2359 059

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO § 551 Nr. 1; GVG §§ 2, 4, 118

Zum Hilfsrichter an einem Oberlandesgericht kann auch ein auf Lebenszeit ernannter Verwaltungsrichter berufen werden, wenn er die Fähigkeit zum Richteramt in der ordentlichen Gerichtsbarkeit besitzt.

BGH, Urt. v. 17. Dezember 1959 - VIII ZR 157/58
OLG Hamburg

VIII ZR 157/58

Verkündet
am 17.Dezember 1959
Klett,Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Rentners Johannes S[redacted] in H[redacted]-Ha[redacted],Sa[redacted],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.[redacted] -

gegen

1. August B[redacted] in F[redacted], Kreis Ha[redacted], W[redacted] L[redacted]straße,
2. dessen Ehefrau Helene B[redacted], geb. Bu[redacted], in F[redacted], Kreis Ha[redacted], W[redacted] L[redacted]straße,

Beklagten,Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.[redacted] -

hat der VIII.Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1959 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr.Gelhaar, Dr.Spieler, Dr.Dorschel, Dr.Mezger und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 24. Juni 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

Der Kläger ist mit der Mutter der Beklagten zu 2 verheiratet. Im August 1955 erwarben die Beklagten ein Grundstück in F[redacted] Kreis Ha[redacted] zwecks Errichtung eines Einzelwohnhauses. Der Kläger verkaufte im Herbst 1955 sein Anwesen in Husum. Anschließend kamen die Parteien überein, im Dachgeschoß des von den Beklagten zu bauenden Hauses solle für den Kläger und seine Ehefrau eine Wohnung ausgebaut werden. Der Erlös aus dem Verkauf des Grundstücks des Klägers in Husum in Höhe von etwa 15 000 DM wurde im Februar 1956 auf das Konto der Beklagten übertragen. Nachdem der Kläger sich ein eigenes Konto hatte eröffnen lassen, überwiesen ihm die Beklagten im Frühjahr 1956 einen Teilbetrag von 5000 DM und im Juli 1956 einen weiteren Teilbetrag von 4000 DM. Die weiteren 6000 DM, die der Kläger im gegenwärtigen Rechtsstreit zurückfordert, sind von ihnen unstreitig für den Bau ihres Hauses verwendet worden. Bei den Bauarbeiten hat der Kläger mitgeholfen. Am 1. August 1956 sind die Beklagten in die Erdgeschoßräume eingezogen. Damals war die für den Kläger und seine Ehefrau vorgesehene Wohnung noch nicht fertiggestellt.

Bereits im Frühsommer 1956 kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten wegen der Sicherstellung der 6000 DM. Am 7. Juli 1956 schrieb der Rechtsanwalt und Notar Wi[redacted] im Auftrage des Klägers an die Beklagten, er habe mit Rücksicht auf die Zusage der beklagten Ehefrau, daß bis zum 1. Juli 1956 eine Klärung über die Sicherstellung der Forderung des Klägers erfolgen solle, die Sache bis jetzt zurückgestellt, könne es aber nicht verantworten, den Kläger noch länger ohne ausreichende Sicherstellung zu lassen. Die Beklagten antworteten am 10. Juli 1956, es sei ein Irrtum, daß sie dem Kläger 6000 DM schuldeten, sie hätten von ihm

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

und seiner Ehefrau 6000 DM Mietvorschuß bekommen, welcher abgewohnt werden könne und nicht zurückbezahlt zu werden brauche. Zu diesen Ausführungen nahm Rechtsanwalt Wi[redacted] im Auftrage des Klägers am 17. Juli 1956 dahin Stellung, es sei nie die Rede davon gewesen, daß der Kläger einen Mietvorschuß von 6000 DM geben solle, die beklagte Ehefrau habe in seinem Büro selbst erklärt, es sei von ihm nur 3000 bis 4000 DM Baukostenzuschuß, der durch Verrechnung mit der monatlichen Wohnungsmiete zurückgezahlt werden solle, zugesagt. Zur Einhaltung dieser Zusage sei der Kläger nach wie vor bereit. Am 14. August 1956 mahnte Rechtsanwalt Wi[redacted] erneut an die Erledigung der Angelegenheit durch Abschluß einer schriftlichen Vereinbarung. Am 4. September 1956 setzte er den Beklagten eine Nachfrist zur Fertigstellung der Wohnung bis zum 20. September 1956 unter Androhung des Rücktritts vom Vertrage und erklärte weiter, der Kläger verlange für diesen Fall für seine bisher im Garten und am Bau aufgewendeten Mühen eine Entschädigung von 500 DM. Unter dem 24. September 1956 erklärte er den Rücktritt vom Vertrage und forderte die Beklagten zur Zahlung von 6500 DM nebst Zinsen auf. Mit Schreiben vom 3. Oktober 1956 bestritt der von den Beklagten beauftragte Rechtsanwalt in Erwiderung der Schreiben vom 17. Juli, 14. August, 4. und 24. September 1956 dem Kläger das Recht, einseitig von dem einmal abgeschlossenen Vertrage zurückzutreten, für die Bezugsfertigkeit der Wohnung sei keinerlei Frist vereinbart worden, an der Nichtfertigstellung hätten die Beklagten keine Schuld. Sobald die Wohnung bezugsfertig sei, stehe sie dem Kläger zum Einzug zur Verfügung.

Mit der Klage hat der Kläger Zahlung von insgesamt 7736 DM nebst Zinsen verlangt. Von diesem Betrage sind 6000 DM als Mietvorauszahlung bezeichnet; 336 DM sind als Entschädigung für geliefertes Bauholz und 1400 DM als Entgelt für vom Kläger beim Bau geleistete Arbeit gefordert.

Das Landgericht wies die Klage ab. Seit dem 1. Juli 1957 zahlen die Beklagten dem Kläger monatlich 55 DM. Dieser Betrag wird ihnen nach ihrer Darstellung von den Mietern gezahlt, die sie in die für den Kläger bestimmten Räume aufgenommen haben. Unter Anrechnung von Zahlungen in Höhe von 605 DM forderte der Kläger im Berufungsrechtszuge noch 7131 DM nebst Zinsen. Seine Berufung blieb ohne Erfolg. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt er diesen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision rügt zunächst, der erkennende Senat des Berufungsgerichts sei deshalb nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen (Verletzung von § 551 Nr. 1 ZPO), weil bei der Entscheidung ein Verwaltungsgerichtsrat mitgewirkt habe, der nach § 118 GVG nicht als Hilfsrichter an das Oberlandesgericht habe berufen werden dürfen.

Die Rüge ist unbegründet. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Richter, dessen Mitwirkung beanstandet wird, war am 1. August 1951 zum Landgerichtsrat und am 1. Dezember 1955 zum Verwaltungsgerichtsrat ernannt worden. Zur Zeit seiner Tätigkeit als Hilfsrichter beim Hanseatischen Oberlandesgericht zu Hamburg hatte er noch seine Planstelle beim Landesverwaltungsgericht Hamburg inne. Gemäß § 3 des Gesetzes über die Errichtung des Landesverwaltungsgerichts Hamburg, über das Hamburgische Oberverwaltungsgericht sowie über die Wahl ihrer ehrenamtlichen Mitglieder vom 16. Mai 1950 (Hamb. GVBl. I 107)

besteht zwischen dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht und dem Hanseatischen Oberlandesgericht vollständige Personalunion. Die Senatspräsidenten und die beisitzenden Richter, diese als Oberlandesgerichtsräte, sind bei beiden Gerichten angestellt. Der Oberlandesgerichtspräsident ist zugleich Präsident des Oberverwaltungsgerichts. Der als Hilfsrichter tätig gewesene Verwaltungsgerichtsrat war gemäß § 5 der Verordnung Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone (ABlBrMilReg 1948, 799; VOBlBrZ 1948, 263) zunächst mit Wirkung vom 1. Dezember 1957 zum Hilfsrichter bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht und durch Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten (zugleich Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts) vom 19. Dezember 1957 ab 1. Januar 1958 zum Hilfsrichter bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht bestellt worden. Das Präsidium dieses Gerichts teilte ihn dem erkennenden Senat zu.

Der Berufung eines Verwaltungsgerichtsrats zum Hilfsrichter beim Oberlandesgericht steht, wenn er die Befähigung zum Richteramt hat, § 118 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877 (RGBl 41) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl 513) nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung dürfen zu Hilfsrichtern an den Oberlandesgerichten nur auf Lebenszeit ernannte Richter berufen werden. Es muß der Revision zugegeben werden, daß der Gesetzgeber im Jahre 1877 beim Erlaß des Gerichtsverfassungsgesetzes in seiner ursprünglichen Fassung, nach dessen dem jetzigen § 118 entsprechenden § 122 zu Hilfsrichtern an den Oberlandesgerichten nur "ständig angestellte Richter" berufen werden durften, nach dem Stande der damaligen Gerichtsbarkeit nur an Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit gedacht haben kann. Dieser Umstand allein zwingt aber nicht zu der Auslegung, die Berufung von auf Lebenszeit angestellten Richtern anderer Gerichtszweige zu Hilfsrichtern an den Oberlandesgerichten sei schlechthin unzulässig. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich jedenfalls

eine derartige Beschränkung nicht. Ihr Sinn war, es sollten nur mit der Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit ausgestattete Richter zu Hilfsrichtern berufen werden können. Diese Unabhängigkeit ist jetzt durch Art. 97 GG für alle hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter sämtlicher Gerichtszweige festgelegt und damit auch den auf Lebenszeit ernannten Verwaltungsrichtern eigen. Nach Art. 92 ff GG stehen auch sonst die verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit gleichbereichtigt nebeneinander.

Dementsprechend kennen auch die Verfahrensordnungen neuer Gerichtszweige keine Beschränkung der Berufung von Richtern anderer Gerichte als Hilfsrichter an ihre oberen Landesgerichte. Schon § 5 Abs. 2 BrMilReg VO Nr. 165, nach deren § 17 bereits auf die persönliche Rechtsstellung der Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit die für die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit geltenden Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt sind, sieht vor, daß zu Hilfsrichtern bei den Oberverwaltungsgerichten planmäßig angestellte Richter anderer Gerichte bestellt werden dürfen. Diese Verordnung ließ im übrigen schon ausdrücklich die - bereits damals - bestehende Verbindung zwischen den Verwaltungsgerichten und den ordentlichen Gerichten der Hansestadt Hamburg unberührt (§ 118 Abs. 2, Buchstabe b). Ebenso wie nach § 5 Abs. 2 aaO bei Oberverwaltungsgerichten können nach § 32 Abs. 2 SGG (in der Neufassung vom 23. August 1958, BGBl I 613) auch bei den Landessozialgerichten als Hilfsrichter auf Lebenszeit ernannten Richter anderer Gerichte bestellt werden. Danach kommen als Hilfsrichter sowohl für die Oberverwaltungsgerichte als auch für die Landessozialgerichte Richter aus allen anderen Gerichtszweigen in Betracht, wenn sie nur den durch die genannten Verfahrensordnungen etwa sonst noch gestellten Anforderungen genügen (Peters/Sautter/Wolf Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 2. Aufl. § 32 Anm.2; Rohwer, Kahlmann, Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, 2. Aufl. § 32 Anm. 2). § 36 Abs. 2 Satz 1 des Arbeits-

gerichtsgesetzes vom 3. September 1953 (BGBl I 1267) bestimmt für die Landesarbeitsgerichte im Wortlaut übereinstimmend mit § 118 GVG "zu Hilfsrichtern dürfen nur auf Lebenszeit ernannte Richter berufen werden". Es liegt aber nichts dafür vor, daß damit nur Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit gemeint sind.

Die hier angestellten Erwägungen rechtfertigen die Auffassung, daß § 118 GVG die Berufung von auf Lebenszeit angestellten Richtern anderer Gerichtszweige nicht ausschließt. Schäfer (in Loewe/Rosenberg 20.Aufl. § 118 GVG Anm.2) meint zwar, die Verwendung von Hilfsrichtern bei Oberlandesgerichten sei nur unter der Voraussetzung gestattet, daß sie bei einem anderen Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Lebenszeit zum Richter ernannt sind, und Wieczorek (GVG § 118 Anm.A) führt aus, die Hilfsrichter beim Oberlandesgericht müßten bei einem Land- oder Amtsgericht fest angestellt sein. Weder Schäfer noch Wieczorek haben aber für ihre Meinung eine nähere Begründung gegeben. Allerdings muß aus § 10 Abs. 2 GVG, wonach bei Amts- und Landgerichten als Hilfsrichter verwendet werden kann, wer zum Richteramt befähigt ist, entnommen werden, daß auch an ein Oberlandesgericht nur als Hilfsrichter berufen werden kann, wer die Fähigkeit zum Richteramt in der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach den §§ 2 und 4 dieses Gesetzes besitzt; denn § 118 GVG stellt lediglich für die Oberlandesgerichte als zusätzliches Erfordernis auf, daß der einberufene Richter ein auf Lebenszeit ernannter Richter sein muß. Danach kann allerdings ein Richter eines anderen Gerichtszweiges grundsätzlich dann nicht Hilfsrichter bei einem Oberlandesgericht sein, wenn er die Fähigkeit zum Richteramt in dem erwähnten Sinne nicht haben sollte. Das trifft aber auf den hier als Hilfsrichter einberufenen Verwaltungsgerichtsrat, der

vorher - mehrere Jahre - Landgerichtsrat war, nicht zu.

B.

Auf die Sachrügen der Revision muß jedoch das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

I.

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger habe sich im Berufungsverfahren erstmalig auf den Standpunkt gestellt, ein Vertrag sei überhaupt nicht zustande gekommen, weil die vereinbarte Schriftform nicht gewahrt sei und die Parteien sich nicht endgültig über den Vertragsinhalt geeinigt hätten. Es fährt fort, Bereicherungsansprüche nach § 812 in Verbindung mit § 154 BGB seien jedoch nicht gegeben; denn die entsprechenden Behauptungen des Klägers seien nicht bewiesen.

a) Dazu legt es im einzelnen dar, weder aus der Aussage des Zeugen K[redacted], eines Angestellten des Rechtsanwalts und Notars Wi[redacted], noch aus dem beigebrachten Schriftwechsel sei zu entnehmen, daß die Wirksamkeit der Abmachungen von Anfang an von ihrer Beurkundung abhängig sein sollte, oder daß die Beklagten sich später mit einer solchen einverstanden erklärt hätten.

b) Zur Frage, ob ein Einigungsmangel im Sinne von § 154 Abs. 1 BGB als erwiesen angesehen werden könne, führt es aus, der persönlichen Anhörung der Parteien sei in Verbindung mit der Fassung des Schreibens vom 17.Juli 1957: "Das waren die tatsächlichen Abmachungen, die leider nur mündlich getroffen worden sind", zu entnehmen, sie hätten sich bereits Ende 1955 geeinigt. Daraus fol-

gert es, der Streit über den Vertragsinhalt sei erst nachträglich entstanden,und zwar als eine Folge aufgetretener persönlicher Spannungen. Es würdigt in diesem Zusammenhang die Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers vom 7. Juli 1956, das persönliche Schreiben der Beklagten vom 10. Juli 1956 und das Antwortschreiben vom 17. Juli 1956, welche die sachlichen Meinungsverschiedenheiten endgültig deutlich gemacht hätten, gemeint insbesondere, ob 6000 oder nur 4000 DM als Baukostenzuschuß gelten sollten, und fährt fort, der Zeuge K[redacted] habe die Darstellung des Klägers nicht bestätigen können, daß die Beklagte zu 2 in seiner Gegenwart eine Vereinbarung über einen Baukostenzuschuß von 4000 DM zugegeben habe. Der Kläger habe zunächst ein Übermaß an Vertrauen und Entgegenkommen gezeigt, indem er den ganzen Erlös aus dem Verkauf seines eigenen Grundstücks auf das Konto der Beklagten überwies und sich mit der Einrichtung eines eigenen Kontos nicht beeilt habe, sein Verlangen auf Sicherstellung laut Schreiben seines Anwalts vom 7. Juli 1956 hänge aber mit der Verschlechterung der persönlichen Beziehungen zusammen. Es lasse sich mithin nur feststellen, die Parteien hätten im Sommer 1956 abweichende Vorstellungen über den Inhalt ihrer Abmachungen gehabt, was nicht genüge, um einen Einigungsmangel beim Vertragsabschluß anzunehmen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts spricht auch das tatsächliche Geschehen von den ersten Unterredungen an, wie sie die Parteien bei ihrer persönlichen Anhörung geschildert hätten, bis zu der gemeinsamen Arbeit am Bau dafür, daß sie sich ursprünglich über die wesentlichen Vertragspunkte geeinigt hätten, wozu eine Einigung über die Art und Höhe des Finanzierungsbeitrages des Klägers und die Art seiner Rückzahlung genüge, auch sei in Ansehung der engen persönlichen Beziehungen ein mündlicher Vertragsabschluß naheliegend gewesen. Darüber aber, daß

der Finanzierungsbeitrag in der Form einer Mietvorauszahlung habe gegeben werden sollen, seien sich die Parteien immer einig gewesen. Hinsichtlich der für die Länge der Abwohnzeit bedeutsamen Miethöhe wichen die Parteien zwar voneinander ab, wahrscheinlich sei dafür die Höhe der Gestehungskosten maßgeblich gewesen. Das folgert es aus den von ihm als glaubwürdig angesehenen Angaben der Beklagten, der Architekt Witte habe die Miethöhe unter Berücksichtigung der Gestehungskosten mit 53,50 DM errechnet, also 10 DM höher als der Kläger behaupte. Anderseits entnimmt es dem Schreiben vom 17. Juli 1956, der Kläger habe der Miethöhe keine wesentliche Bedeutung beigemessen. Es sei ferner zu bedenken, daß die Baukosten sich im Herbst 1955, als sich die Parteien über das Bauvorhaben einig geworden seien, noch nicht hätten übersehen lassen, zumal der Bau in der Form der Selbsthilfe errichtet worden sei.

Aus diesen Gründen hält es Bereicherungsansprüche nicht für gegeben.

2. Es geht weiter davon aus, der Kläger sei grundlos vom Vertrage zurückgetreten.

Dazu führt es aus, die Voraussetzungen eines Rücktritts wegen Verzugs lägen nicht vor. Der Kläger habe den Beweis dafür, seine Wohnung habe vereinbarungsgemäß im Juli 1956 fertiggestellt sein sollen, nicht geführt. Es fährt fort, auch ein Verhalten der Beklagten, welches als positive Vertragsverletzung angesehen werden könne und dem Kläger ein Recht, sich vom Vertrage zu lösen, habe geben können, weil ihm seine Fortsetzung nicht mehr zuzumuten gewesen sei, sei nicht festzustellen. Dazu legt es dar, es sei weder eine Verpflichtung der Beklagten, die Wohnung des Klägers als erste fertigzustellen, erwiesen, noch habe sich ergeben, daß sie sich nach dem Einzug

in ihre eigene Wohnung nicht mehr in dem gebotenen Maße um die Fertigstellung der Räume des Klägers gekümmert hätten. Nachdem es dieser aber abgelehnt habe, die Wohnung zu beziehen, könne es ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß sie sich nicht mehr um einen schnelleren Ausbau bemüht hätten.

3. Mit dem grundlosen Rücktritt, so fährt das Berufungsgericht fort, entfielen auch die weiteren Ansprüche des Klägers auf Vergütung der von ihm geleisteten Arbeiten und auf Wertersatz für das angeblich zur Verfügung gestellte Bauholz. Auch aus der anderweiten Vermietung der Wohnung billigt es dem Kläger einen Anspruch nicht zu, indem es ausführt, eine Lossagung vom Vertrage auf Grund dieses Ereignisses sei ein neuer prozessualer Anspruch, den der Kläger nicht geltend gemacht habe, so daß es auch nicht zu prüfen brauche, ob er Aussicht auf Erfolg haben würde.

II.

Wenn auch die Ausführungen des Berufungsgerichts weitgehend auf tatsächliche Gebiete liegen und die Auslegung individueller Willenserklärungen zum Inhalt haben, so ergibt doch die innerhalb des hierdurch gezogenen Rahmens zulässige Nachprüfung, daß sie nicht frei von Rechtsirrtum sind.

1. Der Revision ist schon darin zu folgen, daß nach dem Vortrag des Klägers im zweiten Rechtszuge in Verbindung mit dem eigenen Vorbringen der Beklagten die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Kläger habe einen Einigungsmangel nicht bewiesen, rechtlichen Bedenken unterliegen.

Meinte der Kläger, wie er in der Berufungsbegründung vom 10. Oktober 1957 S. 1 hat vortragen lassen, die Beklagten hätten ein Konto für ihn einrichten lassen, und überwies er den Betrag in dieser irrigen Annahme auf das Konto, dann waren die Beklagten zunächst einmal um die überwiesenen rund 15 000,-- DM bereichert (§ 812 BGB). Wußte der Kläger aber, wie die Beklagten behaupten, daß das Konto ihnen gehörte, ist die Überweisung des ganzen Betrages von 15 000,-- DM jedoch, wie die Revision den eigenen Angaben der Beklagten zu 2 zu Protokoll vom 30. Mai 1958 S. 2 entnehmen zu können glaubt, deshalb erfolgt, weil er noch kein eigenes Konto hatte, dann haben sie den Betrag nur in Verwahrung oder als eine Art Darlehn (§§ 607, 700 BGB) bekommen. In beiden Fällen waren sie zur Herausgabe des Geldes verpflichtet, soweit nicht eine Mietvorauszahlung vereinbart war. Dafür waren aber die Beklagten beweispflichtig, weil es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt, ganz abgesehen davon, daß auch sonst, wenn im Rahmen von § 154 BGB Streit darüber besteht, worauf sich die Einigung erstreckt, derjenige beweispflichtig ist, der sich auf den Vertragsabschluß beruft. Dazu verweist die Revision im übrigen auch noch auf die eigenen Angaben der Beklagten bei ihrer persönlichen Anhörung zu Protokoll vom 30.Mai 1958 S. 3, nach denen sie selbst feste Abmachungen bestritten und behauptet haben, sie wären sich derzeit (gemeint Ende 1955 vor Eingang der 15 000,-- DM) nur darüber einig gewesen, der Kläger solle Geld zur Verfügung stellen und später in die Oberwohnung einziehen. Alsdann liegt es aber - nach der Erfahrung des Lebens -

näher, daß in Wirklichkeit eine endgültige Einigung über einen Abwohnmietvertrag noch nicht erfolgt war; denn es würde nicht nur die Höhe des Mietzinses (53,50 DM, so Behauptung der Beklagten nach der Berechnung ihres Architekten, oder 40,-- DM, so Darstellung des Klägers), sondern auch noch die Höhe des Zuschusses (3000,-- bis 4000,-- DM, so Kläger oder 6000,-- DM, so Beklagte) und schließlich auch noch endgültige Vereinbarungen über die Voraussetzungen des Abwohnens (auf Lebenszeit, so Kläger, mit Erlöschensklausel bei vorzeitigem Ableben oder Auszug, so Beklagte) offen geblieben sein. Sichere Feststellungen darüber, was wirklich vereinbart ist, insbesondere, ob etwa nach dem Eingang der 15 000,-- DM auf dem Konto der Beklagten wenigstens eine feste Einigung über die Höhe des Zuschusses getroffen worden ist, enthält das Berufungsurteil nicht. Es ist zwar möglich, eine bindende Verpflichtung einzugehen, wenn eine Einigung über die wesentlichen Punkte eines Vertrags erfolgt ist und nur noch unwesentliche offen bleiben. Es kann bei einem Mietvertrag auch die Einigung über die Höhe des Mietzinses noch vorbehalten bleiben. Hierzu trifft das Berufungsgericht aber ebenfalls keine Feststellungen. Es meint nur einmal, es sei "wahrscheinlich" dafür die Höhe der Gestehungskosten maßgeblich, und andererseits, der Kläger habe der Höhe des Mietzinses keine wesentliche Bedeutung beigemessen.

Schon diese Mängel des Urteils nötigen zu seiner Aufhebung; denn dem Revisionsgericht ist keine abschließende Entscheidung darüber möglich, ob eine Vereinbarung wirklich zustande gekommen ist und welchen Inhalt sie gehabt hat. Dazu bedarf es weiterer Erörterungen tatsächlicher Art. Es kann dem Kläger deshalb auch überlassen bleiben, sein weiteres Vorbringen aus der Revisionsbe-

begründung in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu wiederholen. Dieses wird alsdann auch Gelegenheit haben, zu prüfen, ob etwa ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, wie die Revisionsbeklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht vorgetragen haben, und ob dieses vom Kläger, gegebenenfalls aus wichtigem Grunde, gekündigt worden ist.

2. Ein weiterer Rechtsfehler des Berufungsgerichts, der auch für sich allein zur Aufhebung seines Urteils zwingen würde, liegt darin, daß es den Sachverhalt nur unter dem Gesichtspunkt des Mangels der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form (§ 125 Satz 2 BGB) geprüft und nicht untersucht hat, ob durch Gesetz (§ 566 BGB) Schriftform vorgeschrieben ist. Es hat daher die Feststellung unterlassen, ob die Vereinbarung der Parteien dahin gegangen ist (Schreiben der Beklagten vom 10. Juli 1956), "sollte dem Kläger und seiner Frau etwas zustoßen oder sollten sie vor der Zeit ausziehen, sei für die Beklagten alles erloschen", oder dahin, der Kläger könne mit seiner Ehefrau selbst nach dem Abwohnen des gezahlten Baukostenzuschusses noch unentgeltlich wohnen bleiben (Schreiben des Rechtsanwalts Wi[redacted] vom 17. Juli 1956). Trifft die letztgenannte Behauptung zu, wovon im Revisionsverfahren zunächst einmal auszugehen ist, so wären die Vereinbarungen, wie die Revision ohne Rechtsirrtum ausführt, dahin gegangen, der Kläger habe Mieter der Oberwohnung auf Lebensdauer sein sollen. Auch die Beklagten können nach ihrer Darstellung im Schreiben vom 10. Juli 1956 sich eine Mietzeit unter einem Jahre

nicht vorgestellt haben. Der Mietvertrag bedurfte deshalb nach § 566 BGB auf jeden Fall der Schriftform (Urteil des erkennenden Senats vom 30. September 1958 - VIII ZR 134/57 - NJW 1958, 2062). Die Nichtbeobachtung dieser Form hat allerdings nach der ausdrücklichen Vorschrift in Satz 2 aaO nicht die Nichtigkeit des Vertrages, sondern nur zur Folge, daß er als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Er kann gekündigt werden, allerdings ist die - gewöhnliche - Kündigung nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig (2. Halbsatz aaO).

Das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob nicht die verschiedenen Erklärungen des Rechtsanwalts und Notars Wittber aus dem Jahre 1956, die eindeutig ergaben, daß der Kläger sich vom Vertrage lösen wollte, als Kündigung aufgefaßt werden müssen und ob sie nicht sogar als fristlose Kündigung berechtigt gewesen sind, weil sich die Beklagten weigerten, den Kläger, der ohne schriftlichen Vertrag nicht die Gewähr hatte, daß sich etwaige Rechtsnachfolger der Beklagten an die Vereinbarungen hielten, auch nur in irgendeiner Form zu "sichern".

Es hätte, falls es die Beendigung des Vertragsverhältnisses bejahte, ferner die Prüfung nicht unterlassen dürfen, in welcher Weise der für eine spätere Zeit im voraus entrichtete Mietzins zurückerstattet werden mußte. Das richtet sich nach § 543 Abs. 2 BGB. Ist die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den die Beklagten nicht zu vertreten hatten, dann brauchten sie den Mietzins nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren (§ 543 Abs. 2 letzter Halbsatz). Haben sie aber die Kündigung zu vertreten, z.B. weil sie unzutreffende Behauptungen über den Inhalt der getroffe-

nen Abmachungen aufstellten, was noch einer näheren Erörterung tatsächlicher Art bedarf, dann müssen sie die Mietvorauszahlung nach § 543 Abs. 2 in Verbindung mit § 347 BGB ohne weiteres mit Zinsen seit Empfang des Geldes (§ 347 Satz 3 BGB) zurückerstatten.

Auch die Frage, ob und inwieweit die angeblichen Holzlieferungen und die Arbeitsleistungen zu vergüten sind, war insbesondere unter Berücksichtigung von Bereicherungsgrundsätzen zu entscheiden; denn es liegt auf der Hand, daß die Sachleistungen und Handdienste nur mit Rücksicht auf die Erwartung, in den Räumen im Hause der Beklagten jahrelang wohnen zu können, gewährt sind.

Wegen der Grundsätze, die anzuwenden sind, falls das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen sollte, die Beklagten hätten die Kündigung nicht zu vertreten, wird auf die Entscheidungen des erkennenden Senats vom 3. Februar 1959 (- VIII ZR 91/58 - NJW 1959, 872) und vom 12. Februar 1959 (- VIII ZR 54/58 - BGHZ 29, 289) verwiesen.

3. Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Revisionsgericht eine eigene Entscheidung zu Gunsten des Klägers nicht möglich.

Das liegt auf der Hand, soweit es sich um die Entschädigung für Bauholz und Dienstleistungen handelt, weil das Berufungsgericht insoweit Feststellungen nicht getroffen hat.

Es gilt aber auch für die Entscheidung über die Rückzahlung der sog. Mietvorauszahlung, weil diese einmal davon abhängt, ob nicht doch eine Einigung über ein Vertragsverhältnis, insbesondere über einen Mietvertrag,

der für ein Jahr gelten würde, zustande gekommen ist, und falls das letztere zu bejahen sein sollte, ob die Beklagten die Kündigung zu vertreten haben; denn eine unbedingte Verpflichtung der Beklagten, die 6000,-- DM, abzüglich etwaiger weiterer gezahlter Monatsbeträge von 55,-- DM seit 1. Juni 1958, alsbald zurückzugewähren, würde nur dann ohne weiteres angenommen werden können, wenn ein Vertragsverhältnis überhaupt nicht zustande gekommen ist, oder bei Annahme des Abschlusses eines Mietvertrages, wenn die Beklagten seine Kündigung zu vertreten haben. Sollte das Berufungsgericht einen Gesellschaftsvertrag annehmen, so würde sich die Frage der Rückzahlung nach den dafür geltenden Bestimmungen richten.

C.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Entscheidung in der Sache selbst ab. Sie ist deshalb ebenfalls dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Gelhaar Dr. Spieler Dr. Dorschel Dr.Metzger Dr.Messner