27. Juni 1957, in dem es heißt:

"Aufgrund unserer Rücksprache teile ich Ihnen unwiderruflich heute mit, daß ich aus meinem Pachtvertrag vorzeitig ausscheiden möchte.

Ich bitte Sie, das Pachtverhältnis zum 15. August 1957 im beiderseitigen Einvernehmen zu lösen.

Um entsprechende Bestätigung möchte ich Sie bitten."

Rust antwortete dem Beklagten am 2. Juli 1957:

"Am 27. v.M. teilten Sie mir unwiderruflich mit, daß Sie Ihren Pachtvertrag vorzeitig auflösen möchten. Sie baten mich, das Pachtverhältnis zum 15. August 1957 im beiderseitigen Interesse aufzulösen.

Hierdurch bestätige ich Ihnen, daß ich Ihrem Verlangen entspreche und daß somit der Pachtvertrag über die im Grundstück Bahnhofs Allee 30 von Ihnen gepachteten Räume am 15. August 1957 endet."

Der Beklagte räumte die Gastwirtschaft mit Nebenräumen nicht. Als ihn der Bevollmächtigte R. am 5. September 1957 zur Rückgabe der Schlüssel für das "Mietobjekt", das Rust seinerseits am 2. Juli 1957 an Schipporeit vermietet oder verpachtet hatte, aufforderte, unterschrieb er eine Erklärung, er lehne die Übergabe der Schlüssel ohne weitere Begründung ab. Daraufhin wurde von R. Räumungsklage vor dem Amtsgericht in Hildesheim erhoben, die dem Beklagten am 9. September 1957 zugestellt wurde. Durch Beschluß vom 11. September 1957 verwies das Amtsgericht den Rechtsstreit wegen sachlicher Unzuständigkeit an das Landgericht in Hildesheim.

Seine Weigerung, die Räume herauszugeben, begründet der Beklagte insbesondere damit, das Schreiben vom 27. Juni 1957 sei dem Bevollmächtigten Rust gegen seinen, des Beklagten



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a, F. 1 UrhG geschützt

Willen zugegangen. Er habe es dem Zeugen Bartels mit dem ausdrücklichen Bemerkten übergeben, er dürfe es erst an R. weiterleiten, wenn S. beide Verträge, den Kaufvertrag und die Vereinbarung über die Zahlung weiterer 10 000 DM, unterschrieben und die vorgesehene Anzahlung von 12 000 DM an ihn, den Beklagten, geleistet habe. Bartels habe sich an diese Anweisung nicht gehalten, worüber R., ebenso wie über seine - des Beklagten - Vereinbarungen mit S., unterrichtet gewesen sei. Deshalb bedeute es auch eine unzulässige Rechtsausübung, wenn sich die Klägerin auf sein Schreiben vom 27. Juni 1957 berufe.

Die Klägerin ist diesem Vorbringen entgegengetreten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten war erfolglos. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt er Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A. Revisionssumme

Die Revisionssumme ist auf jeden Fall erreicht.

Das Berufungsgericht ist zwar, wie seine Bezugnahme auf § 713 a ZPO ergibt, davon ausgegangen, die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsmittel gegen sein Urteil statfinde, lägen unzweifelhaft nicht vor. Dabei hat es aber nicht beachtet, daß die Festsetzung des Streitwertes auf nur 3000 DM lediglich kostenrechtliche Bedeutung hat (§ 12 Abs. 1 GKG), während sich der Wert des Beschwerdegegenstandes im Sinne von § 546 Abs. 1 ZPO nach § 8 ZPO richtet. Danach ist aber der Betrag des Zinses für die "gesamte streitige Zeit"

für die Wertberechnung maßgebend. Streitige Zeit war hier - - - - - die Zeit von Zustellung der Klage (9. September 1957) bis zum 31. Dezember 1960; denn der Beklagte berief sich darauf, der Vortrag sei nicht aufgehoben und laufe daher (§ 5) nicht vor dem genannten Zeitpunkt ab.

B. Zurückbehaltungsrecht.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe das auf Räumung lautende Urteil des Landgerichts bestätigt, ohne dabei die nach dem Vertrag an den Beklagten zurückzuerstatten- den Beträge zu berücksichtigen.

Die Rüge ist unbegründet.

Die vom Beklagten begehrte Verurteilung zur Räumung nur Zug um Zug gegen Zahlung der noch zu verrechnenden Beträge würde an sich schon an der Bestimmung des § 556 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit § 581 BGB) scheitern müssen, nach der dem Pächter oder Mieter eines Grundstücks oder von Räumen in einem solchen (§ 580 BGB) wegen seiner Ansprüche gegen den Verpächter (Vermieter) ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht. Diese Vorschrift ist allerdings nachgiebiges Recht. Eine abweichende Vereinbarung ergibt sich jedoch weder aus dem "Pachtvertrag", zu dem Nebenabreden nicht getroffen sein sollen (§ 10), noch ist sie vom Beklagten sonst behauptet.

Die Klägerin war zwar im ersten Rechtszuge ursprünglich selbst mit einer Verurteilung "Zug um Zug gegen Zahlung von 787,44 DM abzüglich eines Betrages von 253,51 DM vom 1. Oktober 1957 an" einverstehen (Schriftsatz vom 19. September 1957). Dieses Einverständnis hat sie jedoch mit Schriftsatz

vom 9. Januar 1958 widerrufen und dem Beklagten in ihm eine Abrechnung erteilt, nach der er - unter Berücksichtigung rückständiger Zahlungen - nichts mehr zu fordern habe. Der Beklagte hatte sich zwar in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 30. Dezember 1957 Bl. 3 ein Guthaben von noch 8000 DM errechnet, von dem ihm die Klägerin nach § 6 des Vertrages drei Viertel = 6000 DM erstatten müsse. Deshalb sollte der Bevollmächtigte ~~R~~ der Klägerin gemäß Beweisbeschuß des Landgerichts vom 9. Januar 1958 als Zeuge über die weiteren Zahlungen des Beklagten gehört werden. In dem dazu angesetzten Termin am 16. Januar 1958 hat jedoch der Anwalt des Beklagten auf den insoweit von ihm benannten Zeugen verzichtet und hat auch zu Protokoll ausdrücklich erklärt, er erkenne die Berechnung (gemeint der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 9. Januar 1958) als richtig an. Das Landgericht hat daraufhin, ohne auf § 556 Abs. 2 BGB einzugehen, die Möglichkeit einer Verurteilung zur Räumung nur Zug um Zug gegen Zahlung irgendeines Betrages mit der Begründung verneint, sie komme (schon deshalb) nicht mehr in Betracht, weil die Forderung der Klägerin auf Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 16. August 1957 bis zum 31. Januar 1958 höher sei als der bei einem Auszuge am 15. August 1957 dem Beklagten zu erstattende Betrag (LG Urteil S. 7 zum Hilfsantrag).

Nachdem der Beklagte weder in der Berufungsbegründung noch in einem späteren Schriftsatz diese Begründung angegriffen hatte, brauchte das Berufungsgericht nicht mehr davon auszugehen, daß der Hilfsantrag wiederholt werden sollte. Es hat ihn aber auch ausdrücklich beschieden, indem es ausführt, da die von der Klägerin im Schriftsatz vom 9. Januar 1958 dargelegte Berechnung vom Beklagten anerkannt sei, komme eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung von 6000 DM nicht in Betracht. Damit hat es sich die landgerichtliche Be-

gründung zu eigen gemacht. Gegen diese bestehen keine rechtlichen Bedenken. Sonstige Verfahrensrügen sind nicht erhoben.

C. (Aufhebung des Vertrages).

I. Das Berufungsgericht würdigt die Erklärungen der Parteien vom 27. Juni 1957 und 2. Juli 1957 als vertragliche Aufhebung des Vertrages. In dem Schreiben des Beklagten vom 27. Juni 1957 erblickt es das Vertragsangebot und in dem des Bevollmächtigten der Klägerin vom 2. Juli 1957 die Vertragsannahme. Es ist der Auffassung, die Behauptung des Beklagten, sein Angebot sei dem Bevollmächtigten der Klägerin gegen seinen, des Beklagten, Willen zugegangen, sei hier unerheblich und führt dazu aus, er habe seine Erklärung vom 27. Juni 1957 aus der Hand gegeben, aus dem Erhalt des Schreibens vom 2. Juli 1957 habe er gesehen, daß sein Vertragsangebot zugegangen sei. Der Beklagte habe gewußt, so erwägt das Berufungsgericht weiter, der Bevollmächtigte R. habe wegen der anderweiten Verpachtung (oder Vermietung) der Gaststätte mit S. in Verhandlungen gestanden und seine eigenen Entschlüsse seien für die Entschlüsse der Klägerin in Bezug auf die anderweite Verpachtung (oder Vermietung) wesentlich gewesen. Bei dieser Sachlage sei er verpflichtet gewesen, nach Erhalt des Schreibens vom 2. Juli 1957 alsbald, zumindestens vor dem vorgesehenen Vertragsende am 15. August 1957, seine Einwände gegen die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages geltend zu machen.

Den Nachweis, daß er in dieser Hinsicht etwas veranlaßt habe, sieht das Berufungsgericht nicht als geführt an. Es folgt dabei der eidlichen Aussage des Bevollmächtigten Rust, der Beklagte habe ihm gegenüber niemals zum Ausdruck ge-

bracht, das Schreiben vom 27. Juni 1957 solle keine Geltung haben; auch nach dem Ablauf der vertraglich vorgesehenen Zeit (15. August 1957) habe er seine Weigerung, das Grundstück zu räumen, nur mit den Meinungsverschiedenheiten, die er mit S[REDACTED] habe, begründet, habe aber den Zugang des Schreibens vom 27. Juni 1957 nicht bemängelt.

Mit seinem neuen Vorbringen, er habe während der Abwesenheit des Zeugen R[REDACTED] dessen Schwager H[REDACTED] ausdrücklich erklärt, das Schreiben vom 27. Juni 1957 sei gegen seinen Willen abgesandt, hat das Berufungsgericht den Beklagten nach § 529 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Einen nach Schluß der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Beklagten, diese wiederzueröffnen, hat es abgelehnt.

Abschließend führt das Berufungsgericht aus, es sei somit davon auszugehen, daß der Beklagte auf das Schreiben vom 2. Juli 1957 geschwiegen habe; er müsse sich deshalb unter Berücksichtigung der erwähnten Umstände nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als ob der Aufhebungsvertrag zustande gekommen sei.

Den vom Beklagten erhobenen Einwand der unzulässigen Rechtsausübung hält es für unberechtigt, weil der Bevollmächtigte R[REDACTED] von den - angeblichen - Abmachungen zwischen dem Beklagten und dem Bevollmächtigten des S[REDACTED], Bartels, keine Kenntnis gehabt und auch nicht über die einzelnen Vereinbarungen zwischen Schipporeit und dem Beklagten unterrichtet worden sei.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten und halten auch gegenüber den von der Revision aus §§ 139, 286, 308

und 529 ZPO erhobenen Verfahrensrügen einer Nachprüfung stand.

1.) Die Revision hält es für rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht meine, es sei unerheblich, daß das Schreiben des Beklagten vom 27. Juni 1957 gegen seinen Willen dem Bevollmächtigten R. zugegangen sei. Sie führt weiter aus, die "Veranlassung des Zuganges durch den Beklagten" könne seinen entgegenstehenden Willen jedenfalls bis zur Erfüllung der Verträge mit dem Zeugen S. durch diesen dann nicht als im Rechtssinne unerheblich erscheinen lassen, wenn der Erklärungsempfänger über die gesamten Umstände nach den Behauptungen des Erklärenden unterrichtet war.

Die Rügen sind unbegründet.

a) Für die zuletztgenannten Behauptungen verweist die Revision lediglich auf den Tatbestand des Berufungsurteils. Dabei hat sie jedoch unbeachtet gelassen, daß das Berufungsgericht diese Darstellung des Beklagten auf Grund der Beweisaufnahme aus tatrichterlichen Erwägungen als widerlegt erachtet hat. Das ergeben eindeutig seine Ausführungen auf S. 11 des Berufungsurteils über die Nichtberechtigung des vom Beklagten erhobenen Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung.

Danach enthält der Hinweis der Revision auf den Tatbestand des Berufungsurteils keine zulässige Rüge aus § 286 ZPO.

b) Das Berufungsgericht hat auch § 130 BGB nicht verletzt, wie die Revision meint.

Ein entgegen dem Willen des Briefschreibers dem anderen Teil zugehender Brief macht zwar die darin enthaltene schriftliche Erklärung nicht ohne weiteres wirksam. Das Berufungsgericht hat das hier aber auch nicht angenommen. Es vertritt nur die Auffassung, der Beklagte habe unter den besonderen Umständen, wie sie hier nach seinen tatsächlichen Feststellungen gegeben waren, die Rechtspflicht gehabt, dem Schreiben des Bevollmächtigten R. vom 2. Juli 1957 alsbald zu widersprechen; denn er habe aus ihm ersehen können, sein darin inhaltlich wiederholtes Schreiben vom 27. Juni 1957 sei Rust zugegangen. Weil ein Widerspruch nicht erfolgt sei, sei er nunmehr an seine Erklärung gebunden, auch wenn sie R. von R. ohne oder sogar gegen seinen - des Beklagten - Willen zugeleitet sein sollte.

Das ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Bei dem Schreiben des Bevollmächtigten R. handelte es sich zwar nicht um ein - kaufmännisches - Bestätigungsschreiben, sondern um die - unveränderte - Annahme eines Vortragsangebots. Auch bei einem solchen kann aber in dem hier gegebenen besonderen Ausnahmefall Stillschweigen als Einverständnis gewertet werden.

2.) Aus Rechtsgründen nicht angreifbar ist auch, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, der Beklagte habe auf das Schreiben des Bevollmächtigten R. der Klägerin vom 2. Juli 1957 geschwiegen. Daß er ihm widersprochen hätte, hat er im ersten Rechtszuge nicht einmal behauptet. Auch in der Berufungsbegründung ist darüber nichts vorgetragen. Erst im Schriftsatz vom 22. April 1958 ist die zeitlich nicht näher präzierte Angabe gemacht, der Beklagte habe mündlich "unverzüglich" dem Bevollmächtigten der Klägerin, R., gegenüber geltend gemacht, "sein Schreiben vom Ende Juni 1957

solle nicht gelten". Nach der mehrmaligen Vernehmung des Bevollmächtigten R. als Zeugen ist schließlich laut Tatbestand des Berufungsurteils in der letzten mündlichen Verhandlung vom Beklagten behauptet, er habe nach Empfang des Schreibens vom 2. Juli dem Sozios und Vertreter des Bevollmächtigten R. während dessen Urlaubsabwesenheit, nämlich dessen Schwager H. gegenüber, ausdrücklich erklärt, das Schreiben vom 27. Juni 1957 sei gegen seinen Willen abgesandt worden. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Vortrag schon deshalb unerheblich war, weil R. nach seiner eidlichen Bekundung vom 6. Juni 1958, die er sich auch bei seiner wiederholten Vernehmung vor dem Oberlandesgericht am 26. Juni 1958 zu eigen gemacht hat, erst seit Mitte Juli 1957 auf Urlaub war und sich durch seinen Schwager H. hat vertreten lassen, so daß der Widerspruch jedenfalls nicht unverzüglich erfolgt war; denn das Berufungsgericht hat den Beklagten mit seinem (neuen) Vortrag rechtsirrtumsfrei gemäß § 529 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.

Daß eine Vernehmung des Zeugen H., der außerhalb des Sitzes des Berufungsgerichts wohnte und in der letzten mündlichen Verhandlung, in der er erst als Zeuge benannt worden ist, nicht anwesend war, den Rechtsstreit verzögert haben würde, bedarf keiner Erörterung. Es lag aber im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung, wenn sich das Berufungsgericht nicht davon überzeugt hat, der Beklagte habe den Vortrag und die Benennung des Zeugen weder in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, noch aus grober Nachlässigkeit unterlassen. Das gilt insbesondere, soweit es gegenüber seinem Vorbringen, er habe den vom Berufungsgericht für maßgeblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkt anfangs nicht für erheblich gehalten, darauf verweist, er habe auch in

der vorletzten Verhandlung (21. April 1958), in der die rechtlichen Gesichtspunkte erörtert wurden, seine jetzige Behauptung nicht vorgebracht.

Die Revision hat zwar neu vorgetragen, der Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung und der auf Vernehmung des Zeugen H. im Schriftsatz vom 2. Juli 1958 beruhe darauf, daß der Beklagte den Zeugen R. von Angesicht nicht gekannt habe. Erst bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht habe er erfahren, er habe nicht mit R. selbst, sondern mit dessen Schwager H. gesprochen. Das hätte der Beklagte aber in der letzten mündlichen Verhandlung am 26. Juni 1958, in der er persönlich anwesend war, vortragen müssen, wenn er sich davon Erfolg versprach. Es ist jedoch nicht einmal in dem nachgereichten, aber nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 2. Juli 1958 vorgebracht.

Zu Unrecht rügt die Revision in diesem Zusammenhang Verletzung der Aufklärungspflicht durch das Berufungsgericht. Angesichts der Tatsache, daß der Beklagte persönlich zum Abschluß des notariellen Vertrages vom 22. September 1949 mit dem Bevollmächtigten R. vor dem Notar erschienen war, seine Erklärungen abgegeben und das Protokoll auch unterschrieben hatte, sowie daß er zugegeben hatte (Schriftsatz vom 30. Dezember 1957 Bl. 1^R), einige Zeit vor dem 27. Juni 1957 zusammen mit S. eine Unterredung mit R. persönlich gehabt zu haben, konnte das Berufungsgericht nicht auf den Gedanken kommen, der Beklagte würde vorbringen wollen, er habe den Bevollmächtigten R. und dessen Schwager H. miteinander verwechseln können.

Das Berufungsgericht hat danach weder § 139 noch § 529 ZPO verletzt. Es hat auch nicht gegen § 156 ZPO verstoßen.

3.) Ist aber nicht angreifbar, daß das Berufungsgericht schon nach § 529 Abs. 3 ZPO von einer Vernehmung des Zeugen H. Abstand genommen hat, so kann dahingestellt bleiben, ob seine Ausführungen auf S. 9 ff des Urteils, wie die Revision rügt, eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung enthalten; denn insoweit handelt es sich nur um eine die Entscheidung nicht tragende Hilfsbegründung.

D.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, ist seine Revision mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen.

Weil bei der Kostenentscheidung für den ersten Rechtszug die Bestimmung des § 276 Abs. 3 Satz 2 ZPO unberücksichtigt geblieben ist, war diese Entscheidung jedoch noch dahin zu ergänzen, daß die durch die Anrufung des unzuständigen Amtsgerichts Hildesheim etwa entstandenen Mehrkosten der Klägerin auferlegt werden.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel