

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

ZPO §§ 318, 322

Hat das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen eines Teilurteils ausgeführt, es habe einen nach seiner Auffassung begründeten Anspruch nur deshalb nicht zuerkannt, weil die von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen noch weiterer Nachprüfung bedürften, jedoch ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO nicht erlassen, so ist es nicht gehindert, später den Anspruch deshalb abzuweisen, weil er sachlich nicht begründet sei (Abweichung von RG WarnRspr. 1933 Nr. 113 unter II = LZ 1933, 1032).

BGH, Urt. vom 22. Februar 1967 - VIII ZR 255/64 - OLG Celle

LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 255/64

URTEIL

Verkündet am

22. Februar 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Textilkaufmanns Kurt J. [REDACTED] in H. [REDACTED],
B. [REDACTED]allee [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Filmtheaterunternehmer Kurt K. [REDACTED] in G. [REDACTED],
W. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter ihrer Zurückweisung im übrigen das (2.) Teilurteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 17. August 1964 insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 30. Oktober 1958 auch hinsichtlich der Ansprüche auf Zahlung von 906,65 DM nebst 4 % Zinsen an den Kläger und von 9 248 DM nebst 4 % Zinsen an die Volksbank eGmbH in H [REDACTED] zurückgewiesen hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den 12. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von den Kosten des zweiten Revisionsverfahrens hat der Kläger 1/5 zu tragen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten dieses Verfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Nachdem der erkennende Senat die Revision des Beklagten gegen das erste Teilurteil des Berufungsgerichts vom 2. März 1961 durch Urteil vom 14. November 1962 - VIII ZR 101/61 = WM 1963, 92, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird, zurückgewiesen hatte, waren beim Berufungsgericht noch folgende Ansprüche anhängig geblieben:

1. Zahlung von 906,65 DM nebst Zinsen an den Kläger als Mietzinsunterschied für die Zeit bis März 1958
2. Zahlung von 9 248 DM nebst Zinsen an die Volksbank eGmbH in H[REDACTED] als Mietzinsunterschied für die Zeit von April 1958 bis Januar 1961
3. Zahlung von 14 000 DM nebst Zinsen an dieselbe Volksbank (Darlehensrest)
4. Zahlung von weiteren 8 % Zinsen auf den Darlehensteilbetrag von 36 000 DM an die Volksbank.

Das Berufungsgericht hat durch ein zweites Teilurteil die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts hinsichtlich der Ansprüche auf den Mietzinsunterschied zurückgewiesen. Es hat ferner den Beklagten zur Zahlung von 11 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 23. Januar 1959 an die Volksbank Zug um Zug gegen Zahlung von 11 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21. März 1959 an den Beklagten verurteilt und die Berufung des Klägers wegen der weiteren Zinsansprüche zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers, mit der er die Ansprüche auf die Mietzinsunterschiede nebst 4 % Zinsen weiterverfolgt und erreichen will, daß die von ihm zu erbringende Zug um Zug Leistung auf den Betrag von 8 000 DM beschränkt wird. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zu einem wesentlichen Teil begründet.

1. In seinem ersten Teilurteil, das rechtskräftig geworden ist, hatte das Berufungsgericht die über 906,65 DM und 9 248 DM hinausgehenden zusätzlichen Mietzinsansprüche abgewiesen und sich die Entscheidung über diese Ansprüche für die Zeit von September 1957 bis Januar 1961 in Höhe der genannten Beträge vorbehalten. Hierzu hatte es ausgeführt: In Höhe von 906,65 DM und 9 248 DM seien die zusätzlichen Mietzinsansprüche des Klägers begründet. Ob sie dennoch abgewiesen werden müßten, hänge allein davon ab, ob der Beklagte mit seinen Gegenforderungen durchdringe. Hierüber könne noch nicht entschieden werden. Dagegen ist das Berufungsgericht in dem jetzt angefochtenen zweiten Teilurteil deshalb zur Abweisung dieser Ansprüche gelangt, weil sie überhaupt nicht beständen.

Die Revision macht geltend, daß das Berufungsgericht infolge der Rechtskraft des ersten Teilurteils gehindert gewesen sei, die Mietzinsansprüche nunmehr als unbegründet abzuweisen. Dieser Ansicht vermag der erkennende Senat nicht^{zu}/folgen. Nach § 318 ZPO ist das Berufungsgericht an die von ihm in seinem ersten Teilurteil getroffene Ent-

scheidung gebunden. Wenn diese Bindung auch nicht auf der Rechtskraft des Teilurteils beruht, so zeitigt sie doch dieselben Wirkungen wie die innere Rechtskraft. Es kommt deshalb darauf an, ob das Berufungsgericht in seinem ersten Teilurteil über die zusätzlichen Mietzinsansprüche, soweit es sie nicht abgewiesen hatte, eine Entscheidung mit derselben Wirkung getroffen hatte, wie sie durch die innere Rechtskraft eines Urteils erzeugt wird.

In Schrifttum und Rechtsprechung ist anerkannt, daß die innere Rechtskraft eines Urteils sich nur auf die in ihm bejahte oder verneinte Rechtsfolge bezieht, nicht aber auf die sogenannten Urteilselemente. Es ist also darauf abzustellen, wie das Gericht in der Urteilsformel, die gegebenenfalls unter Heranziehung von Tatbestand und Entscheidungsgründen auszulegen ist, entschieden hat. Da das Berufungsgericht in der Formel seines ersten Teilurteils über die hier in Frage stehenden Ansprüche nicht entschieden, sondern sich die Entscheidung vorbehalten hatte, ist daraus mit dem Berufungsgericht entsprechend den Ausführungen in seinem jetzt angefochtenen Teilurteil zu entnehmen, daß trotz der Ausführungen in den Entscheidungsgründen des ersten Teilurteils, mit denen das Berufungsgericht seine Ansicht gerechtfertigt hatte, daß dem Kläger die Mietzinsansprüche in Höhe von 906,65 DM und 9 248 DM gegen den Beklagten zuständen, das Berufungsgericht durch dieses Urteil nicht gehindert war, nunmehr diese Ansprüche als unbegründet abzuweisen. Der Beklagte war in Höhe der erwähnten Beträge nicht durch die Formel des ersten Teilurteils, sondern nur durch seine Entscheidungsgründe beschwert. Ist aber eine Partei allein durch Ausführungen in den Urteilsgründen belastet, so ist sie nicht in der Lage, gegen die Entscheidung ein

Rechtsmittel einzulegen. Sie muß also die ihr nachteiligen Darlegungen hinnehmen, ohne sich dagegen wehren zu können. Es kann daher nicht rechtens sein, daß das Berufungsgericht an die nur in den Entscheidungsgründen seines ersten Teilurteils zum Ausdruck gebrachte Ansicht, die Mietzinsansprüche des Klägers seien in Höhe von 906,65 DM und 9 248 DM begründet, so daß es nur auf zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen ankomme, gebunden ist. Eine solche Bindung hätte nur dann eintreten können, wenn das Berufungsgericht ein Vorbehaltsurteil gemäß § 302 ZPO erlassen hätte. Ein solches Vorbehaltsurteil konnte hier jedoch nicht ergehen, weil die von dem Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen mit den Ansprüchen auf Zahlung des zusätzlichen Mietzinses in rechtlichem Zusammenhang standen. Das Berufungsgericht hat ersichtlich ein solches Vorbehaltsurteil nicht erlassen und auch nicht erlassen wollen. Es durfte deshalb in seinem jetzt angefochtenen Urteil im Gegensatz zu seinem ersten Teilurteil die noch anhängigen zusätzlichen Mietzinsansprüche mit der Begründung abweisen, daß diese Ansprüche überhaupt niemals bestanden hätten.

In Schrifttum und Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, der Grundsatz, daß ein Urteil nur insoweit rechtskräftig werde, als über den Klageanspruch in der Urteilsformel entschieden sei, gelte nicht in einem Fall, in dem sich aus den Gründen des Urteils ergibt, daß das Gericht in seinem Teilurteil nur wegen des Vorbehalts der Aufrechnung einen weiteren nach seiner Auffassung begründeten Anspruch nicht zuerkannt hatte (RG WarnRspr 1933 Nr. 133 unter II = LZ 1933, 1032; Rosenberg, Lehrbuch 9. Aufl. § 150 III 3 S. 754; Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 322 Anm. 2 A; unklar: Wieczorek, ZPO § 322 Anm. E II b 8). Ihr kann nicht gefolgt werden. Sie läßt außer acht, daß der

Beklagte keine Möglichkeit hat, gegen ein Urteil, das einen Anspruch für begründet gehalten, ihn aber wegen Vorbehalts der Aufrechnung nicht zuerkannt hat, ein Rechtsmittel einzulegen und so die Frage, ob der Anspruch besteht, durch das Rechtsmittelgericht nachprüfen zu lassen, wenn es in der Urteilsformel hierüber keinen Ausspruch enthält, es sich also nicht um ein Vorbehaltsurteil gemäß § 302 ZPO handelt. Die von dem erkennenden Senat abgelehnte Ansicht benachteiligt deshalb den Beklagten in unzumutbarer und systemwidriger Weise. Das kann nicht hingenommen werden. Die in Schrifttum und Rechtsprechung befürwortete Ausnahme von dem Grundsatz, daß sich die innere Rechtskraft eines Urteils nicht auf die Urteilelemente beziehe, ist somit nicht gerechtfertigt.

Das erste Teilurteil stand also entgegen der Ansicht der Revision der von dem Berufungsgericht erlassenen Entscheidung nicht entgegen.

2. § 5 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrages, der eine genehmigungsfreie Wertsicherungsklausel enthält, lautet wörtlich:

"Der Mieter wird als Preis für eine Eintrittskarte des ersten Parketts 1,50 DM bestimmen. Er räumt dem Vermieter hiermit das Recht ein, nach seiner Wahl jeweils monatlich entweder den vertraglichen Mietzins oder 1067 Eintrittskarten des I. Parketts anstelle des Mietzinses zu fordern. Dabei übernimmt der Mieter die Verpflichtung, diese Karten im Auftrage des Vermieters an seiner Kasse kostenlos im Laufe des Monats zu veräußern, und zwar müssen sämtliche Karten des Vermieters zunächst abgegeben sein, bevor der Mieter eigene Eintrittskarten des I. Parketts veräußern darf. Den Erlös hat er jeweils nach drei Tagen mit einer Abrechnung an den Vermieter auszukehren."

Der Beklagte will diese Vereinbarung, wie sein Schreiben vom 20. September 1957 ergibt, dahin verstanden wissen, daß er nach Fertigstellung des Theaters den Preis für das I. Parkett mit 1,50 DM zu beziffern hatte, daß es ihm aber frei stand, welche Platzkategorie des Kinos er als I. Parkett bezeichnete. Demgegenüber vertritt der Kläger den Standpunkt, daß er die Wahl gehabt habe, von Beginn des Mietverhältnisses an anstatt der Festpacht von 1 600 DM den Preis von 1067 Einheitskarten des drittteuersten Platzes zu verlangen. Während das Berufungsgericht in seinem ersten Teilurteil sich der Auffassung des Klägers angeschlossen hatte, ist es in dem zweiten Teilurteil zu dem Ergebnis gelangt, daß die Ansicht des Beklagten den Vorzug verdiene. Dies beanstandet die Revision.

a) Bei der Auslegung des § 5 des Mietvertrages verwertet das Berufungsgericht die Zeugenaussagen des Notars Dr. M. [REDACTED], vor dem der Vertrag beurkundet wurde, und des Rechtsanwalts P. [REDACTED], der den Kläger damals beriet, sowie die eigenen Angaben des Klägers. Ihnen entnimmt das Berufungsgericht, die in § 5 des Vertrages vereinbarte Wahlschuld habe den Kläger vor einem Währungsverfall schützen sollen. Außerdem habe der Kläger an einer allgemeinen Erhöhung der Kinoeintrittspreise teilhaben wollen. Das Berufungsgericht erwägt (BU 10), damit sei noch nichts darüber gesagt, ob schon Währungsschwankungen und darauf beruhende Erhöhungen der Eintrittskartenpreise für das Filmtheater, die bis zur Eröffnung des Kinos eintraten, von der Wahlschuldvereinbarung erfaßt werden sollten. Dabei sei objektiv zu bedenken, daß die Parteien bei Abschluß des Mietvertrages vom 5. November 1956 davon ausgegangen seien, die Eröffnung des Theaters könne bereits am 1. April 1957 erfolgen. Die Parteien hätten demnach eine Bauzeit von etwa 5 Monaten zugrunde gelegt. Es er-

scheine kaum denkbar, daß sie für diesen relativ kurzen Zeitraum einen "Währungsverfall" auch nur erwogen hätten, zumal der Vertrag nach der eigenen Darstellung des Klägers "auf Inflation gemünzt" gewesen sei. Es lasse sich daher nicht feststellen, daß auch Erhöhungen der Kinoplatzpreise bis zur Eröffnung des Kinobetriebes hätten berücksichtigt werden sollen.

b) Mit Recht macht die Revision demgegenüber geltend, die Tatsache, daß die Vereinbarung der Wahlschuld mit Rücksicht auf den für möglich gehaltenen Währungsverfall getroffen wurde, sei belanglos für die Entscheidung der Frage, ob Erhöhungen der Eintrittspreise in der Zeit bis zur Eröffnung des Kinos von der Vereinbarung erfaßt werden sollten. Das gilt um so mehr, als das Berufungsgericht davon ausgeht, der Kläger habe an einer allgemeinen Erhöhung der Kinoeintrittspreise teilnehmen wollen. War dies der Wille des Klägers, so ist nicht einzusehen, weshalb er sich nur darauf bezogen haben sollte, daß lediglich eine Erhöhung der Eintrittspreise nach Eröffnung des Kinos zu einer Anhebung der Miete führen konnte. Es kommt noch hinzu, daß entgegen der Erwartung der Parteien die Bauzeit des Theaters nicht nur fünf Monate, sondern über ein Jahr betrug. Bei der damals bereits sich abzeichnenden wirtschaftlichen Entwicklung, die ein stetiges Ansteigen der Preise und Löhne erkennen ließ, besteht kein Anhalt für die Annahme, daß der Wille des Klägers dahin gegangen sein könnte, vor Eröffnung des Kinos erfolgte Erhöhungen der Eintrittspreise sollten ihm das in § 5 des Vertrages verankerte Wahlrecht nicht einräumen. Hatte also der Kläger seinem Willen Ausdruck gegeben, durch die Aufnahme des § 5 in den Mietvertrag an einer allgemeinen Erhöhung der Eintrittspreise teilzunehmen, und war dieser Wille dem Beklagten auch erkennbar geworden, so läßt sich mit

den vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen nicht die Annahme rechtfertigen, daß nur die nach Eröffnung des Kinotheaters vorgenommenen Erhöhungen der Eintrittskartenpreise dem Kläger die Möglichkeit geben sollten, von seinem Wahlrecht Gebrauch zu machen.

c) Das Berufungsgericht hat sich weiter nicht in der Lage gesehen, die Feststellung zu treffen, daß mit dem in § 5 des Mietvertrages erwähnten I. Parkett die drittteuerste Platzkategorie gemeint gewesen sei. Es würdigt die Aussagen der Zeugen Notar Dr. M. [REDACTED] und P. [REDACTED], die nach Auffassung des Berufungsgerichts den Vortrag des Klägers nicht bestätigt hätten. Demgegenüber könne die Bekundung des Klägers in dem Rechtsstreit des Grundstückserwerbers Krause gegen den Beklagten nicht ausreichen, um den Nachweis zu führen. Zwingende Schlüsse für die Richtigkeit der Darstellung des Klägers seien entgegen der im ersten Teilurteil vertretenen Ansicht auch nicht aus dem Schreiben des Beklagten vom 20. September 1957 zu ziehen. Außerdem, so fährt das Berufungsgericht fort, müsse insoweit bedacht werden, daß eine Festlegung des I. Parketts als der drittteuersten Platzkategorie nur dann hätte sinnvoll sein können, wenn zugleich auch die dazugehörige Reihenzahl festgelegt wurde.

d) Auch gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Recht. Wird entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts davon ausgegangen, daß der Kläger sein Wahlrecht auch wegen solcher Erhöhungen der Kinoeintrittspreise ausüben durfte, die in der Zeit zwischen Vertragschluß und Fertigstellung des Kinos durchgeführt wurden, so kann, wie die Revision zutreffend hervorhebt, nicht außer Betracht bleiben, daß der Beklagte in der in Frage stehenden Zeit in drei der von ihm damals betriebenen

vier Lichtspieltheater den Eintrittskartenpreis angehoben hatte. Die Platzkategorie, die nach der von dem Beklagten selbst eingereichten Aufstellung am 5. November 1956 einen Eintrittspreis von 1,50 DM aufwies, erbrachte im Capitoltheater H [REDACTED] am 20. Dezember 1957 (Tag der Eröffnung des hier in Frage stehenden Kinos) 2 DM und im Sterntheater G [REDACTED] 1,70 DM. Im Kronetheater G [REDACTED] wurde der Preis des I. Parketts, der am 5. November 1956, 1,40 DM betrug, am 1. Januar 1957 auf 1,50 DM und bereits am 11. September 1958 auf 1,80 DM angehoben. Auch in dem vierten Theater (Schauburg in A [REDACTED]) wurde der Preis der Platzkategorie, der am 5. November 1956 1,50 DM betrug, am 31. Januar 1958 auf 1,80 DM angehoben. Aus der Aufstellung, auf die von der Revision ausdrücklich verwiesen wird, ergibt sich außerdem, daß in sämtlichen Theatern des Beklagten, auch den später eröffneten, die dritte Platzkategorie mit I. Parkett bezeichnet wird. Eine Ausnahme bilden nur das Sterntheater in G [REDACTED], das aber im Gegensatz zu allen übrigen Theatern, die nur vier bis fünf Platzkategorien haben, sieben Platzkategorien aufweist, und das hier in Frage stehende Citytheater in H [REDACTED] mit lediglich fünf Platzkategorien. Bei diesem Sachverhalt spricht viel dafür, daß der Beklagte die von ihm sonst nur im Sterntheater in G [REDACTED] verwendete Platzbezeichnung "Mittelparkett" für die dritte Platzkategorie in dem hier in Frage stehenden Kino anstatt der sonst bei ihm üblichen Benennung I. Parkett allein deshalb benutzt hat, um dem Kläger die Wahlmöglichkeit zu nehmen. Ein solches Verhalten des Beklagten könnte aber, was das Berufungsgericht unerörtert gelassen hat, mit dem das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben in Widerspruch stehen und zur Folge haben, daß es dem Beklagten versagt ist, durch willkürliche Benennung der dritteuersten Platzkategorie in dem hier in Frage stehenden Kinotheater dem Kläger ein Recht zu nehmen, das ihm nach dem Sinn des Vertrages gerade gewährt werden sollte.

Derselbe Grundsatz würde es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts dem Beklagten verbieten, das I. Par-kett beliebig im Zuschauerraum zu verschieben. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Rüge der Revision, für Kino-theater bestehe eine Verkehrssitte hinsichtlich der Reihen-folge der Platzpreise, innerhalb deren nur geringe Ver-schiebungen möglich seien.

e) Ob der Kläger für die ganze hier in Frage stehende Zeit von dem Beklagten den Verkauf von Eintrittskarten zu 1,80 DM je Stück für Rechnung des Klägers verlangt hatte, läßt das Berufungsgericht ebenso dahinstehen, wie die Frage, ob der Kläger die streitigen Zahlungsansprüche, die das Be-rufungsgericht rechtlich zutreffend als Schadensersatzfor-derungen aus positiver Vertragsverletzung einordnet, schlüs-sig dargetan habe, weil es von seinem Standpunkt aus auf diese Frage nicht ankommt.

Würden die in dem Berufungsurteil in dieser Hinsicht anklingenden Bedenken durchgreifen, so könnte das Urteil aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt aufrechter-halten werden, soweit es die noch streiten Ansprüche ab-weist, mit denen die Zahlung erhöhter Mietbeträge, sei es auch unter der rechtlichen Einordnung als Schadensersatz-forderungen aus positiver Vertragsverletzung, verlangt wird. Eine Aufrechterhaltung des Urteils mit anderer Be-gründung ist jedoch nicht möglich.

Wie die Revision mit Recht geltend macht, müssen die Schreiben des von dem Kläger beauftragten Rechtsanwalts Paschotta vom 24. und 27. Dezember 1957 daraufhin gewürdigt werden, ob in ihnen das Wahlrecht gemäß § 5 des Mietver-trages ausgeübt wurde. Der Wortlaut und Inhalt der Schreiben spricht für diese Annahme.

Daß monatlich wenigstens 1067 Eintrittskarten der dritten Platzkategorie in dem Kino verkauft wurden, hat der Beklagte bisher nicht in Zweifel gezogen, wie die Revision mit Recht hervorhebt.

Das Berufungsurteil muß deshalb aufgehoben werden, soweit es die im ersten Teilurteil nicht aberkannten zusätzlichen Mietzinsansprüche abgewiesen hat.

3. Dem noch streitigen Darlehensanspruch des Klägers hat das Berufungsgericht in dem zweiten Teilurteil unter Vorbehalt des Restes lediglich in Höhe von 11 000 DM nebst Zinsen entsprochen, jedoch hat es den Beklagten nur zur Leistung Zug um Zug gegen Zahlung von ebenfalls 11 000 DM nebst Zinsen verurteilt. In Übereinstimmung mit seinem ersten Teilurteil lehnt das Berufungsgericht ein Recht des Beklagten zur Aufrechnung gegenüber dem Darlehensrestanspruch ab, billigt ihm aber ein Zurückbehaltungsrecht zu, weil der Kläger jedenfalls die Kosten für die von ihm geplante Gasheizanlage zur Beheizung des Kinos dadurch erspart habe, daß der Beklagte das Kino auf seine eigenen Kosten mit einer Ölheizung versehen habe. Den ersparten Betrag bemißt das Berufungsgericht, dem von ihm eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. U. [REDACTED] folgend, auf 11 000 DM. In Höhe dieses Betrages nebst Prozeßzinsen stehe dem Beklagten, so führt das Berufungsgericht aus, ein Bereicherungsanspruch zu, der ihm gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gewähre.

a) Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß nach dem Zweck des Vertrages ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeschlossen sei. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung in dem ersten Teilurteil damit begründet, die hier umstrittene Darlehensrate habe erst bei "Eröffnung des Theaters" fällig sein

sollen, woraus sich ergebe, daß der Kläger mit der Herstellung des Theaters in mangelfreiem Zustande vorleistungspflichtig gewesen sei. Diese Verpflichtung habe der Kläger nicht erfüllt. Bis zur Erbringung der vom Kläger geschuldeten Leistungen habe der Beklagte daher seine Gegenleistungen (teilweise) zurückhalten können.

Dieser Gedankengang des Berufungsgerichts läßt entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsirrtum erkennen. Eine Eröffnung des Theaters im Winter - das Theater wurde am 20. Dezember 1957 eröffnet - setzte voraus, daß in dem Theater eine funktionierende Heizung eingerichtet war. Eine solche hatte der Kläger entgegen seiner Verpflichtung nicht herstellen lassen. Der Beklagte hat also dadurch, daß er seinerseits eine Heizung anlegen ließ, Arbeiten ausführen lassen, die dem Kläger oblagen, und hat deshalb gegen den Kläger einen Anspruch auf Ausgleich der hierdurch eingetretenen Bereicherung erworben. Da der Kläger vorleistungspflichtig war, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dargelegt hat, ist es angesichts des vom Berufungsgericht betonten engen wirtschaftlichen Zusammenhanges zwischen beiden Forderungen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zuerkannt und ihn nur Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung durch den Kläger verurteilt hat.

b. Weiter wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den vom Kläger ersparten Betrag entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen Umbach auf 11 000 DM beziffert und angenommen hat, der Sachverständige habe bei der Angabe des für die Einrichtung der Gasheizung erforderlichen Betrages auf den Zeitpunkt des Einbaus der Ölheizungsanlage abgestellt. Sie meint, das Berufungsgericht habe aus dem Gutachten zu Unrecht Schlüsse hinsichtlich des

Zeitpunktes gezogen, zu dem für die Gasheizungsanlage 11 000 DM aufzuwenden gewesen wären. In Wirklichkeit hätte der Kostenaufwand Ende 1957 höchstens 8 000 DM betragen, so daß dem Beklagten wegen eines höheren Betrages kein Zurückbehaltungsrecht zustehe.

Auch diese Rüge ist unbegründet. In dem Beweisbeschuß vom 10. März 1961, in dem die Einholung des Sachverständigen-gutachtens angeordnet worden war, hatte das Berufungsgericht dem Sachverständigen die Beantwortung folgender Frage aufgegeben:

"Wie hoch hätten sich die Kosten für den Einbau einer (zu ergänzen: der vom Beklagten eingerichteten Ölheizungsanlage) entsprechenden Gasheizungsanlage belaufen ...?"

Damit war deutlich zum Ausdruck gebracht, daß das Gutachten auf den Zeitpunkt abgestellt werden sollte, in dem die Ölheizungsanlage eingerichtet worden war. Daß der Sachverständige die Frage anders verstanden haben könnte, ist nicht ersichtlich. Es läßt sich deshalb aus Rechtsgründen nicht beanstanden, daß das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, der Sachverständige habe auf den - richtigen - Zeitpunkt des Einbaus der Ölheizungsanlage abgestellt. Da der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, das Gutachten des Sachverständigen nicht angegriffen und auch dessen Vernehmung nicht beantragt hatte, obwohl von dem Sachverständigen im Gutachten ausdrücklich der vom Kläger nunmehr als zu hoch beanstandete Betrag von 11 000 DM genannt worden war, ist der Vorwurf der Revision nicht gerechtfertigt, das Berufungsgericht hätte eine Präzisierung des Gutachtens dahin fordern müssen, auf welchen Zeitpunkt die Schätzung von 11 000 DM abgestellt war. Wenn der Betrag von 11 000 DM

dem Kläger zu hoch erschien, war es seine Sache, gleich nach Erstattung des Gutachtens im Berufungsrechtszuge auf die für nötig erachtete Klarstellung hinzuwirken. Im Revisionsrechtszuge kann er mit dem Vorbringen, das er dem Berufungsgericht hätte unterbreiten müssen, nicht mehr gehört werden.

Soweit die Revision eine Herabsetzung der von dem Kläger zu erbringenden Zug um Zug Leistung begehrt, ist sie daher unbegründet.

4. Soweit das angefochtene Urteil die Ansprüche auf Zahlung von 906,65 und 9 248 DM abweist, muß die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden. In der Sache selbst kann der erkennende Senat nicht entscheiden, weil eine neue tatsächliche Würdigung erforderlich ist, die das Berufungsgericht unter Beachtung der von dem erkennenden Senat aufgezeigten Gesichtspunkte durchzuführen hat. Sollte das Berufungsgericht nunmehr, wie in seinem ersten Teilurteil, zu dem Ergebnis gelangen, daß dem Kläger gegen den Beklagten Ansprüche auf Zahlung von 906,65 DM und 9 248 DM zustehen, so wird es weiter zu prüfen haben, ob dem Beklagten Gegenansprüche zustehen, mit denen er aufgerechnet hat. Grund und Höhe dieser Gegenansprüche stehen noch nicht fest. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten in seinem Beschluß vom 4. Dezember 1964 ausdrücklich aufgegeben, die Gegenansprüche, die er nunmehr noch geltend machen will, unter Beweisantritt darzulegen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß diese Ansprüche ausreichen, um die erwähnten Forderungen des Klägers zu tilgen. Es bedarf also gegebenenfalls auch insoweit noch weiterer tatsächlicher Aufklärung, die von dem Berufungsgericht vorgenommen werden muß.

In Höhe von 3 000 DM ist der Kläger im zweiten Revisionsrechtszuge endgültig unterlegen. Ihm sind daher 1/5 der Kosten des zweiten Revisionsverfahrens aufzuerlegen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten dieses Revisionsverfahrens hängt von der Endentscheidung in der Sache selbst ab. Sie ist daher dem Berufungsgericht übertragen worden.

Der erkennende Senat hat von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht und die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier