

Verkündet laut Protokoll
am 27. September 1960
Wüst, 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 Garagenbesitzers Wilhelm H. [REDACTED] in [REDACTED],
Z[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Leon F. [REDACTED] in W[REDACTED] i.B.,
E[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. September 1960 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der
Bundesrichter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und
Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Nürnberg vom 21. April 1959 wird zurückge-
wiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat durch schriftlichen Vertrag vom 6. Dezember 1946 das in N[REDACTED] gelegene, durch Kriegseinwirkung weitgehend zerstörte sog. Rückgebäude Z[REDACTED]straße [REDACTED] (damals: [REDACTED]) mit Ausnahme der im Erdgeschoß eingebauten Garagen und Zentralheizungsanlage als Geschäfts- und Lagerräume an die offene Handelsgesellschaft St[REDACTED] (im folgenden als Gesellschaft bezeichnet) für die Zeit vom 1. Januar 1947 bis zum 31. Dezember 1961 mit der Befugnis zur Untervermietung vermietet. In Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages heißt es:

"Den Wiederaufbau des ersten und zweiten Stockes mit den darüber befindlichen Lagerböden incl. des Hausdaches und aller sonstiger notwendigen Instandsetzungserbeiten übernimmt die Fa. Standard OHG. für ihre Rechnung."

Als monatlicher Mietzins ist der Betrag von 280 RM (jetzt 280 DM) vereinbart; dazu ist weiter bestimmt, daß die Hälfte davon zur "Amortisation der Bausumme verwendet" wird und daß damit alle Ansprüche der Mieterin hinsichtlich ihrer Aufwendungen für den Wiederaufbau des Gebäudes abgegolten sind.

Durch schriftlichen Vertrag vom 30. Juni 1947 (im folgenden als Ergänzungsvertrag bezeichnet) haben die Parteien des Mietverhältnisses den Vertrag vom 6. Dezember 1946 (im folgenden als Hauptvertrag bezeichnet) dahin ergänzt, daß die Gesellschaft berechtigt sei, anstelle der auf dem Hof des Rückgebäudes "früher befindlichen, nunmehr abgebrannten drei Holzgaragen einen neuen Garagenbau ... zu errichten", daß "die Baukosten hierfür ... zu Lasten der Fa. St[REDACTED] OHG." gehen und daß "als Ausgleich hierfür ... diese neu errichteten Garagen bis zum 1. Juli 1957 mietefrei" seien.

- 3 -

Die Gesellschaft, die u.a. Baustoffe herstellte und auch mit derartigem Material handelte, hat im Jahre 1947 das Rückgebäude und den Garagenbau wieder errichtet.

Der Beklagte ist Gesellschafter der (im Handelsregister nicht eingetragenen) Gesellschaft. Die Gesellschafter haben sie zwar zu Anfang des Jahres 1948 aufgelöst; die Gesellschaft ist indessen noch nicht beendet.

Im Jahre 1951 hat sie den ihr vom Kläger vermieteten Teil des Rückgebäudes (im folgenden als Rückgebäude bezeichnet) und den Garagenbau dem Möbelhändler R. [REDACTED] auf 10 Jahre gegen einen monatlichen Mietzins von 500 DM untervermietet. Für die Zeit vom September 1955 bis zum Januar 1956 hat die Gesellschaft keinen Mietzins bezahlt, weil R. [REDACTED] ihr damals - wie der Kläger wusste - wegen Streitigkeiten über die Tragweite des Untermietverhältnisses keinen Untermietzins bezahlt hat.

Im August 1956 hat die Firma R. [REDACTED] das Rückgebäude (und den Garagenbau) geräumt, übrigens nach Darstellung des Beklagten auf Betreiben des Klägers. Alsdann hat der Kläger beide Bauten dem Möbelhändler A. [REDACTED] durch schriftlichen Vertrag vom 27. August 1956 vom gleichen Tage an zunächst für die Zeit bis zum 31. Dezember 1960 gegen einen monatlichen Mietzins von 600 DM vermietet und überlassen. Mit Schreiben vom 7. September 1956 hat der Rechtsanwalt Dr. G. [REDACTED] namens des Klägers A. [REDACTED] dem Sinne nach mitgeteilt, das Rückgebäude müsse dem Kläger zurückgegeben werden, falls das Gericht ihm im Hinblick auf sein Mietverhältnis mit der Gesellschaft die Befugnis absprechen sollte, es für die Zeit bis zum 31. Dezember 1961 anderweit zu vermieten.

Zuvor, nämlich mit Schreiben vom 27. August 1953, hat das Städtische Bauordnungsamt u.a. bezüglich des



www.prinz.law

Rückgebäudes dem Kläger in Anwendung bau- und feuerpolizeilicher Vorschriften die folgenden sechs Auflagen gemacht:

1. sämtliche Rohröffnungen an den Rauchkaminen abzumauern oder mit dicht schließenden Rohrkapseln zu versehen;
2. eine Treppe zum Dachraum einzubauen;
3. den Dachboden gegen das Treppenhaus mit feuerbeständigen Treppenhauswänden und einer feuerbeständigen Tür abzuschließen, auch die Dachuntersicht im Treppenhaus, ferner die Untersichten der Treppenläufe und Podeste feuerhemmend zu verputzen, soweit nicht Steintreppen vorhanden sind;
4. die Deckenuntersichten im ersten und zweiten Stockwerk mindestens feuerhemmend herzustellen und die Holzleisten an den Fugen der Asbestdeckentafeln zu beseitigen und durch 10 cm breite Asbeststreifen gleicher Plattenstärke zu ersetzen;
5. die I NP - Trägerunterzüge und Gußeisenstützen feuerbeständig zu ummanteln;
6. in jedem Geschoß einen Handfeuerlöscher griffbereit an der Wand anzubringen.

Der Kläger hat mit Schreiben vom 8. September 1953 den Beklagten vergeblich aufgefordert, diese Mängel beheben zu lassen. Die Klage ist auf Verurteilung des Beklagten gerichtet,

- a) auf Kosten des Beklagten die zur Erfüllung der Auflagen des Bauordnungsamtes erforderlichen Arbeiten ausführen zu lassen und
- b) den Dachboden mit einem Bretterfußbodenbelag zu versehen (weil auch dies nämlich zur vollständigen Wiedererrichtung des Rückgebäudes gehöre).

Gleichzeitig mit den das Rückgebäude betreffenden Auflagen hatte das Bauordnungsamt dem Kläger gegenüber auch Einzelheiten der Ausführung des Garagenbaues beanstandet. Der Beklagte hatte es abgelehnt, dem Rechnung zu tragen. In dem deshalb vom Kläger gegen den Beklagten durchgeführten Rechtsstreit ist dieser durch Urteil des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 13. Oktober 1955 (2 U 140/55) rechtskräftig verurteilt worden, auf seine Kosten die Decken- und Tragkonstruktionen am Garagendach feuerhemmend zu verputzen, die Umfassungswände als Brandmauer gegen die Nachbargrundstücke mindestens 24 cm stark herzustellen, die Verdachung aus unverbrennlichem Material auszuführen, und insbesondere die Pappeindeckung durch eine solche aus Blech zu ersetzen, ferner den Garagenbau durch Einfügung von zwei Trennmauern so aufzuteilen, daß drei Boxen entstehen. Der Beklagte hat dem Urteil nicht entsprochen.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das Landgericht durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, auf seine Kosten die Arbeiten zur Erfüllung der sechs vom Bauordnungsamt gemachten Auflagen hinsichtlich des Rückgebäudes ausführen zu lassen.

Mit der Berufung hat der Beklagte beantragt, in Abänderung des Teilurteils die Klage abzuweisen. Der Kläger hat in erster Linie Zurückweisung der Berufung begehrt, Anschlußberufung eingelegt und hilfsweise beantragt, in entsprechender Abänderung des angefochtenen Teilurteils festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger die Kosten zu erstatten, die durch die Ausführung der zur Erfüllung der sechs Auflagen erforderlichen Arbeiten entstehen.

Das Oberlandesgericht hat die Anschlußberufung zurückgewiesen, auf die Berufung das Teilurteil abgeändert,

die Klage abgewiesen und die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges dem Kläger auferlegt.

Mit der Revision beantragt der Kläger, das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben, die Berufung zurückzuweisen, auf die Anschlußberufung hilfsweise die schon von dem Oberlandesgericht erbetene Feststellung zu treffen. Der Beklagte will das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A

Die Revision bemängelt es als Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere des § 551 Nr. 7 ZPO, daß das Berufungsgericht ohne Begründung die Klage in vollem Umfang abgewiesen habe, obwohl im ersten Rechtszug nur ein Teilurteil ergangen sei und obwohl im zweiten Rechtszug nicht über den Bretterfußbodenbelag des Dachgeschosses verhandelt worden sei.

Die Rüge, das Berufungsgericht sei über die Anträge hinausgegangen (Verstoß gegen § 308 ZPO), ist unbegründet. Die Revision läßt nämlich folgendes außer acht: Der Beklagte hat im zweiten Rechtszug mit der Berufung den Antrag verfolgt, in Abänderung des Teilurteils die Klage abzuweisen; der Kläger hat demgegenüber in erster Linie beantragt, die Berufung zurückzuweisen; die Parteien haben in dem grundsätzlich so abgesteckten Rahmen vor dem Berufungsgericht verhandelt, ohne daß der Kläger gerügt hätte, das Landgericht habe über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Herstellung des Fußbodenbelags noch nicht entschieden. Das Berufungsgericht hat den Antrag des Beklagten - wie der entscheidende Teil des angefochtenen Urteils erweist - in dem seinem Wortlaut entsprechenden Sinn aufgefaßt. Gemäß § 295 ZPO würde der

Umstand, daß der Kläger den dem § 537 ZPO nicht Rechnung tragenden Berufungsantrag nicht gerügt hat, für ihn möglicherweise dann unschädlich gewesen sein, wenn er den Mangel nicht erkannt hätte. Hat auch das Berufungsgericht dazu Erwägungen nicht angestellt, so ist doch in dieser Beziehung für Erörterungen im dritten Rechtzug kein Raum mehr; denn die Revision hat in der Revisionsbegründungsschrift die Verletzung der in §§ 295, 139 ZPO enthaltenen Rechtsnormen nicht gerügt (BGHZ 8, 386 und Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 1956 - IV ZR 88/56 - LM ZPO § 303 Nr. 4). Die Entscheidung in BGHZ 30, 213 steht nicht entgegen (vgl. aaO S. 220).

Wie dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils entnommen werden kann, ist das Berufungsgericht von der rügelosen Einlassung des Klägers auf den Berufungsantrag ausgegangen. Einer ausdrücklichen Bemerkung darüber, daß die Einwilligung des Klägers in die umfassende sachliche Verhandlung über den Berufungsantrag zu unterstellen sei, bedurfte es nicht. Eine besondere Erörterung darüber, ob der Kläger vom Beklagten auch die Belegung des Dachbodens mit einem Bretterfußboden zu beanspruchen habe, war ebenfalls entbehrlich; denn das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob der Beklagte dem Kläger hinsichtlich des Rückgebäudes überhaupt zu baulichen Leistungen verpflichtet ist. Vielmehr ist im angefochtenen Urteil (im Ergebnis übrigens zutreffend) darauf abgestellt, daß - auch wenn dies zu bejahen sein sollte - der Beklagte jedenfalls die von ihm geschuldeten Leistungen wegen des Verhaltens des Klägers verweigern dürfe. Das Berufungsgericht hat daher gegen § 551 Nr. 7 ZPO nicht verstoßen.

Inwiefern das Berufungsgericht gegen den von der Revision in diesem Zusammenhang als verletzt bezeichneten § 286 ZPO verstoßen haben sollte, ist nicht ersichtlich.

B

I. In der Sache selbst ist das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Rechtslage entgegen der Auffassung des Beklagten grundsätzlich zu folgendem Ergebnis gelangt, das einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt: Sei die Gesellschaft aus dem Hauptvertrag dem Kläger zur Vervollständigung des Rückgebäudes verpflichtet, so hafte gemäß § 128 HGB auch der Beklagte schon deshalb für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit, weil die Gesellschaft die Leistung nach dem Hauptvertrag nicht etwa selbst mit ihren Baustoffen zu erstellen brauche, sie vielmehr in der Weise erbringen könne, daß sie die Bauarbeiten gegen Bezahlung mit anderweit beschafftem Material ausführen lasse.

II. a) Indessen hat das Berufungsgericht weiter folgendes erwogen: Der Kläger habe durch die Vermietung des Rückgebäudes an A [REDACTED] den Hauptvertrag positiv verletzt; das könne der Beklagte den Klageansprüchen entgegenhalten, zumal die Gesellschaft noch nicht beendet sei.

Den Vorwurf der positiven Vertragsverletzung könne der Kläger auch nicht durch den Hinweis darauf ausräumen, daß das Rückgebäude bei Beginn des mit A [REDACTED] begründeten Mietverhältnisses (27. August 1956) leergestanden habe. Denn der Kläger habe für die Zeit vor Räumung des Rückgebäudes durch R [REDACTED] - von einer kurzen damals schon mehrere Monate zurückliegenden Zeitspanne abgesehen, für die aus einem ihm bekannten besonderen Grunde nichts bezahlt worden sei - den ihm nach dem Hauptvertrag geschuldeten Mietzins bekommen. Er könne dem Beklagten auch nicht entgegenhalten, das Mietverhältnis mit A [REDACTED] sei so gestaltet, daß dadurch die Rechte der Gesellschaft aus dem Hauptvertrag nicht beeinträchtigt worden seien. Derartiges ergebe sich aus Dr. G [REDACTED] Schreiben vom 7. September 1956 schon deshalb nicht, weil der Kläger

danach zunächst abwarten wollte, ob ihn die Gesellschaft zur Wahrung ihrer Rechte verklagen werde. Er habe nach seiner Erklärung im Rechtsstreit an Amschler vermietet, weil er durch den von diesem zu zahlenden Mietzins die Mittel zu erhalten gedenke, die notwendig seien, um die Bauarbeiten auszuführen. Zu einer derartigen Selbsthilfe sei der Kläger nicht befugt.

Die Gesellschaft sei wegen der positiven Vertragsverletzung gemäß § 325 BGB zum Rücktritt vom Hauptvertrag berechtigt. Falls freilich die Gesellschaft mit den Bauarbeiten am 27. August 1956 schon im Schuldnerverzug gewesen sei, so führe das grundsätzlich dazu, daß sie aus der Vertragsuntreue des Klägers kein Rücktrittsrecht herleiten könne, solange sie selbst vertragsuntreu sei. Sie brauche indessen die Folgen ihrer eigenen Vertragsverletzung nicht zu beseitigen, wenn der Kläger bei seiner Erfüllungsverweigerung sogar für den Fall beharre, daß sie zur Beseitigung ihrer bisherigen Vertragsuntreue bereit sei. Daß der Kläger in dieser Weise hartnäckig dabei verblieben ist, die Rückgabe des Rückgebäudes ausschließlich von einem entsprechenden Urteil selbst dann abhängig zu machen, wenn die Bauarbeiten entsprechend der vom Beklagten wenigstens teilweise erklärten Bereitschaft ausgeführt werden sollten, hat das Berufungsgericht aus dem Vorbringen der Parteien im Rechtsstreit entnommen.

Deshalb kommt es nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf an, ob die Verpflichtung zur Ausführung der Bauarbeiten überhaupt besteht. Vielmehr sei - so ist im angefochtenen Urteil ausgeführt - die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf wegen der beharrlichen Vertragsuntreue des Klägers zum Rücktritt vom Hauptvertrag berechtigt.

Jedoch könne der Beklagte den Rücktritt nicht erklären, weil er nicht bewiesen habe, daß er allein berechtigt sei, die Gesellschaft während ihrer Liquidation zu vertreten. Dessen ungeachtet sei aus den in § 129 Abs. 2 HGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken zu entnehmen, daß er aus dem Hauptvertrag solange nicht in Anspruch genommen werden könne, als die Gesellschaft ihn durch Rücktritt zur Auflösung zu bringen in der Lage sei. Wegen des dem Beklagten dergestalt zustehenden Leistungsverweigerungsrechts scheitere die Klage und zwar auch insoweit, als der Kläger mit der Anschlußberufung hilfsweise die Feststellung eines Schadensersatzanspruches verfolge.

b) Die Revision bemängelt folgendes:

1. Das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Gesellschaft mit den von ihr geschuldeten baulichen Leistungen bereits seit dem Jahre 1953 in Verzug sei und deshalb "nach so langer Zeit" ein Rücktrittsrecht nicht mehr geltend machen könne. - Die Rüge ist schon aus der Erwägung unbegründet, daß es zu dem Verhalten des Klägers, in dem das Berufungsgericht eine die Gesellschaft zum Rücktritt berechtigende positive Vertragsverletzung erblickt hat, erst Ende August des Jahres 1956 gekommen ist, und daß der Beklagte bereits im Schriftsatz vom 3. November 1956 vorgetragen hat, er brauche schon deshalb die vom Kläger beanspruchten Leistungen nicht mehr zu erbringen.

2. Das Berufungsgericht habe unbeachtet gelassen, daß die Gesellschaft seit dem September des Jahres 1955 dem Kläger keinen Mietzins mehr bezahlt habe, daß infolge der Räumung durch R. [REDACTED] für den Kläger die erhöhte Gefahr bestanden habe, er werde auch in Zukunft den Mietzins nicht erhalten, und daß er deshalb zur Ver-

meiung von zu befürchtendem^m weiterem Schaden an A [REDACTED] vermietet habe. - Die Rüge geht fehl; denn nach dem angefochtenen Urteil ist unstreitig, daß der Kläger nur für die Zeit vom September 1955 bis Januar 1956 Mietzins nicht erhalten hat. Daher ist es im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht als Verstoß gegen § 286 ZPO zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Entschluß des Klägers, an A [REDACTED] zu vermieten, nicht deshalb gerechtfertigt gefunden hat, weil ihm sonst weiterer Schaden erwachsen wäre.

3. Die Revision greift schließlich die unter Bezugnahme auf das Urteil des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1957 - VIII ZR 282/56 - (NJW 1958, 177) entwickelte Auffassung des Berufungsgerichts an, nach der der Kläger zum Ausdruck gebracht hat, er werde bei seiner Erfüllungsverweigerung auch für den Fall beharren, daß die ihm nach seiner Ansicht geschuldeten baulichen Leistungen erbracht würden. Das Berufungsgericht habe nämlich übersehen, daß der Beklagte dem rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichts vom 13. Oktober 1955 nicht nachgekommen sei. - Auch dieser Angriff ist unbegründet; denn dadurch wird die Erklärung des Klägers nicht ausgeräumt, aus der das Berufungsgericht entnommen hat, der Kläger wolle das Rückgebäude auch dann nicht zurückgeben, wenn die baulichen Leistungen erbracht werden sollten, er vielmehr nur dann zurückgeben wolle, wenn er dazu verurteilt werden sollte.

c) Ob freilich die Gesellschaft wegen der Überlassung des Rückgebäudes an A [REDACTED] als Mieter - wie das Berufungsgericht meint - zum Rücktritt vom Hauptvertrag berechtigt ist, erscheint im Hinblick darauf mindestens zweifelhaft, daß dieser Vertrag außer der Verpflichtung der Gesellschaft zum Wiederaufbau des Rückgebäudes auch die Begründung eines Mietverhältnisses zwischen dem Kläger und der Ge-

sellschaft zum Gegenstand hat. Zumal der Kläger in Erfüllung des das Mietverhältnis betreffenden Teils des Hauptvertrages das Rückgebäude bis zum August 1956 also fast 10 Jahre lang, der Gesellschaft überlassen hatte, liegt es näher, daß sie nunmehr zwar das ganze Vertragsverhältnis zu kündigen, nicht dagegen von dem Hauptvertrag zurückzutreten berechtigt ist. Doch bedarf es einer abschließenden Stellungnahme hierzu ebensowenig wie zu der Frage, ob der Beklagte gegen die mit der Klage verfolgten Ansprüche in entsprechender Anwendung des § 129 HGB aus der etwaigen Kündigungsbefugnis der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht herleiten könnte.

Die sich aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergebende Auffassung, die sich das Berufungsgericht aus dem Urteil des Landgerichts zu eigen gemacht hat, ist nämlich aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß mangels einer vertraglichen Regelung darüber, wann die Gesellschaft das Rückgebäude wieder aufzubauen hatte, der Kläger als Vermieter mit der Erfüllung des Hauptvertrages vorleistungspflichtig war und - unbeschadet der Verpflichtung der Gesellschaft, den einmal in Angriff genommenen Wiederaufbau ordnungsgemäß durchzuführen - auch vorleistungspflichtig geblieben ist. Die Gesellschaft könnte also dem Verlangen des Klägers, die möglicherweise von ihr noch geschuldeten Bauleistungen zu erbringen, entgegenhalten, daß die seit dem 26. August 1956 andauernde Vertragsuntreue insbesondere eine Verletzung seiner Vorleistungspflicht darstelle und daß sie deshalb, weil er bei seiner Untreue auch für den Fall beharrt, daß sie die Bauleistungen noch erbringt, die Leistung verweigern kann. Dieses Leistungsverweigerungsrecht hat gemäß § 129 HGB auch der Beklagte den Klageansprüchen gegenüber.

C

Da das angefochtene Urteil auch sonstige Verstöße gegen das materielle Recht nicht erkennen läßt, die Revision auch keine weiteren Rügen erhebt, ist das Rechtsmittel mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm Artl Dr. Spieler Dr. Dorachel Dr. Mezger