

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS-

URTEIL

VIII ZR 292/83

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
30. Januar 1985
Kanik
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Hausfrau Liesa K[REDACTED], L[REDACTED]allee 27 in B[REDACTED],

Klägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

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

g e g e n

den Kaufmann Karsten S[REDACTED], T[REDACTED]Weg 25 in B[REDACTED],

Beklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter
II. Instanz:

Rechtsanwalt Hans-Eike von
[REDACTED]
in [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Treier, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. September 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an den 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin verpachtete dem Beklagten mit schriftlichem Vertrag vom 17. September 1981 ihren Saunabetrieb im Kellergeschoß des Hauses P [REDACTED] - [REDACTED] Str. 21 in B [REDACTED] für die Zeit vom 21. September 1981 bis 21. September 1986. In § 2 des Vertrages heißt es, der Pachtzins werde in Höhe von monatlich 1.600 DM vereinbart und sei in monatlichen Raten im voraus bis zum dritten Werktag jeden Monats zu zahlen. § 8 des Vertrages hat unter anderem folgenden Wortlaut:
"Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung."

- 3 -

Die Klägerin wurde bei Abschluß des Pachtvertrages von ihrem Sohn Jürgen Karte vertreten. Dieser hatte am 16. September 1981 eine mit dem Beklagten getroffene Vereinbarung unterzeichnet, in der ausgeführt ist: "Herr S [REDACTED] (Beklagter) verpflichtet sich, an Herrn K [REDACTED] regelmäßig und pünktlich bis zum Dritten eines Monats, beginnend ab 1. Oktober 1981, monatlich DM 3.000 zu zahlen.

Sollte Herr S [REDACTED] mit einer monatlichen Zahlung nach Maßgabe des vorstehenden Absatzes länger als zwei Wochen im Verzuge sein, ist Herr K [REDACTED] berechtigt, unbeschadet der Geltendmachung seines Zahlungsanspruches insoweit, den von den Vereinbarenden geschlossenen Pachtvertrag vom 17. September 1981 fristlos zu kündigen.

Die Vereinbarenden nehmen einverständlich davon Abstand, den Rechtsgrund für die vorstehende Dauerleistung zu benennen.

Die aus dieser Vereinbarung von Herrn S [REDACTED] an Herrn K [REDACTED] zu erbringende Leistung soll mit dem Tage entfallen, an dem Herr Schütte den Besitz an den von ihm gepachteten Räumen ... aufgibt".

Nachdem der Beklagte sich geweigert hatte, ab März 1982 weiterhin den Betrag von monatlich 3.000 DM zu zahlen, teilte Rechtsanwalt W [REDACTED] als Bevollmächtigter von Jürgen K [REDACTED] mit Schreiben vom 29. März 1982 dem Rechtsanwalt von O [REDACTED]-B [REDACTED] als Bevollmächtigtem des Beklagten mit:

"Unter Bezugnahme auf die Ihnen bereits übersandte Vollmacht kündige ich den zwischen Ihrem Mandanten und Frau Liesa K [REDACTED], diese vertreten durch Herrn Jürgen K [REDACTED], dieser vertreten durch mich, bestehenden Pachtvertrag über den Saunabetrieb P [REDACTED] Str. 21 (Kellergeschoß) fristlos und mit sofortiger Wirkung.

Ich habe Ihren Mandanten aufzufordern, die Pachträume am 1. April 1982 an Herrn Jürgen K [REDACTED] zu übergeben."



Mit der Klage hat die Klägerin vom Beklagten die Herausgabe des Pachtobjektes verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils, nämlich am 7. März 1983, hat der Beklagte, der das Urteil des Landgerichts mit der Berufung angefochten hatte, das Pachtobjekt geräumt. Nach dem Vorbringen der Klägerin hat er die Räume freiwillig herausgegeben. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, der in der Berufungserwiderung den Antrag auf Zurückweisung der Berufung angekündigt hatte, hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte hat der Erledigung widersprochen mit der Begründung, er sei nicht freiwillig ausgezogen, sondern der ihm angedrohten Zwangsvollstreckung gewichen. Im übrigen sei die Klage von Anfang an unbegründet gewesen. Er hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat beantragt, die Erledigung der Hauptsache festzustellen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision beantragt die Klägerin, nach den Schlußanträgen zu erkennen, welche sie in der Berufungsinstanz gestellt hat. Hilfsweise erstrebt sie die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Sie bittet, durch Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu entscheiden, der zur Revisionsverhandlung ordnungsgemäß geladen wurde, aber nicht durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten war.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin verfolge mit der Klage nur noch den Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache. Diesen hält es für unbegründet. Es führt aus:

a) In der Räumung des Pachtobjektes durch den Beklagten könne eine Erledigung der Hauptsache nicht gesehen werden. Der Beklagte habe bestritten, freiwillig ausgezogen zu sein. Die Klägerin habe für die Richtigkeit ihres Vorbringens, der Beklagte habe das Pachtobjekt freiwillig geräumt, keinen Beweis angetreten. Schon aus diesem Grunde könne die Erledigung der Hauptsache nicht festgestellt werden.

b) Eine Erledigung der Hauptsache könne darüberhinaus auch deswegen nicht angenommen werden, weil die Herausgabeklage unbegründet gewesen sei. Der Pachtvertrag sei nämlich durch die fristlose Kündigung vom 29. März 1982 nicht aufgelöst worden.

Die Frage, ob Jürgen K. die Kündigung im eigenen Namen oder in Vertretung der Klägerin erklärt habe, bedürfe keiner Klärung; denn jedenfalls fehle es an einem Kündigungsgrund. Daraus, daß der Beklagte die in der Vereinbarung vom 16. September 1981 genannten 3.000 DM ab März 1982 nicht mehr gezahlt habe, folge für die Klägerin kein Recht zur Kündigung des Pachtvertrages. In diesem hätten die Parteien ein Kündigungsrecht für den Fall der Nichteinhaltung der in der Vereinbarung vom 16. September 1981 vom Beklagten übernommenen Zahlungsverpflichtung nicht vereinbart. In dem Vertrag vom 16. September 1981 sei nur Jürgen K. und nicht der Klägerin ein Kündigungsrecht eingeräumt worden. Die Vereinbarung über das Kündigungsrecht für Jürgen K. sei unwirksam. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Vertrag vom 16. September 1981 einer Steuerhinterziehung gedient habe und deshalb nach § 134 BGB unwirksam sei. An der wirksamen Vereinbarung eines Kündigungsrechtes für Jürgen K. fehle es jedenfalls deswegen, weil das Recht zur Kündigung eines Pachtvertrages als unselbständiges Recht aus diesem Vertrag nur den Vertragsparteien zustehe und nicht - wie hier geschehen - von einem Vertragsteil durch Vereinbarung mit einem Dritten diesem als

selbständiges Recht eingeräumt werden könne. Die Verpflichtung zur Zahlung der 3.000 DM und das daran für den Fall der Nichterfüllung dieser Verpflichtung geknüpfte Kündigungsrecht seien nicht in das Pachtverhältnis einbezogen worden. Hierzu hätte es nach § 8 des Pachtvertrages auch der Einhaltung der Schriftform bedurft, die nicht gewahrt sei.

2. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Mit Recht beanstandet die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe in der Berufungsverhandlung nur noch den Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache verfolgt.

aa) Allerdings hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin nach dem Tatbestand des Berufungsurteils und dem Protokoll über die Berufungsverhandlung die Hauptsache für erledigt erklärt und, weil der Beklagte einen Erledigungstatbestand bestritten hatte, beantragt, die Erledigung der Hauptsache festzustellen. Einen Hilfsantrag auf Zurückweisung der Berufung für den Fall, daß die Erledigung der Hauptsache nicht festgestellt werden könne, hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin nach dem Wortlaut vom Tatbestand und Protokoll nicht gestellt.

bb) Die gebotene Auslegung der Erledigungserklärung und des Antrags auf Feststellung der Erledigung ergibt aber, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin zumindest hilfsweise weiterhin die Zurückweisung der Berufung beantragt hat.

Wie das Berufungsgericht richtig ausführt, wird die Hauptsache nicht dadurch erledigt, daß der zur Räumung verurteilte Pächter das Pachtobjekt nur angesichts der ihm angedrohten Zwangsvollstreckung herausgibt (vgl.

BGH-Urteile vom 23. November 1966 - VIII ZR 160/64 = WM 1967, 93 unter Nr. I 1 und vom 22. September 1977 - VII ZR 162/74 = WM 1977, 1307). Der Beklagte hat vorgetragen, so liege der Fall hier, er sei nämlich der angeordneten Zwangsvollstreckung gewichen. Für die Richtigkeit ihrer Behauptung, der Beklagte sei freiwillig ausgezogen, trägt die Klägerin die Beweislast. Da sie keinen Beweis antrat, hatte sie mit dem Antrag auf Feststellung der Erledigung von vorneherein keine Aussicht auf Erfolg. Dafür aber, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin dem Klageabweisungsantrag des Beklagten nicht weiterhin entgetreten wollte, falls entgegen seiner Ansicht eine Erledigung nicht eingetreten war, fehlt jeder vernünftige Anhalt. Bei richtiger - auch dem Revisionsgericht zustehender - Würdigung des klägerischen Begehrens ist deshalb - zumindest - die vorsorgliche hilfsweise Aufrechterhaltung des mit der Berufungserwiderung angekündigten Antrages auf Zurückweisung der Berufung anzunehmen.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klage sei von vorneherein unbegründet gewesen, hält der von der Revision erhobenen Verfahrensrüge aus § 286 ZPO nicht stand.

aa) Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen unter Beweisantritt behauptet, die Parteien hätten als Pachtzins den Betrag von 4.600 DM vereinbart und Jürgen K. habe hinsichtlich des Betrages von 3.000 DM nur Zahlungsempfänger sein sollen. Als Grund für die Aufteilung der Pacht in die Beträge von 1.600 DM im Pachtvertrag und von 3.000 DM in der Vereinbarung vom 16. September 1981 hat sie im ersten Rechtszug angegeben, sie habe den Betrag von monatlich 3.000 DM ihrem Sohn Jürgen als "Apanage" zugedacht, sie habe dieses Geld "nicht erst über ihr Konto laufen lassen wollen". Das gleiche hat sie im zweiten Rechtszug behauptet mit der Maßgabe, die Anregung zur Aufteilung des Pachtzinses sei vom Beklagten ausgegangen, dessen Beweggründe ihr unbekannt seien. Der Beklagte hat vorgetragen, Jürgen K. habe sich die Zahlung der 3.000 DM versprechen lassen, damit die Klägerin Steuern nur aus dem im Pachtvertrag als Pachtzins angegebenen Betrag von 1.600 DM entrichten müsse.

bb) Dem Vortrag der Klägerin hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen. Trifft es nämlich zu, daß entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung vom 16. September 1981 und des Pachtvertrages der Betrag von 3.000 DM Teil des Pachtzinses und Jürgen K. nicht Anspruchsberechtigter, sondern nur Zahlungsempfänger sein sollte, die Aufteilung in die Beträge von 1.600 DM und 3.000 DM also nur eine Zahlungsmodalität darstellte, ist in dem Vertrag vom 16. September 1981 ein Scheingeschäft zu sehen. Nach § 117 Abs. 2 BGB gilt dann das verdeckte Rechtsgeschäft, nämlich die Vereinbarung, daß 3.000 DM als Teil des ausgehandelten Pachtzinses von 4.600 DM an Jürgen K. abzuführen waren. Insoweit ist der vorliegende Fall rechtlich ebenso zu beurteilen wie die Beurkundung eines niedrigeren als des tatsächlich vereinbarten Kaufpreises (vgl. hierzu BGHZ 14, 25, 30).

cc) Die Regelung in § 8 des Pachtvertrages steht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Annahme nicht entgegen, die Parteien hätten einen Pachtzins von 4.600 DM vereinbart. Diese Schriftformklausel gilt nur für nachträgliche Änderungen und Ergänzungen des Vertrages, nicht aber für den Vertragsschluß selbst.

dd) Auch wenn es zutreffen sollte, daß die Aufteilung des Pachtzinses eine Steuerverkürzung ermöglichen sollte, ist deshalb der Vertrag weder nach § 134 BGB noch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Unwirksam, und zwar nach § 117 Abs. 1 BGB, ist das Scheingeschäft, das verdeckte Rechtsgeschäft dagegen ist grundsätzlich gültig. Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung nur dann eine Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des ganzen Geschäftes angenommen, wenn sich die mit dem Vertrag verbundene Steuerverkürzung als der Hauptzweck des Vertrages darstellte (BGHZ 14, 25, 30; BGH-Urteil vom 17. Dezember 1965 - V ZR 115/63 = LM BGB § 138 Aa Nr. 14 = NJW 1966, 588 = WM 1966, 161). Hieran wird festgehalten. Nach dem bisherigen Vorbringen der Parteien besteht kein Anhalt für die Annahme, die Absicht der Steuerverkürzung sei Hauptzweck des ganzen Geschäftes gewesen. Die Parteien wollten ernsthaft einen Pachtvertrag und haben diesen auch über längere Zeit vollzogen.

ee) Falls als verdecktes Rechtsgeschäft die Vereinbarung eines Pachtzinses von 4.600 DM gilt (vgl. oben zu bb), war die Klägerin zur fristlosen Kündigung des Pachtvertrages berechtigt. Nach § 2 des Pachtvertrages ist der Verpächter zur fristlosen Kündigung des Pachtvertrages bei wiederholter unpünktlicher oder unvollständiger Zahlung des Pachtzinses nach Abmahnung berechtigt. Die Auslegung dieser Vereinbarung ergibt, daß einer wiederholten unvollständigen Zahlung die hier anzunehmende ernsthaft endgültige Weigerung gleichzustellen ist, in Zukunft einen erheblichen Teil des Pachtzinses nicht mehr zu entrichten. Bei einem solchen Verhalten des Pächters ist eine Abmahnung nicht erforderlich.

Sind die 3.000 DM Teil des Pachtzinses, war daher bereits die Kündigung vom 29. März 1982 begründet. Die Ansicht des Landgerichts, die Kündigung habe Jürgen K. im eigenen Namen erklärt, ist unrichtig. Die Kündigungserklärung ist eindeutig namens der Klägerin, vertreten durch Jürgen Karte abgegeben worden. Im übrigen liegt sowohl in der Klageschrift als auch in dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten die vorsorgliche Wiederholung der Kündigung.

3. Da demnach die Klage begründet und die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil unbegründet ist, wenn die Behauptungen der Klägerin zutreffen, der Betrag von 3.000 DM sei Teil des Pachtzinses und Jürgen K. habe nur Zahlungsempfänger für diesen Betrag sein sollen, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die unterlassene Beweiserhebung zu dem genannten Vorbringen der Klägerin nachholt. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung zu beachten haben, daß die Vereinbarung im letzten Absatz des Vertrages vom 16. September 1981 für die Richtigkeit des Vorbringens der Klägerin spricht, der Betrag von 3.000 DM sei Teil des Pachtzinses. Da die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Der erkennende Senat hat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts Gebrauch gemacht (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Da der zur Revisionsverhandlung ordnungsgemäß geladene Beklagte in dieser nicht durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts vertreten war, hatte die Entscheidung durch Versäumnisurteil zu ergehen (§§ 557, 331 Abs. 1 und 2 ZPO).

Braxmaier

Wolf

Treier

Dr. Zülch

Groß