

Verkündet am
am 29. Januar 1957
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

des Bäckermeisters Arno G. [REDACTED] in S. [REDACTED]
[REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Frhr. von [REDACTED] -

g e g e n

die G. [REDACTED] W. [REDACTED]-Genossenschaft
S. [REDACTED] e.G.m.b.H. in L. in S. [REDACTED], F. [REDACTED]
straße [REDACTED], vertreten durch die Liquidatoren
Oberregierungsrat T. [REDACTED], Direktor B. [REDACTED]
und Direktor B. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1957
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann
und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler,
Liesecke und Dr. Mezger

für Recht erkannt :

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 28. Februar
1956 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, der durch den Bezirksbürgermeister B. mit dem damaligen Vorstandsmitglied J. der Klägerin bekannt geworden war, wurde durch Beitrittserklärung vom 27. März 1950 Mitglied der Klägerin. Er füllte gleichzeitig einen von ihm nicht unterschriebenen Fragebogen aus, in dem er bat, ihn für eine Wohnung von 5 Zimmern nebst Bäckerei in einem der nächsten Bauvorhaben vorzumerken, und angab, daß er einen Bausparvertrag über 24.000,- DM bei der Öffentlichen Bausparkasse in S. abgeschlossen habe, auf den 3.700,- DM eingezahlt seien. Unter dem 10. Juli 1950 bestätigte die Klägerin dem Beklagten, daß er in dem Neubau S., B.-straße eine Wohnung mit Bäckerei erhalten werde. Beide Parteien waren sich darüber einig, daß der Beklagte die Räume zu Eigentum erwerben sollte. Am 27. September 1950 übersandte die Klägerin dem Beklagten eine von ihr entworfene Vollmacht "für die Öffentliche Bausparkasse" mit der Bitte um sofortige Unterzeichnung und Rücksendung, der der Beklagte entsprach. Am 10. Oktober 1950 gab die Klägerin dem Beklagten Nachricht, daß sie ihm die Wohnungen Nr 101 und 102 von je 4 Zimmern nebst Anbau für die Bäckerei im Hause B.-straße zugeteilt habe. Am Schluß dieses Schreibens heißt es wörtlich:

"Für o.a. Wohnung ist - unter Berücksichtigung der heutigen Baupreise - als Eigenkapital erforderlich DM 12.000,-
Hierauf wurde bisher eingereicht DM 24.000,-
Bausparvertrag Öffentliche Bausparkasse.
Daher sind noch umgehend zu zahlen - wird noch festgestellt, sobald Erklärung der Bausparkasse vorliegt. "

Am 1. Februar 1951 eröffnete der Beklagte Laden und Kaffee.

Am 15. Februar 1951 schrieb die Klägerin an den Beklagten, daß die Öffentliche Bausparkasse Schwierigkeiten mache und

- 3 -

forderte ihn auf, sich selbst mit dieser in Verbindung zu setzen. In dem Brief heißt es weiter:

"In diesem Zusammenhang möchten wir nicht unerwähnt lassen, daß Sie bis heute für Ihre Wohnung als auch für Ihren Laden und Kaffee nicht mehr als DM 300,- an Eigenkapital einbezahlt haben, wobei noch zu berücksichtigen ist, daß während der Bauzeit und auch jetzt noch auf Ihren Wunsch hin sehr viele bauliche Änderungen durchgeführt werden mußten, die, wie Sie ja selbst wissen, nicht unerhebliche Unkosten verursacht haben. Wir glauben daher annehmen zu können, daß Ihnen zwecks Regelung Ihres noch zu erbringenden Eigenkapitals sehr daran gelegen ist, daß die Angelegenheit mit der Öffentlichen Bau-sparkasse W[REDACTED] in Ordnung gebracht wird. "

Abschrift dieses Schreibens erhielt der Bezirksbürgermeister B[REDACTED], der der Klägerin darauf unter dem 20. Februar 1951 mitteilte, er habe den Beklagten und dessen Ehefrau auf die "Unzulänglichkeit ihres Handelns" der Klägerin gegenüber aufmerksam gemacht und sie ersucht, der Klägerin einen größeren Betrag zur Verfügung zu stellen, als bisher geschehen sei. Mit Schreiben vom 6. März 1951 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß die monatliche Nutzungsgebühr einschließlich der Kapitel-Ansammlung (Tilgung) 387,35 DM betrage, und bat ihn um Stellungnahme bezüglich seines "noch zu erbringenden Eigenkapitals". Sie fügte eine Aufstellung bei, in welcher der Betrag von 387,35 DM aufgeschlüsselt wurde, und eine Berechnung des erforderlichen Eigenkapitals, das für die Bäckerei mit Nebenräumen auf 12.000,- DM, für das Kaffee auf 3.000,- DM und für die 4-Zimmerwohnung auf 4.500,- DM, insgesamt also auf 19.500 DM angegeben wurde. Am 24. April 1951 trat der Beklagte den Bausparvertrag, der damals ein Guthaben von 3.816,79 DM aufwies, an die Klägerin ab. Unter dem 12. Juli 1951 wies die Klägerin den Beklagten darauf hin, daß sich auf seinem Konto nur das Geschäftsguthaben von 300,- DM und das übertragene Bausparguthaben von 3.816,79 DM befänden, obwohl sie ihm bereits am 10. Oktober 1950 mitgeteilt habe, daß als Eigenkapital oder Kaufanwart-



schaftsgeld für die Bäckerei und die 4-Zimmerwohnung ein Betrag von 12.000,-- DM erforderlich sei. In dem Antwortschreiben des Klägers vom 23. Juli 1951 heißt es wörtlich:

"Wenn Sie das Bausparguthaben 3.815,79 DM rechnen, dazu die 240,-- DM Abschlußgebühr, denn dadurch ist ja der Vertrag erst wirksam. 24.000,-- DM beträgt die B.Sparsumme, davon ab Ihre zugeschosene Summe von ca. 6.000 DM, sodaß immerhin ein Kapital von ca 18000 DM bleibt. Wo das verwendet wird, sollte doch eigentlich keine Rolle spielen, die Hauptsache ist doch, daß es überhaupt da ist. Ich bin der Auffassung mit etwas gutem Willen kann man die 18000 DM als Eigenkapital rechnen, dazu die überreichlich hohe Nutzungsgebühr von 384,-- DM, so sollte man doch auch meine Leistung anerkennen."

Laut Mitteilung vom 16. Februar 1952 wurde dem Beklagten an weiterer Kapitalansammlung der Betrag von 1.081,-- DM gutgeschrieben. Am 30. April 1952 wurde von der Klägerin als Kapitalansammlung des Beklagten ein Betrag von 4.970,89 DM ermittelt.

Am 15. Dezember 1952 übersandte die Klägerin dem Beklagten Baukostenabrechnungen für die Wohnung und die Bäckerei mit Ladengeschäft sowie die Wirtschaftsabrechnung für 1951 nebst Entwürfen für zwei Kaufanwartschaftsverträge. In den Baukostenabrechnungen waren für die gewerblichen Räume die Gesamtbaukosten auf 51.847,63 DM, das erforderliche Eigenkapital auf 33.701,51 DM und für die Wohnung die Gesamtbaukosten auf 18.211,18 DM, das erforderliche Eigenkapital auf 6.565,71 DM angegeben. Der Beklagte widersprach dieser Berechnung mit Schreiben vom 23. Januar 1953, in dem er ausführte: Im Beisein des Vorstandsmitglieds J. [REDACTED] habe der Architekt ausgerechnet, daß die Wohnung mit dem Geschäft den Beklagten höchstens auf 28.000 bis 30.000,-- DM zu stehen kommen würde. Es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn man entgegen der ursprünglichen Forderung von ihm eine Nachzahlung von 33.000,-- DM verlange. Die Berechnung sei unrichtig.

Die Klägerin müsse auch berücksichtigen, daß er, der Beklagte, von der Klägerin für ihre Zwecke häufig in Anspruch genommen und ihr von großem Nutzen gewesen sei. Er lehne daher die für ihn unerfüllbare Forderung ab. Darauf schrieb die Klägerin am 6. Februar 1953 an den Beklagten:

"Unter Bezugnahme auf die Verhandlungen in den letzten Wochen müssen wir zu unserem Bedauern feststellen, daß Sie das für Bäckerei, Laden, Café und Nebenräume in unserem Haus B...str. erforderliche Eigenkapital nicht aufbringen. Wie haben uns auch in Ihrem Interesse bemüht, eine für Sie tragbare Lösung zu finden. Ihre Einstellung hat jedoch das Zustandekommen der beabsichtigten Regelung verhindert. Die Genossenschaft ist nicht in der Lage, sich damit abzufinden, daß Sie das Eigenkapital nicht aufbringen, was Ihnen wiederholt erklärt worden ist. Wir sehen uns daher gezwungen, den vertraglosen Zustand wegen Bäckerei, Laden und Café mit Ihnen zu beenden, und ersuchen Sie hierdurch, diese Räume einschließlich der dazugehörigen Gesellenstube und sonstigen Nebenräumen sofort zu räumen und uns zurückzugeben. Dieses Schreiben soll vorsorglich auch als Kündigung gelten. "

Sie verkaufte die gewerblichen Räume am 7. Februar 1953 für 33.500,- DM an den Bäckermeister Sch... Der Beklagte erwiderte auf das Kündigungsschreiben mit Brief vom 16. Februar 1953, daß er die ungerechtfertigte Kündigung nicht annehmen könne, und verlangte eine "detaillierte" Baukostenabrechnung.

Im September 1953 wurde das Vergleichsverfahren über das Vermögen der Klägerin eröffnet. Durch gerichtlichen Vergleich vom 9. Oktober 1953 wurde bestimmt, daß die Ansprüche gegen die Klägerin in Höhe von 75 % zu befriedigen sind. Am 30. September 1953 wurde die Auflösung der Klägerin beschlossen, die sich seitdem in Liquidation befindet.

Mit der Klage hat die Klägerin von dem Beklagten Räumung der gewerblichen Räume und Herausgabe an die Klägerin verlangt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Herausgabe der von ihm innegehaltenen gewerblichen Räume Zug um Zug gegen Zahlung von 5.402,10 DM verurteilt.

Auf die Berufungen beider Parteien hat das Oberlandesgericht dieses Urteil abgeändert und den Beklagten Zug um Zug gegen Zahlung von 2.733,20 DM zur Herausgabe der Räume am 1. Februar 1957 verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge auf Zurückweisung der Berufung der Klägerin und Abweisung der Klage weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision erstrebt.

Entscheidungsgründe:

1.) Gegen die Zulässigkeit der Revision bestehen keine Bedenken. Im Gegensatz zu der Streitwertfestsetzung des Senats, die nur der Kostenberechnung dient, ist hinsichtlich der Zulässigkeit der Revision für die Bewertung des Anspruchs auf Herausgabe der gewerblichen Räume nach § 8 ZPO der fünfundzwanzigfache Betrag des vom Berufungsgericht mit 3.000,- DM angenommenen einjährigen Zinses maßgebend, da der Beklagte ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht für sich in Anspruch nimmt. Als Wert des Beschwerdegegenstandes ergibt sich mithin ein Betrag, der die Revisionssumme übersteigt.

2.) Das Berufungsgericht hat angenommen, daß zwischen den Parteien, wenn auch kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen worden sei, durch schlüssiges Verhalten vertragliche Beziehungen zustande gekommen seien, auf Grund deren die Klägerin verpflichtet gewesen sei, dem Beklagten die ihm zugewiesenen Räume zu überlassen, während der Beklagte die von der Klägerin hierfür festgesetzte Nutzungsgebühr zu bezahlen gehabt habe. Diese Bestimmungen erfüllten, so meint das Berufungsgericht, die wesentlichen Merkmale eines Mietvertrages. Damit sei jedoch die Rechtsnatur der Beziehungen der Parteien zu einander noch nicht erschöpfend festgestellt. Sie erhielten vielmehr durch die Mitgliedschaft des Beklagten bei der Klägerin und den zwischen den Parteien abgeschlossenen Darlehnsvertrag, durch den der Beklagte verpflichtet gewesen sei, der Klägerin das erforderliche "Eigenkapital" für die von ihm innegehaltenen Räume darlehnsweise zur Verfügung zu stellen, ihren besonderen Charakter. Allerdings liege, wenn der Beklagte das erforderliche Eigenkapital nicht aufbringen könne, kein unkündbares schuldrechtliches Dauermietverhältnis sondern nach dem erkennbaren Willen der Parteien nur ein kündbares Mietverhältnis vor, wobei aber, obwohl es sich um nicht dem Mieterschutz unterstehende Räume handle, die Klägerin nicht die gesetzliche Kündigungsfrist für sich in Anspruch nehmen dürfe sondern nach Treu und Glauben dem Beklagten zum Auszug einen angemessenen Zeitraum zur Verfügung zu stellen habe.

Diese rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts, die von der Revision nicht bekämpft werden, lassen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten erkennen.

3.) Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, daß er der Klägerin das nötige Eigenkapital zur Verfügung gestellt habe und diese daher zur Kündigung nicht berechtigt

gewesen sei. Hierzu hat er behauptet, das Vorstandsmitglied Jacobi der Klägerin habe ihm zugesichert, die Klägerin werde den Bausparvertrag durch Auffüllung mit rund 6.000,- DM zuteilungsreif machen und nach Auszahlung des Darlehens von 24.000,- DM durch die Bausparkasse dem Beklagten den sich nach Abzug der vorgeschossenen 6.000,- DM ergebenden Restbetrag von 18.000,- DM als beigebrachtes Eigenkapital anrechnen. Das Berufungsgericht hat die Beweisaufnahme dahin gewürdigt, daß eine derartige Zusicherung Jacobis nicht erwiesen sei.

4.) Die Revision wendet sich gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts und erhebt in diesem Zusammenhang eine Reihe von Verfahrensrügen, die jedoch im wesentlichen nur unzulässige Angriffe gegen ordnungsgemäß getroffene tatsächliche Feststellungen enthalten und der Revision nicht zum Erfolg verhelfen können.

a) Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht erwogen hat, die vom Beklagten behauptete Zusicherung des damaligen Vorstandsmitgliedes Jacobi der Klägerin würde ein außergewöhnlich großes für die Klägerin wirtschaftlich kaum tragbares Entgegenkommen bedeutet haben. Falls die Klägerin, wie der Beklagte behauptet hat und worauf die Revision hinweist, anderen Bewohnern desselben Baublocks gestattet haben sollte, die Räume zu beziehen, ohne daß sie das notwendige Eigenkapital aufgebracht hatten, so würden sich diese Fälle mit dem des Beklagten schon deshalb nicht vergleichen lassen, weil es sich dort nach dem eigenen Vortrag des Beklagten in seiner Berufungsbegründung um Inhaber von Wohnungen gehandelt hat, für die nur ein verhältnismäßig geringes Eigenkapital erforderlich

war, während der Beklagte außer einer Wohnung auch gewerbliche Räume zugeteilt erhalten hatte, für die öffentliche Mittel nicht zur Verfügung gestellt wurden und die daher ein hohes Eigenkapital erforderten. Die von dem Beklagten behauptete Zusicherung hätte daher in der Tat ein außergewöhnliches und, wie das Berufungsgericht an anderer Stelle des Berufungsurteils zutreffend bemerkt hat, dem genossenschaftlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Mitglieder widersprechendes Entgegenkommen bedeutet. Dieser Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist somit durch Rechtsirrtum nicht beeinflusst.

b) Daß der Beklagte vorgetragen hatte, er würde selbstverständlich die Verpflichtungen aus dem Bausparvertrag, nämlich die Tilgung des Darlehens und die Zahlung der Zinsen übernommen haben, ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils ausdrücklich mitgeteilt. Es besteht daher kein Anhalt für die Annahme, daß das Berufungsgericht dieses Vorbringen bei seiner Würdigung übersehen hat. Die Revision läßt zudem bei ihrer Rüge außer acht, daß die Klägerin ein vor der Bausparkasse gegebenes Darlehen unter allen Umständen hätte dinglich sichern müssen und ihr dadurch die Möglichkeit genommen worden wäre, in dieser Höhe auf das betreffende Grundstück von anderer Seite Geld aufzunehmen.

c) Auch das Schreiben der Klägerin vom 12. Juli 1951 ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils inhaltlich ausführlich wiedergegeben, und dort ist weiter mitgeteilt, daß das Schreiben des Beklagten vom 23. Juli 1951 die Antwort auf das Schreiben der Klägerin vom 12. Juli 1951 darstelle. Entgegen der Ansicht der Revision spricht daher nichts dafür, daß das Berufungsgericht bei seiner

Würdigung den Zusammenhang zwischen diesen beiden Schreiben übersehen hat. Da in dem Schreiben der Klägerin vom 12. Juli 1951 ebenso wie in ihrem, gleichfalls im Tatbestand des Berufungsurteils erwähnten Schreiben vom 15. Februar 1951 auf die Hindernisse hingewiesen war, die sich der Verwertung des Bausparvertrags des Beklagten entgegenstellten, kann der Revision auch nicht gefolgt werden, wenn sie dem Berufungsgericht vorwirft, es habe verkannt, daß der Beklagte in seinem Antwortschreiben vom 23. Juli 1951 der Klägerin lediglich habe nahelegen wollen, die Bewertung der 18.000,- DM als Eigenkapital des Beklagten nicht an den entstandenen Schwierigkeiten scheitern zu lassen. Wortlaut und Inhalt des Schreibens zwingen nicht zu dieser Würdigung. Vielmehr läßt sich der von dem Berufungsgericht aus dem Schreiben des Beklagten vom 23. Juli 1951 gezogene und von der Revision bekämpfte Schluß, der Beklagte hätte es nicht nötig gehabt, "an den guten Willen der Klägerin zu appellieren", wenn J. [REDACTED] ihm die behaupteten Zusicherungen gemacht hätte, aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

d) In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ist der inzwischen verstorbene Bezirksvorsteher B. [REDACTED] als "Zeuge" bezeichnet. Auf die Niederschrift über seine Vernehmung ist im Tatbestand des Berufungsurteils Bezug genommen worden. Das Berufungsgericht hat also nicht übersehen, daß B. [REDACTED] als Zeuge vernommen worden war. Zu einer ausdrücklichen Auseinandersetzung mit seiner Aussage in den Entscheidungsgründen des Urteils ist das Berufungsgericht nicht verpflichtet. Es genügt vielmehr, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (BGHZ 3, 162 [175]). Das Berufungsgericht war daher rechtlich nicht gehindert, das Schreiben des B. [REDACTED] an die Klägerin vom 20. Februar 1951 zu Ungunsten des Beklagten zu

verwerten, obgleich B. als Zeuge bekundet hatte, daß er die sein Schreiben auslösende Mitteilung der Klägerin auf ihre Richtigkeit nicht geprüft habe, und es brauchte bei seiner Würdigung des Schreibens nicht auf alle Einzelheiten der Aussage des als Zeugen vernommenen B. einzugehen.

e) Es stand dem Berufungsgericht frei, der uneidlichen Aussage des als Zeugen vernommenen früheren Vorstandsmitgliedes J. der Klägerin Glauben zu schenken, obwohl der Beklagte diesen Zeugen als unglaubwürdig bezeichnet hatte. Mit jedem einzelnen Vorwurf des Beklagten gegen den Zeugen brauchte sich das Berufungsgericht dabei entgegen der Ansicht der Revision nicht auseinanderzusetzen. Im übrigen hat das Berufungsgericht ausdrücklich in Betracht gezogen, daß J. am Ausgang des Rechtsstreits erheblich interessiert ist. Durch diese Tatsache war das Berufungsgericht aber nicht daran gehindert, seine Bekundungen zu Gunsten der Klägerin zu verwerten. Außerdem hat das Berufungsgericht die Aussage des J. lediglich neben den anderen bereits erörterten Umständen angeführt, die gegen die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten über die ihm angeblich erteilte Zusicherung sprechen und denen es ersichtlich das entscheidende Gewicht beigelegt hat. Dabei darf nicht außer Betracht bleiben, daß der Beklagte für seinen Vortrag hinsichtlich der behaupteten Zusicherungen beweispflichtig ist. Selbst wenn feststünde, daß J. unglaubwürdig ist, würde sich aber hieraus noch nicht ergeben, daß der Vortrag des Beklagten richtig ist.

f) Den für die hier zu entscheidende Frage wesentlichen Inhalt der Aussage des als Zeugen vernommenen Metzgermeisters I. hat das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils, bevor es auf die Bekundungen des Zeugen J. eingeht, ausdrücklich mitgeteilt.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsurteil eine nähere Würdigung der Aussage des L. [REDACTED] vermissen läßt. Aus dem Zusammenhang des Urteils ergibt sich jedoch, daß das Berufungsgericht die von L. [REDACTED] bekundeten Tatsachen nicht als ausreichend angesehen hat, um aus ihnen zu entnehmen, daß J. [REDACTED] die vom Kläger behauptete Zusicherung abgegeben habe. Entgegen der Ansicht der Revision hat nämlich L. [REDACTED] den Vortrag des Beklagten keineswegs "uneingeschränkt bestätigt". Die von dem Zeugen L. [REDACTED] bekundete Äußerung J. [REDACTED], seitens der Klägerin werde der Bausparvertrag des Beklagten aufgefüllt werden, damit er zugeteilt werden könne und die Klägerin in den Besitz von Bargeld gelange, zwingt nämlich nicht zu dem von der Revision gezogenen Schluß, daß J. [REDACTED] dem Beklagten zugesichert habe, er brauche außer der Hingabe des Bausparvertrages kein weiteres Eigenkapital zu erbringen. Unter diesen Umständen liegt kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht auf die Aussage L. [REDACTED] nicht weiter eingegangen ist, insbesondere kann die von der Revision erhobene Rüge der Verletzung des § 551 Nr 7 ZPO keinen Erfolg haben.

g) Die Beeidigung des Zeugen L. [REDACTED], deren Unterlassung die Revision rügt, lag im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts (vgl § 391 ZPO). Eine fehlerhafte Anwendung dieses Ermessens ist nach Lage der Sache nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat erkennbar die Aussage für wenig bedeutungsvoll gehalten und die Beeidigung des Zeugen daher nicht als erforderlich angesehen.

h) Die von der Revision weiter angeführten Stellen aus den Aussagen der Zeugen B. [REDACTED], Maria G. [REDACTED] (Ehefrau des Beklagten), Diplomkaufmann Dr. H. [REDACTED], B. [REDACTED] und J. [REDACTED]

verwerten, obgleich B. als Zeuge bekundet hatte, daß er die sein Schreiben auslösende Mitteilung der Klägerin auf ihre Richtigkeit nicht geprüft habe, und es brauchte bei seiner Würdigung des Schreibens nicht auf alle Einzelheiten der Aussage des als Zeugen vernommenen B. einzugehen.

e) Es stand dem Berufungsgericht frei, der uneidlichen Aussage des als Zeugen vernommenen früheren Vorstandsmitgliedes J. der Klägerin Glauben zu schenken, obwohl der Beklagte diesen Zeugen als unglaubwürdig bezeichnet hatte. Mit jedem einzelnen Vorwurf des Beklagten gegen den Zeugen brauchte sich das Berufungsgericht dabei entgegen der Ansicht der Revision nicht auseinanderzusetzen. Im übrigen hat das Berufungsgericht ausdrücklich in Betracht gezogen, daß J. am Ausgang des Rechtsstreits erheblich interessiert ist. Durch diese Tatsache war das Berufungsgericht aber nicht daran gehindert, seine Bekundungen zu Gunsten der Klägerin zu verwerten. Außerdem hat das Berufungsgericht die Aussage des J. lediglich neben den anderen bereits erörterten Umständen angeführt, die gegen die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten über die ihm angeblich erteilte Zusicherung sprechen und denen es ersichtlich das entscheidende Gewicht beigelegt hat. Dabei darf nicht außer Betracht bleiben, daß der Beklagte für seinen Vortrag hinsichtlich der behaupteten Zusicherungen beweispflichtig ist. Selbst wenn feststünde, daß J. unglaubwürdig ist, würde sich aber hieraus noch nicht ergeben, daß der Vortrag des Beklagten richtig ist.

f) Den für die hier zu entscheidende Frage wesentlichen Inhalt der Aussage des als Zeugen vernommenen Metzgermeisters L. hat das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils, bevor es auf die Bekundungen des Zeugen J. eingeht, ausdrücklich mitgeteilt.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsurteil eine nähere Würdigung der Aussage des L. [REDACTED] vermissen läßt. Aus dem Zusammenhang des Urteils ergibt sich jedoch, daß das Berufungsgericht die von L. [REDACTED] bekundeten Tatsachen nicht als ausreichend angesehen hat, um aus ihnen zu entnehmen, daß J. [REDACTED] die vom Kläger behauptete Zusicherung abgegeben habe. Entgegen der Ansicht der Revision hat nämlich L. [REDACTED] den Vortrag des Beklagten keineswegs "uneingeschränkt bestätigt". Die von dem Zeugen I. [REDACTED] bekundete Äußerung J. [REDACTED], seitens der Klägerin werde der Bausparvertrag des Beklagten aufgefüllt werden, damit er zugeteilt werden könne und die Klägerin in den Besitz von Bargeld gelange, zwingt nämlich nicht zu dem von der Revision gezogenen Schluß, daß J. [REDACTED] dem Beklagten zugesichert habe, er brauche außer der Hingabe des Bausparvertrages kein weiteres Eigenkapital zu erbringen. Unter diesen Umständen liegt kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht auf die Aussage L. [REDACTED] nicht weiter eingegangen ist, insbesondere kann die von der Revision erhobene Rüge der Verletzung des § 551 Nr 7 ZPO keinen Erfolg haben.

g) Die Beeidigung des Zeugen I. [REDACTED], deren Unterlassung die Revision rügt, lag im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts (vgl § 391 ZPO). Eine fehlerhafte Anwendung dieses Ermessens ist nach Lage der Sache nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat erkennbar die Aussage für wenig bedeutungsvoll gehalten und die Beeidigung des Zeugen daher nicht als erforderlich angesehen.

h) Die von der Revision weiter angeführten Stellen aus den Aussagen der Zeugen B. [REDACTED], Maria G. [REDACTED] (Ehefrau des Beklagten), Diplomkaufmann Dr. H. [REDACTED], B. [REDACTED] und J. [REDACTED]

sind ihrem Inhalt nach nicht geeignet, den Beweis für die hier in Frage stehende Behauptung des Beklagten zu erbringen. so daß das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision nicht verpflichtet war, auf die von ihr erwähnten Bekundungen der Zeugen im einzelnen einzugehen.

i) Unbegründet ist auch die in diesem Zusammenhang erhobene weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sonstigen hierfür wesentlichen Prozeßstoff bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen.

Ob der Beklagte sich für die Klägerin eingesetzt und der Klägerin durch seine Bemühungen Nutzen gebracht hatte, war für die Entscheidung der allein maßgebenden Frage, ob J. dem Beklagten die von ihm behaupteten Zusicherungen gemacht hatte, ohne Bedeutung. Eine Behauptung dahin, daß ihm die streitige Zusicherung als Gegenleistung für seine angeblichen Bemühungen gemacht worden sei, hat der Beklagte im übrigen in den Tatsacheninstanzen nicht aufgestellt. Der Vortrag der Revision setzt sich insoweit in Widerspruch zu dem eigenen Vorbringen des Beklagten in den früheren Rechtszügen.

Das Schreiben des Beklagten vom 23. Januar 1953 ist im Tatbestand des Berufungsurteils ausführlich wiedergegeben. Es enthält nicht die Behauptung, daß J. dem Beklagten die streitige Zusicherung gemacht habe.

Die Tatsache, daß die Klägerin dem Beklagten die Räume überlassen hat, bevor eine klare vertragliche Regelung erfolgt war, und erst später auf Zurverfügungstellung des Eigenkapitals gedrängt hat, zwingt entgegen der Ansicht der Revision nicht zu dem Schluß, die Parteien seien

anfangs beide davon ausgegangen, daß der Beklagte außer seinem Bausparguthaben keine weiteren Kapitalleistungen zu erbringen gehabt habe.

k) Ist mithin das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis gelangt, daß die von dem Beklagten behauptete Zusicherung seitens des Zeugen J. [REDACTED] nicht bewiesen ist, so kommt es nicht mehr darauf an, ob Jacoby berechtigt gewesen ist, eine derartige Zusicherung abzugeben. Das Berufungsgericht hat diese Frage daher mit Recht dahingestellt gelassen, und es bedarf keines Eingehens auf die von der Revision hierzu gemachten Ausführungen.

5.) Ebenso bedarf bei dieser Sachlage auch die Rechtsfrage keiner Entscheidung, ob die vom Beklagten behauptete jedoch nicht bewiesene Zusicherung des damaligen Vorstandsmitglieds J. [REDACTED] dem Beklagten überhaupt das Recht geben würde, die Räumung zu verweigern. Zwar kann der Genosse einer Baugenossenschaft, ohne daß es der Einhaltung der Form des § 313 BGB bedarf, schon dadurch einen Anspruch auf Eigentumsübertragung erwerben, daß die zuständigen Organe der Genossenschaft die Überlassung von Räumen zu Eigentum an ihn satzungsgemäß beschließen (BGHZ 15, 177, 182). Einen solchen Beschluß hat hier der Beklagte aber nicht einmal behauptet. Ob bereits die Zusicherung eines Vorstandsmitgliedes der Genossenschaft ausreichen könnte, um entsprechende Rechte des Genossen entstehen zu lassen, und ihm nach Treu und Glauben die Befugnis zu gewähren, einem Räumungsverlangen entgegenzutreten, erscheint dagegen mindestens zweifelhaft.

6.) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, der Beklagte sei zu keiner Zeit in der Lage gewesen,

das für die gewerblichen Räume erforderliche Eigenkapital aufzubringen, und werde es auch in absehbarer Zukunft der Klägerin nicht zur Verfügung stellen können. Der Einwand des Beklagten, der zuletzt als Eigenkapital für die gewerblichen Räume geforderte Betrag von 33.701 DM sei unangemessen hoch, ist nach Ansicht des Berufungsgerichts deshalb nicht beachtlich, weil der Beklagte nach seinem eigenen Zugeständnis auch zur Zahlung eines Betrages von etwa nur 20.000,- DM nicht in der Lage sei.

7.) Die Revision bekämpft diese Ausführungen als rechtsirrig. Sie meint, es sei nicht darauf angekommen, welchen Betrag der Beklagte zu zahlen imstande sei, sondern das Berufungsgericht habe prüfen müssen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Beklagte noch Eigenkapitalleistungen zu erbringen gehabt habe, und außerdem die Frage nicht unbeantwortet lassen dürfen, von welcher Gesamtzahlung des Beklagten die Klägerin die Übertragung des Eigentums an den dem Beklagten überlassenen Räumen habe abhängig machen können. Die Baukosten seien von der Klägerin unrichtig berechnet worden, wie der Beklagte durch Bezugnahme auf das Gutachten eines Sachverständigen unter Beweis gestellt habe. Vor Ermittlung der Baukosten und vor Erteilung einer einwandfreien Abrechnung könnten von dem Beklagten über die Abtretung des Bau-sparguthabens und die fortlaufende Zahlung der Tilgungszuschläge hinausgehende Leistungen nicht verlangt werden.

8.) Entgegen der Ansicht der Revision hält das Berufungsurteil jedoch auch insoweit einer rechtlichen Prüfung stand. Das Berufungsgericht ist, wie die oben wiedergegebenen Darlegungen deutlich machen, davon ausgegangen, daß jedenfalls die Zurverfügungstellung eines Eigen-

kapitals von etwa 20.000,- DM notwendig gewesen wäre, das der Beklagte nicht geleistet hat und auch nicht aufbringen kann. Zur Feststellung der genauen Höhe der Baukosten und des unter ihrer Zugrundelegung zu erreichenden erforderlichen Eigenkapitals war das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision bei dieser Sachlage nicht verpflichtet. Der Betrag des vom Beklagten durch Abtretung des Bausparvertrags und die inzwischen erbrachten Tilgungsleistungen zur Verfügung gestellten Eigenkapitals bleibt so erheblich unter dem vom Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß zugrunde gelegten Mindestbetrag, daß sich eine nähere Aufklärung in der von der Revision für angezeigt gehaltenen Richtung erübrigte. Kam es aber auf die genaue Ermittlung der Baukosten und des der Klägerin von dem Beklagten als "Eigenkapital" geschuldeten Betrages nicht an, so entfiel auch eine Verpflichtung des Berufungsgerichts, dem Beweisantrag des Beklagten auf Einholung eines Sachverständigen-gutachtens stattzugeben.

Mangels Zurverfügungstellung des erforderlichen Eigenkapitals durch den Beklagten war daher, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, die Klägerin zur Kündigung des Vertrags zwischen den Parteien hinsichtlich der gewerblichen Räume berechtigt, und der Beklagte muß deshalb diese Räume an die Klägerin herausgeben. Daß die dem Beklagten in dem angefochtenen Urteil zum Auszug gewährte Frist bis 1. Februar 1957 unangemessen kurz sei, hat die Revision nicht geltend gemacht. Es sind auch keine Umstände ersichtlich, die die Annahme nahe legen, daß die Bemessung der Frist auf einem Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten beruhen könnte.

9.) Das Berufungsgericht hat dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht an den herauszugebenden Räumen bis zur Befriedigung seiner sich aus dem Gesichtspunkt der unge-

rechtfertigten Bereicherung ergebenden Gegenansprüche auf Rückgewähr der von ihm an Eigenkapital und Tilgungsbeträgen erbrachten Leistungen zugebilligt. Diese Gegenansprüche hat das Berufungsgericht mit insgesamt 2 733,20 DM bewertet, wobei es entsprechend einem von dem Beklagten selbst beigebrachten Gutachten der Bäckerinnung S. [REDACTED] vom 14. Oktober 1955 als monatlichen Mietzins für die vom Beklagten innegehaltenen gewerblichen Räume einen Betrag von 250,- DM als angemessen erachtet hat. Die Revision hält diesen Betrag für zu hoch, da die Schätzung der Bäckerinnung von dem Geschäftsumsatz ausgegangen sei, der in den ersten Jahren weit geringer als der jetzige Umsatz gewesen sei. Damals sei nämlich erst etwa ein Drittel der jetzt in jener Gegend vorhandenen Wohnbauten errichtet gewesen. Dieser Angriff geht ebenfalls fehl. Das Berufungsgericht hat bei der Ermittlung der von ihm in die Abrechnung aufgenommenen Einzelposten ersichtlich von der Vorschrift des § 287 Abs 2 ZPO Gebrauch gemacht, wozu es berechtigt war, denn für beide Parteien war der Streit über die Gegenforderung des Beklagten von untergeordneter Bedeutung. Sowohl der Klägerin als auch dem Beklagten kam es entscheidend darauf an, ob die Klägerin überhaupt die Herausgabe der gewerblichen Räume beanspruchen konnte. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, die mit der vollständigen Aufklärung aller Umstände verbunden war, die für die Bemessung des von dem Beklagten als "Miete" geschuldeten Betrages in Betracht zu ziehen gewesen wären, konnte das Gericht hierüber nach freier Überzeugung entscheiden und hierbei auch das Gutachten der Bäckerinnung berücksichtigen. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge der Verletzung des § 139 ZPO scheitert schon daran, daß nicht einmal angegeben ist, welche Erklärungen der Beklagte auf entsprechende Fragen des Gerichts dazu im einzelnen abgegeben hätte und welche Miete nach seiner Ansicht angemessen gewesen wäre.

Da auch sonstige Verstöße gegen sachlich-rechtliche Vorschriften zu Ungunsten des Beklagten bei der infolge der erhobenen Sachrüge erforderlichen Nachprüfung des Urteils auf derartige Rechtsfehler nicht hervorgetreten sind, muß die Revision zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Tiesecke

Dr. Mezger