

VIII ZR 157/60

2216 035

Verkündet  
am 6. Februar 1961  
Hoffmeister, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Kauffrau Anna B [REDACTED] in F [REDACTED],  
S [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

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

gegen

die Witwe Johanna B [REDACTED] geb. B [REDACTED] in F [REDACTED],  
S [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1961 unter Mitwirkung  
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,  
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des  
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt  
am Main vom 27. Juni 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen der  
Klägerin zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die (jetzige) Beklagte ist die Witwe und alleinige Erbin des im Laufe des Rechtsstreites verstorbenen ursprünglichen Beklagten (Erblassers), des Gastwirts B. Dieser war Eigentümer eines Grundstücks, auf dem sich ein an eine Frau W. verpachtetes Lichtspieltheater befand. Letztere hatte für die Instandsetzung des Theaters umfangreiche Aufwendungen gemacht und war später in Konkurs geraten, der mit der Einstellung des Verfahrens mangels Masse endete. Zwischen dem Erblasser und Frau W. schwebte ein Rechtsstreit, in welchem letztere zunächst auf rückständige Pacht (oder Miete) in Anspruch genommen worden war, schließlich aber Widerklage wegen ihrer Bereicherungsansprüche aus Anlaß ihrer Aufwendungen auf das Lichtspieltheater erhoben hatte. In diesem Verfahren wurde der Anspruch der Frau W. gegen die Beklagte - unter Berücksichtigung ihrem Pachtrückstände - auf 254 000 DM rechtskräftig festgestellt (Urteil des erkennenden Senats vom 16. Februar 1960 - VIII ZR 66/59).

Frau W. hatte mit der Klägerin am 19. Januar 1953 einen schriftlichen Unterpachtvertrag über das Lichtspieltheater abgeschlossen, auf Grund dessen diese das Kino in Besitz nahm, das sie auch jetzt noch betreibt. Der Unterpachtvertrag bedurfte der Genehmigung des Erblassers, die nicht erteilt wurde. Es fanden jedoch unmittelbare Verhandlungen zwischen der Klägerin und dem inzwischen verstorbenen Rechtsanwalt Dr. de la F. statt, der nach Darstellung der Klägerin Vollmacht des Erblassers zum Abschluß eines Miet- oder Pachtvertrages über das Lichtspieltheater gehabt haben soll.

-- 3 --

Die Klägerin hat behauptet, es sei im Jahre 1953 ein mündlicher Pacht- oder Mietvertrag über das Theater für die Dauer von fünf Jahren mit einem Optionsrecht für weitere insgesamt zehn Jahre abgeschlossen worden. Außerdem sei ein Vorvertrag zustande gekommen, welcher den Abschluß eines schriftlichen Vertrages zu den bereits mündlich vereinbarten Bedingungen zum Gegenstand gehabt habe. Die schriftliche Niederlegung habe vereinbarungsgemäß erfolgen sollen, sobald die Bereicherungsansprüche der Frau W. feststünden.

Der Erblasser hat den Vertrag - vorsorglich am 11. Januar 1954 - gekündigt. Diese Kündigung hält die Klägerin für unwirksam, weil der Vertrag auf die Dauer von 15 Jahren abgeschlossen worden sei und die Berufung der Beklagten auf die Formnichtigkeit des Vertrages gegen Treu und Glauben verstoße. Die Kündigung ist im Laufe des Rechtsstreites auch auf Verzug der Klägerin mit Pachtbeträgen in Höhe von mehr als zwei Monatsraten gestützt worden.

Im Juli 1955 hat die Klägerin Klage auf Feststellung erhoben, daß zwischen den Prozeßparteien ein Mietvertrag über das betreffende Lichtspieltheater bestehe, sowie daß der Beklagten ein Kündigungsrecht zu einem früheren Zeitpunkt als dem 30. April 1958 nicht zustehe. Der Antrag ist später, nachdem die Klägerin von ihren angeblichen Optionsrechten Gebrauch gemacht hat, dahin erweitert, daß der Beklagten ein Kündigungsrecht wegen Vertragsablaufs nicht zu einem früheren Termin als dem 30. April 1968 zustehe.

Die Beklagte hat Widerklage auf Räumung erhoben.

Das Landgericht hat die Klägerin unter Abweisung ihrer Klage auf die Widerklage zur Räumung verurteilt



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind nach § 87a ff. UrhG geschützt.

(Urt. v. 18. Mai 1956). Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg (1. Urteil des Berufungsgerichts vom 17. Januar 1957). Dieses Urteil wurde durch Urteil des erkennenden Senats vom 28. Januar 1958 (VIII ZR 39/57, LM GVG § 200 Nr. 6 = MDR 1958, 423 = NJW 1958, 588) aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses erkannte erneut zu Ungunsten der Klägerin, die mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, Abweisung der Widerklage und Feststellung eines Mietverhältnisses nach ihrem letzten Klagantrag erstrebt.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, zwischen der Klägerin und dem Rechtsanwalt Dr. de la F [REDACTED], der eine entsprechende Abschlußvollmacht des Erblassers gehabt habe, sei ein mündlicher Pachtvertrag über das Lichtspieltheater abgeschlossen worden mit der Zusage, ihn nach Feststellung der Bereicherungsansprüche der Vorpächterin, der Frau W [REDACTED], schriftlich niederzulegen (BU 5, 6). Es meint jedoch, nach dem Beweisergebnis müsse davon ausgegangen werden, der mündlich abgeschlossene Vertrag sei unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, und diese sei eingetreten, so daß der Vertrag damit beendet sei. Hilfsweise führt es aus, der Pachtvertrag sei wirksam wegen Zahlungsverzuges aus §§ 581, 554 BGB gekündigt worden.

Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei eine auflösende Bedingung vereinbart und eingetreten, sowie gegen seine Feststellung, die Klägerin sei mit Pachtzinszahlungen im Verzug gewesen und der Vertrag sei deshalb rechtswirksam gekündigt.

## II.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, der Vertrag über das Lichtspieltheater sei unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, die eingetreten sei, von Rechtsirrtum beeinflußt sind; denn seine Entscheidung wird auch durch seine Hilfsbegründung getragen, der Erblasser habe den mündlichen Vertrag wegen Verzugs der Klägerin mit Pachtzinszahlungen gemäß § 581, 554 BGB rechtswirksam gekündigt. Daß der vom Berufungsgericht angeführte Schriftsatz des ursprünglichen Beklagten vom 17. Februar 1956 auf S. 3 eine entsprechende Kündigung enthält, stellt auch die Revision nicht in Abrede. Sie wendet sich nur mit Verfahrensrügen gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe sich mit Pachtzinszahlungen in Höhe von mehr als zwei Monatsraten im Rückstand befunden. Diese Rügen sind jedoch unbegründet.

1. Auf Grund des ihm unterbreiteten Sachverhalts, des eigenen Vortrags der Klägerin und der Beweisaufnahme, mußte das Berufungsgericht von einer - vereinbarten - Pacht in Höhe von 8 % des Nettokartenerlöses ausgehen. Richtig ist, daß der Vortrag der Klägerin dahin ging, der Pachtzins für das eingerichtete Kino solle 8 %, der für das leere Kino 6 % dieses Erlöses betragen. Dabei hat man

unter "eingerichtetem" Kino dieses mit Maschinen und Bestuhlung verstanden. Es war befürchtet worden, diese Einrichtung würde, weil sie dem Erblasser nicht gehörte, entfernt werden. Unstreitig ist aber die Einrichtung, wie insbesondere auch der Sohn der Klägerin als Zeuge bekundet hat, im Kino verblieben. Deshalb mußten 8 % des Nettokartenerlöses als Pachtzins gezahlt werden, die auch, wie die Revision selbst vorträgt, vom Mai 1956 an bezahlt worden sind. Daß 8 % des Nettokartenerlöses als Pachtzins geschuldet wurden, hat die Klägerin im übrigen in ihrem Schriftsatz vom 31. Mai 1960 S. 2 noch einmal bestätigt; denn dort entnimmt sie selbst der Beweisaufnahme (Zeugin S. [REDACTED], Sohn B. [REDACTED] und Robert Sch. [REDACTED]), der Pachtzins sei mit 8 % vereinbart, er habe sich auf 6 % ermäßigen sollen, falls die Einrichtung entfernt werden würde, was jedoch nicht geschehen ist.

Nur für die Zeit vom Mai 1954 bis Oktober 1954 sollen nach der eigenen Darstellung der Klägerin monatlich 800 DM und vom November 1954 bis April 1956 6 % des Nettokartenumsatzes als Pacht entrichtet worden sein. Es trifft danach zu, wovon das Berufungsgericht ausgeht, daß die Klägerin mindestens 1 1/2 Jahre lang nur 6 % als Pacht gezahlt hat. Sie war danach, als die Kündigung im Februar 1956 ausgesprochen wurde, mindestens mit einem Viertel der Pacht für mindestens 15 Monate (November 1954 bis einschließlich Januar 1956) im Rückstand. Das ist die Pacht für fast vier Monate.

2. Fehl geht auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 1. September 1958 S. 15 auseinandergesetzt.

Zur Begründung dafür, weshalb sie nur 6 % des Nettokartenerlöses an die Erblasser abgeführt habe, hatte die Klägerin zunächst vorgetragen, worauf das Berufungsgericht verweist, sie habe mit Rechtsanwalt Dr. de la F [REDACTED] auf dessen Vorschlag einen Beratungsvertrag abgeschlossen, nach welchem sie ihm dafür, daß er sie hinsichtlich ihres Filmtheaters laufend beriet, 2 % des Nettokartenerlöses habe zahlen müssen (Schriftsatz vom 11. Oktober 1955 S. 6 und Abschrift ihres Schreibens an diesen Rechtsanwalt vom 13. März 1953). Später ging ihr Vortrag, womit sich das Berufungsgericht ebenfalls auseinandergesetzt hat, dahin, dem Erblasser seien doch volle 8 % zugute gekommen; denn sie habe an Rechtsanwalt Dr. de la F [REDACTED] (außer den 6 %) noch 2 % des Nettokartenerlöses gezahlt, die zur Tilgung von dessen Ansprüchen gegen den Erblasser bestimmt gewesen seien. Auf diesen Widerspruch hingewiesen, hat die Klägerin schließlich in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 1. September 1958 vortragen lassen, die Beklagte (oder der Erblasser) habe sich, als sie erfahren hatte, daß Dr. de la F [REDACTED] auf Grund seines Vertrages mit der Klägerin 2 % des Umsatzes erhielt, darüber bei dem Zeugen G [REDACTED] beschwert. Dieser habe dem Rechtsanwalt Dr. de la F [REDACTED] Vorwürfe gemacht. Nach Rücksprache mit der Klägerin habe dieser erklärt, er wolle die Beträge zwar behalten, aber nunmehr von seinen Gebühren, welche er von der Beklagten zu erhalten habe, abrechnen unter gleichzeitiger Gutschrift auf dem Konto der Beklagten. Diese Umbuchung sei dann später auch erfolgt. Zu diesem Vortrag, den das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen auch ausdrücklich, nur etwas abgekürzt, wiedergibt, hat es ausgeführt, diese spätere Verrechnung der von der Klägerin in Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit an

Rechtsanwalt Dr. de la F. [REDACTED] gezahlten 2 % mit dessen Honorarforderung gegen die Beklagte habe die einmal eingetretenen materiellrechtlichen Wirkungen einer wegen Zahlungsverzuges ausgesprochenen wirksamen Kündigung nicht nachträglich wieder beseitigen können. Das ist nicht rechtsirrtümlich.

Rechtsanwalt Dr. de la F. [REDACTED] war zwar Bevollmächtigter des Erblassers. Das berechtigte ihn aber nicht, von den 8 % des Nettokartenerlöses, die dem Erblasser zustanden, 2 % ausdrücklich zur Verrechnung auf eine ihm von der Klägerin für seine Bemühungen zu ihren Gunsten zugesagte Honorarforderung entgegenzunehmen und nur die weiteren 6 % für den Erblasser. Das lag so klar auf der Hand, daß darüber auch bei der Klägerin ein berechtigter Zweifel nicht bestehen konnte. Dem Berufungsgericht ist deshalb darin beizutreten, daß diese mit der Zahlung von 2 % des Nettokartenerlöses dem Erblasser gegenüber in Verzug gekommen ist. Dahingestellt bleiben kann, ob sie ihren Verpflichtungen nachgekommen wäre, wenn sie von vornherein an Rechtsanwalt Dr. de la F. [REDACTED] 8 % des Nettokartenerlöses gezahlt hätte in Kenntnis der Tatsache, dieser wolle davon nur 6 % abführen und die restlichen 2 % auf seine Honorarforderungen gegen den Erblasser verrechnen; denn ein solcher Sachverhalt liegt nicht vor. Keinen rechtlichen Bedenken unterliegt jedenfalls die Auffassung des Berufungsgerichts, daß durch die nachträgliche Verrechnung die eingetretenen Verzugsfolgen nicht beseitigt werden konnten. Diese kraft Vereinbarung zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt Dr. de la F. [REDACTED] erfolgte Verrechnung war insbesondere keine Aufrechnungsmöglichkeit im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB.

3. Daß sich die Parteien, worauf die Revision verweist, über Akontozahlungen von 800 DM monatlich einig waren, ist unerheblich. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin sind feste Zahlungen von 800 DM monatlich nur bis einschließlich Oktober 1954 geleistet worden, während von dieser Zeit an die Zahlungen nach Prozentsätzen von den Umsätzen erfolgt sind. Daraus konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum entnehmen, daß die Klägerin auch zu entsprechenden Zahlungen verpflichtet war, was auch der eigenen Stellungnahme der Klägerin in ihrem bereits erwähnten Schriftsatz vom 31. Mai 1960 S. 3 entsprach. Zog die Klägerin aber in ihrer in diesem Schriftsatz enthaltenen Stellungnahme zur Beweisaufnahme aus den Aussagen der Zeugen S. (Protokoll vom 30. November 1959), B. (Protokoll vom 27. Januar 1959) und Sch. (Protokoll vom 24. Februar 1959) selbst keine weiteren Schlüsse, so bedeutet es angesichts der Tatsache, daß im Berufungsrechtszug zuletzt nur noch im Streit war, ob die Klägerin dadurch, daß sie längere Zeit nur 6 % Pacht gezahlt hatte, in Verzug gekommen sei, keinen Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht nicht weiter auf den Inhalt der Aussagen der genannten Zeugen eingegangen ist. Diese haben zwar, worauf die Revision verweist, auch davon gesprochen, der Unterschied zwischen 800 DM und der vereinbarten Pacht in Höhe von 8 % solle "zur Abdeckung des Darlehens der Klägerin zum Zwecke der Tilgung der Bereicherungsansprüche W. dienen". Machte sich aber die Klägerin, wie ausgeführt, diese Aussagen selbst insoweit nicht ausdrücklich zu eigen, so ist davon auszugehen, daß die angegebene Regelung aller falls dann gelten sollte, wenn die Klägerin ein solches Darlehen wirklich gegeben hatte. Das ist aber unstreitig nicht geschehen, sondern war erst für später in Aussicht genommen.

IV.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin enthält, ist ihre Revision als unbegründet zurückgewiesen worden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Auch die Kosten der Tatsachenrechtszüge muß die Klägerin in vollem Umfange tragen, und zwar schon deshalb, weil ein etwaiger mündlicher Vertrag durch die - fristlose - Kündigung aus Februar 1956, d.h. vor Erlass des landgerichtlichen Urteils, beendet war.

Dr. Gelhaar                      Artl                      Dr. Dorschel

Dr. Mezger      ,      Dr. Messner