

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 35/72

URTEIL

An Verkündungs Statt
zugestellt
am 10. Dezember 1973
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Franz P [REDACTED], Kaufmann in M [REDACTED],
L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Revisions-
klägers und Anschlußrevisionsbeklagten,

Lore P [REDACTED], Geschäftsfrau in M [REDACTED],
L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Albert M [REDACTED], Elektromonteur in R [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

als Streithelfer des Beklagten, Widerklägers,
Revisionsklägers und Anschlußrevisionsbeklagten,

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

g e g e n

1. Else M [REDACTED], jetzt Klaus-Dieter M [REDACTED] als deren Erben,
Kaufmann in H [REDACTED], In den M [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Revisions-
beklagte und Anschlußrevisionsklägerin,

2. Margarete S [REDACTED], Geschäftsfrau in H [REDACTED],
D [REDACTED]straße [REDACTED],

3. Kurt S [REDACTED], Kaufmann in H [REDACTED], V [REDACTED]weg [REDACTED],

Widerbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Haidinger und der Richter Mormann, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Dezember 1971 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und die Widerbeklagten waren - mit den aus dem Prozeß ausgeschiedenen früheren Widerbeklagten Klaus-Dieter M■■■■, Tino R■■■■ und Ingeborg P■■■■ - Kommanditisten der Firma H■■■■ R■■■■ S■■■■ KG (im folgenden: KG), die Hölzer für Musikinstrumente herstellte. Persönlich haftende Gesellschafterin der KG war Elisabeth S■■■■, Geschäftsführer ihr Ehemann Christoph S■■■■. Zum Gesellschaftsvermögen gehörte ein 43 000 qm großes Grundstück mit Betriebsanlagen, einem Zweifamilienhaus und einem Campinghaus mit Gaststätte und Selbst-

- 3 -

bedienungsladen. Im Frühjahr 1967 geriet die KG in Zahlungsschwierigkeiten. Über einen Makler trat sie in Verbindung zum Beklagten und einer in der Firma Gesellschaft für Se[REDACTED] mbH (im folgenden: GmbH) zusammengeschlossenen Interessentengruppe. Diese wollte durch den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile der KG das Grundstück zum Zwecke der Errichtung von Eigentumswohnungen erwerben. Von der Veräußerung sollte das Betriebsvermögen der KG (Inventar und Vorräte) ausgeschlossen sein. Die alten Gesellschafter der KG wollten unter der Firma einer noch zu gründenden GmbH & Co. KG den bisherigen Betrieb auf Grund Pachtvertrages mit dem Beklagten fortsetzen. Elisabeth S[REDACTED] sollte bis dahin als Treuhänderin aller alten Gesellschafter das Betriebsvermögen halten.

Zur Ausführung dieser Vereinbarungen schlossen die Eheleute S[REDACTED] am 29. August 1967 mit dem Beklagten - zugleich als Geschäftsführer der GmbH - folgenden notariellen Vertrag über die "Übertragung eines Geschäftsanteils" (auszugsweise):

"I.

Frau Elisabeth S[REDACTED] ist persönlich haftende Gesellschafterin der (KG). Ihr Anteil am Vermögen dieser Firma beträgt 30 %. Zum Vermögen dieser Gesellschaft gehört Grundbesitz.

II.

Frau Elisabeth S[REDACTED] überläßt und überträgt hiermit ihren Gesellschafteranteil an der (KG) an die (GmbH), und zwar mit sofortiger dinglicher Wirkung. Die (GmbH) nimmt diese Übertragung an.



III.

Für die Überlassung sind folgende Gegenleistungen zu erbringen:

1. (Die GmbH) und (der Beklagte) persönlich als Gesamtschuldner haben an Frau Elisabeth S. [REDACTED] und deren Ehemann Christoph S. [REDACTED] als Gesamtberechtigte auf deren Lebenszeit eine Leibrente in Höhe von monatlich DM 500,-- zu zahlen, ... erstmals am 1. Oktober 1967 ...

2. Neben der Rente hat die (GmbH) als Gegenleistung den Betrag von DM 72.000,-- zu erbringen.

Dieser Betrag ist mit 3 % jährlich zu verzinsen und mit 2 % jährlich zu tilgen.

Frau Elisabeth S. [REDACTED] wird ihre vorstehende Forderung in die neu zu gründende ... GmbH & Co. KG einbringen. Diese Firma wird mit der GmbH einen Pachtvertrag abschließen. ... Die vorstehend vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen werden durch Verrechnung mit einem entsprechenden Teil des jährlichen Pachtzinses aus diesem Pachtvertrag erbracht. ...

Wird der Pachtvertrag, ohne daß der Verpächter hierzu Anlaß gibt, aufgelöst, bevor die vollständige Tilgung im Wege der Verrechnung erfolgt ist, so hat die Verzinsung und Tilgung ... in bar zu erfolgen.

IV., V. ...

VI.

(Der Beklagte) persönlich verpflichtet sich, die Bürgschaft für einen Kontokorrentkredit in Höhe von DM 85.000,-- zu übernehmen. Diesen Kredit erhält zunächst Frau Elisabeth S. [REDACTED], später die noch zu gründende ... GmbH & Co. KG.

Der Kredit ist vorerst zu verwenden:

(Es folgt eine Aufstellung im wesentlichen von Verbindlichkeiten der KG, für die Gesellschafter der KG, die persönliche Haftung übernommen hatten.)

Wenn (der Beklagte) aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wird, ist er berechtigt, das dreifache dessen, worauf er in Anspruch genommen wurde, von den dann noch offenstehenden Zahlungsansprüchen aller Gesellschafter in Abzug zu bringen, es sei denn, er selbst hat die vorzeitige Fälligestellung des Kredits verursacht.

VII., VIII. ...

IX.

Den Beteiligten ist bekannt, daß zur Wirksamkeit dieses Vertrages die Zustimmung aller derzeitigen Gesellschafter (der KG) erforderlich ist. Sie werden diese Zustimmung selbst einholen und dem beurkundenden Notar übermitteln. Mit ihrem Eingang beim beurkundenden Notar sollen diese Zustimmungserklärungen, für welche die Beteiligten ausdrücklich auf die Form der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung verzichten, allen Beteiligten als mitgeteilt gelten und damit rechtswirksam sein."

Am 29. August 1967, also am Tage des Abschlusses des vorstehenden notariellen Vertrages mit dem Beklagten und der GmbH unterzeichnete Elisabeth S. [REDACTED] einen schriftlichen Vertrag zwischen den Gesellschaftern der KG, der auszugsweise lautet:

"1. Die Teilhaber verkaufen ihre Anteile (an der KG) an (den Beklagten) und seine Partner.

1.1.) Der Verkaufspreis der Anteile ist errechnet auf Grund des durch Geschäftsführer Christoph S. aufgestellten Status, der Bestandteil des (notariellen) Kaufvertrages ... vom 29.8.1967 ist.

1.2.) Alle Aktiva und Passiva der (KG), die nicht in dem vorgenannten Status enthalten sind, werden von der bisherigen Komplementärin Frau Elisabeth S. entnommen, treuhänderisch für alle Teilhaber verwaltet und genutzt und in eine neu zu gründende Tonholzverarbeitungsfirma eingebracht. ...

1.3.) ...

1.4.) ...

2.1.) Frau Elisabeth S. verpflichtet sich, eine neue Tonholzerzeugungsfirma zu gründen. ...

2.2.) Frau Elisabeth S. bringt in die neue Firma den Pachtvertrag ..., sowie die aus der alten (KG) entnommenen treuhänderisch verwalteten Aktiva und Passiva ... ein. ... Als Einlagen werden den Teilhabern die ... Kapitalsalden und die gestundeten Kaufpreisanforderungen für die veräußerten Anteile an der (KG) gutgebracht. ...

2.3.) ...

2.4.) Die neue Firma muß bis 31.12.1967 gegründet sein."

Diesen Vertrag unterzeichneten wenig später auch die Klägerin und die Widerbeklagten sowie die übrigen Kommanditisten der KG.

Diese übertrugen ferner durch notarielle Verträge ihre Gesellschaftsanteile ebenfalls an die GmbH bzw. deren Gesellschafter. Nachdem die Widerbeklagten zu 2) und 3) bereits am 29. August/31. August 1967 ihre Anteile von je 18 750 DM für je 30 000 DM an den Beklagten übertragen hatten, übertrug die Klägerin am 31. Mai/12. September 1968 für 29 500 DM ihren Anteil von 18 750 DM in Höhe von 15 000 DM an den Beklagten und in Höhe von 3 750 DM an Albert Moser, einen Gesellschafter der GmbH. Insgesamt waren an die Kommanditisten 167 000 DM zu zahlen, wobei die gleichen Zins- und Tilgungsraten vereinbart wurden (3 % und 2 %) wie in dem Vertrag mit den Eheleuten S [REDACTED] vom 29. August 1967. Diese Raten (5 % von 167 000 + 72 000 = 239 000 DM) in Höhe von rund 12 000 DM entsprachen dem in dem Pachtvertrag mit der neuen GmbH & Co. KG vorgesehenen jährlichen Pachtzins, so daß also für die Übernahme der Geschäftsanteile der KG nur die Monatsrente von 500 DM an die Eheleute S [REDACTED] bar zu zahlen war.

In einer privatschriftlichen "Zustimmungserklärung" vom 29. August/16. September 1967 erklärten die Klägerin, die Widerbeklagten und die übrigen Gesellschafter der KG:

"Die unterzeichneten Gesellschafter der (KG) haben Kenntnis von der Übertragung von Gesellschafteranteilen an dieser Firma auf (den Beklagten), Frau Eleonora P [REDACTED] und die (GmbH) unter den in den Urkunden des Notars Hugo W [REDACTED] in M [REDACTED] vom 29. August 1967, UR-Nr. [REDACTED] 15 W, [REDACTED] 16 W und [REDACTED] 17 W, enthaltenen Bedingungen und stimmen diesen Übertragungen unwider-
ruflich und vorbehaltlos zu."

Die Urkunde Nr. 17 W ist der Vertrag zwischen den Eheleuten S und dem Beklagten vom 29. August 1967.

Elisabeth S erhielt von der B Hypotheken- und Wechselbank (im folgenden: Bank) zur Begleichung dringender Verbindlichkeiten der KG einen mit 1 000 DM monatlich zu verzinsenden und zu tilgenden Kredit von 85 000 DM, für den der Beklagte - entsprechend Ziffer VI des notariellen Vertrages vom 29. August 1967 - sich am 15. November 1967 verbürgte. Die vorgesehene Gründung der Nachfolgesellschaft der KG unterblieb und damit auch der Abschluß eines Pachtvertrages zwischen der GmbH und der Nachfolgesellschaft. Elisabeth S veräußerte vielmehr als Treuhänderin der Altgesellschafter das Inventar an den Bauunternehmer Se in M. Jedoch zögerte sich die vollständige Räumung des Betriebsgeländes hin. Hierüber verhält sich der folgende Schriftwechsel:

Am 30. März 1968 schrieb Elisabeth S an den Beklagten:

"Wie ich Ihnen schon mitteilte, ist die Treuhandverwaltung der ehem. Gesellschafter der Fa. H R S KG aufgelöst und ich bin dabei, die Fertig- und Halbfertigteile abzuwickeln, die noch den Gesellschaftern gehören. Alles andere ist an Herrn Architekten und Bauunternehmer Hermann Se in M verkauft und wird abtransportiert, sobald es die Schneelage auf dem Platz gestattet.

Die von Ihnen ab sofort zu zahlenden Zins- und Tilgungsbeträge sind an die Hypobank abgetreten und ich bitte höfl., dorthin die Zahlungen zu leisten, Konto Nr. ."

Der Beklagte antwortete mit Schreiben vom 2. April 1968 an Christoph S[REDACTED]:

"Wir sind damit einverstanden, daß die Werkräume gegen Bezahlung der Zins- und Tilgungsbeträge so lange vom Käufer der Maschinen gemietet werden, solange dieser sie zu haben wünscht.

Es wäre uns nur recht, wenn er uns einen genauen Termin angeben würde, wann wir über die Räume einschließlich Wohnung verfügen können.

Für die Weitervermietung der Räume habe ich nämlich bereits Verbindung aufgenommen."

Für die Monate April, Mai und Juni 1968 zahlte Se[REDACTED] à conto des von Elisabeth S[REDACTED] aufgenommenen Kredits an die Bank je 1 000 DM.

Am 15. Juli 1968 schrieb der Beklagte an Christoph S[REDACTED]:

"... Entgegen Ihrer Mitteilung, ist das Holzwerk heute noch nicht geräumt, es sind lediglich die Maschinenteile entnommen und die Wohnung So[REDACTED] freigemacht. Dagegen ist das Freigelände und die Gegenstände in der Lagerhalle sowie die neue Hütte noch nicht entfernt, so daß für den Monat Juli die Mietzahlung noch zu verrechnen ist. Sollte Ende Juli der Platz noch nicht freigemacht sein, so müßte ich auch für August die Mietzahlung in Anspruch nehmen, auch wenn es sich nur um Tage im August handelt, weil ich nur mit vollen Monaten etwas anfangen kann. ..."

Elisabeth S. [REDACTED] antwortete am 17. Juli 1968, daß der Beklagte nunmehr die Zahlungen an die Bank aufnehmen müsse, weil Se [REDACTED] das Grundstück weitgehend geräumt habe.

Der Beklagte erwiderte am 19. Juli 1968 an Christoph S. [REDACTED]:

"In Ihrem Schreiben vom 17.7.68 drehen Sie die Dinge einfach so hin, wie Sie sie gerne sehen wollen. Tatsache ist jedoch, daß ich die Firma Se [REDACTED] weder kenne, noch mit dieser irgendwelche Vereinbarungen getroffen habe.

Da Ihre Zusagen bisher nie gestimmt haben, konnten wir uns auch auf die Räumung der Wohnung durch Herrn Se [REDACTED] in den ersten Juli-Tagen nicht verlassen. Es ist für uns ohne Bedeutung, mit wieviel Prozent das Holzwerk, der Lagerplatz und der große Schuppen genutzt wird. Tatsache ist doch, daß wir so lange die Räume und den Platz nicht nutzen können, so lange noch irgendwelche Teile von Ihnen herumliegen.

Aus diesen Gründen kann eine Besprechung über die endgültige Abrechnung und weitere Zahlungen erst dann stattfinden, wenn wirklich restlos geräumt ist. ..."

Am 2. September 1968 schrieb der Beklagte an Christoph S. [REDACTED]:

"Anliegend übergebe ich Fotokopie einer Mahnung der Gemeinde R [REDACTED] und bitte um umgehende Stellungnahme.

Gleichzeitig bitten wir um Mitteilung, wann Sie endgültig ausziehen, damit wir unsere Vorkehrungen rechtzeitig treffen können.

Ich mache ausdrücklich darauf aufmerksam, daß die vorgesehenen Mietzahlungen durch die früheren Gesellschafter so lange zu erfolgen haben, solange Sie auf dem Platz noch Ihr Büro unterhalten und noch irgendwelche Teile, die Ihr Eigentum sind, herumliegen. Es ist also in Ihrem Interesse empfehlenswert, wenn Sie den Platz und die Gebäude von den noch vorhandenen Resten säubern bzw. abtransportieren lassen, damit endlich klare Verhältnisse herrschen. ..."

An Klaus-Dieter M. [REDACTED] schrieb der Beklagte am 12. September 1968:

"Die Gemeinde R. [REDACTED] hat uns am 30.8.68 eine Aufstellung über die überfälligen Steuern und Abgaben als Mahnung übersandt, die wir in Fotokopie an Herrn S. [REDACTED] weitergegeben haben.

Ich sprach daraufhin bei der Gemeinde vor und habe mir die Nachholungen per 29.8.67 trennen lassen und übergebe beiliegend die Aufstellung, die Beträge beinhalten, die vor dem 29.8.67 fällig waren.

...

Ich werde also die Anschlußgebühren mit monatlich DM 1.000,-- ab 1. Oktober an die Gemeinde zur Einzahlung bringen, so daß die (Bank) auf mindestens 1 Jahr nicht mit dem Eingang von Zahlungen rechnen kann. ...

Herr S. [REDACTED] hat mir gegenüber des öfteren erklärt, daß er spätestens am 30.6. die Räume und den Platz freimachen wird. Leider ist dies nicht geschehen, sondern nach eigenen Wahrnehmungen am 10. Oktober 68 (muß heißen 10. September 68) befand sich auf dem Platz immer noch eine halb

abgebaute Hütte, verschiedene Holzreste in den Hallen und insbesondere Abfallreste aus dem früheren Holzbetrieb.

Sollte nunmehr bis 30. September der Platz nicht restlos geräumt sein, werde ich Anfang Oktober die Firma Di[REDACTED] beauftragen, die Reste auf Ihre Kosten abzufahren.

Die von mir im Vertrag festgelegten Zahlungen von jeweils DM 1.000,-- monatlich beginnen also am 1. Oktober 1968 und werden von mir zunächst an die Gemeinde R[REDACTED] geleistet.

..."

Christoph S[REDACTED] erwirkte im September 1968 bei der Bank eine Stundung der monatlichen Raten bis Ende September. Der Beklagte zahlte am 1. Oktober 1968 weder an die Bank noch an die Gemeinde R[REDACTED].

Am 7. Oktober 1968 nahm die Bank nach Ablauf der von ihr gewährten Stundungsfrist den Beklagten mit folgendem Schreiben aus der Bürgschaft in Anspruch:

"Wir nehmen Bezug auf unseren bisherigen Schriftwechsel, resp. auf unseren Brief vom 18.9.68, sowie unsere letzte Unterredung und sehen uns nun leider gezwungen, Sie aus Ihrer obigen Bürgschaft in Anspruch zu nehmen.

Unsere Forderung beläuft sich auf:

	DM 86.978,86	Hauptschuld
+	DM 2.403,--	Zinsen vom 30.6.
		- 20.10.68
	DM 89.381,86	
	=====	

Wir ersuchen Sie hiermit, diesen Betrag bis spätestens 20. Oktober 1968 an uns zu überweisen. ..."

Der Kläger überwies den geforderten Betrag zum 20. Oktober 1968.

Durch Schreiben vom 15. Oktober 1968 teilte der Beklagte seine Inanspruchnahme durch die Bank den früheren Gesellschaftern der KG mit und meldete gegen sie einen Regreßanspruch in dreifacher Höhe des an die Bank gezahlten Betrages, also in Höhe von $3 \times 89\,381,86 = 268\,145,58$ DM an. Mit Schreiben vom 30. Januar 1969 rechnete der Beklagte im eigenen Namen und namens seiner Mitgesellschafter gegenüber den Kaufpreisansprüchen der früheren Gesellschafter mit seiner Regreßforderung auf.

Gegen die Inanspruchnahme der Kommanditisten der KG verwahrte sich Klaus-Dieter M. mit Schreiben vom 13. November 1968, weil der Beklagte die Fälligestellung des Darlehens herbeigeführt habe, indem er die Zins- und Tilgungszahlungen nicht an die Bank erbracht habe, obwohl - nach Mitteilung von Christoph S. - das Grundstück geräumt gewesen sei.

Mit der Klage beantragte die Klägerin, den Beklagten zur Zahlung der Zins- und Tilgungsraten für die Zeit von Juli 1968 bis Februar 1969 in Höhe von

500 DM nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, daß der Beklagte nicht berechtigt ist, ihr gegenüber wegen seiner Bürgschaftsinanspruchnahme eine Forderung bis zum Betrag von 20 000 DM geltend zu machen. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, und erhob Widerklage mit dem Antrag, festzustellen, daß der Klägerin und den Widerbeklagten Ansprüche aus den Kaufverträgen vom 31. Mai/12. September 1968 und 29. August/31. August 1967 nicht mehr zustehen.

Das Landgericht gab der Klage mit Ausnahme eines Teils der Zinsen statt und wies die Widerklage ab. Auf die Berufung des Beklagten wies das Berufungsgericht die Klage auf Zahlung von 500 DM ab. Im übrigen wies es die Berufung zurück.

Mit der Revision begehrt der Beklagte die Abweisung der Feststellungsklage und die Verurteilung der Klägerin und der Widerbeklagten auf seine Widerklage. Die Klägerin erstrebt mit der Anschlußrevision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Die Anschlußrevision macht geltend, Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967 sei unwirksam, in jedem Fall auf die Klägerin und die Widerbeklagten nicht anwendbar, so daß der Beklagte ihnen gegenüber nicht aufrechnen könne und die Klägerin berechtigt sei, Zins- und Tilgungszahlungen vom Beklagten zu beanspruchen.

1. Ziffer VI des genannten Vertrages ist indessen nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB nichtig. Die Vereinbarung, daß der Beklagte bei einer Inanspruchnahme als Bürge das Dreifache des von ihm an die Bank gezahlten Betrages gegen die Kaufpreisforderungen für die Gesellschaftsanteile verrechnen darf, ist als uneigentliches Vertragsstrafeversprechen anzusehen (vgl. BGH Urteil vom 8. März 1967 - VIII ZR 214/65 = NJW 1967, 1318). Wie § 343 BGB zeigt, genügt zur Anwendung des § 138 BGB die unverhältnismäßige Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe nicht (BGH Urteil vom 5. Oktober 1951 - I ZR 74/50 = LM BGB § 343 Nr. 1 b mit weiteren Nachweisen). Es müssen vielmehr besondere Umstände hinsichtlich des Inhaltes, des Beweggrundes oder des Zweckes der Abrede hinzutreten. Derartige Umstände sind nicht festgestellt und werden auch von der Anschlußrevision nicht behauptet.

2. Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967 gilt auch für die Klägerin und die Widerbeklagten.

a) Die verfahrensrechtlichen Rügen der Anschlußrevision sind unberechtigt.

Die Klägerin und die Widerbeklagten hatten sich für ihr Vorbringen in ihrer Berufungserwiderung auf das Zeugnis von Notar W■■■■■, von Notar M■■■■■, von Elisabeth und Christoph S■■■■■ und Wagnerberger berufen. Auf Widmann verzichteten sie. In dem Einzelrichtertermin am 1. November 1971 wurde Notar M■■■■■, Elisabeth und Christoph S■■■■■ und auf den in diesem Termin gestellten Antrag der Klägerin und der Widerbeklagten Klaus-Dieter M■■■■■ als Zeugen vernommen. Zur Prüfung der Frage, ob die Vernehmung des Zeugen Wagnerberger erforderlich ist, wurden die Akten dem Senat vorgelegt. In dem folgenden Senatstermin am 14. Oktober 1971 wurden Sach- und Rechtslage, also auch das Beweisergebnis, eingehend erörtert.

Die Klägerin und die Widerbeklagten können daher nicht geltend machen, prozeßordnungswidrig seien die Zeugen M■■■■■, Elisabeth und Christoph S■■■■■ nicht zu sämtlichen beweiserheblichen Tatsachen, für die sie benannt waren, und Wa■■■■■ überhaupt nicht als Zeuge vernommen worden. Denn das Berufungsgericht hatte ersichtlich eine erschöpfende Beweisaufnahme vornehmen wollen. Die Klägerin und die Widerbeklagten hätten daher in dem Termin vom 14. Oktober 1971, in dem auch das Beweisergebnis erörtert wurde, darauf hinweisen müssen, welche der in der Berufungserwiderung gestellten Beweis- anträge nach ihrer Ansicht nicht erledigt waren,

und diese Beweisanträge aufrechterhalten müssen (vgl. BGH Urteil vom 28. Mai 1969 - V ZR 38/66 = LM ZPO § 286 E Nr. 13). Das ist ausweislich des Protokolls nicht geschehen.

b) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967 auch für die Klägerin und die Widerbeklagten gilt, liegen auf dem der Revision nicht zugänglichen Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Das Berufungsgericht hat, wie dargelegt wurde, ohne Verfahrensverstoß und rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß die Zustimmungserklärung vom 29. August/16. September 1967 nach ihrem Wortlaut wie nach ihrem unter Berücksichtigung der Interessenlage ermittelten Sinn und Zweck alle die Klägerin und die Widerbeklagten berührenden Bedingungen jenes Vertrages und somit auch Ziffer VI umfaßte. Die von der Anschlußrevision vermißte Zusage der Klägerin und der Widerbeklagten, daß der Beklagte bei einer Inanspruchnahme aus seiner Bürgschaft das Dreifache des bezahlten Betrages auch ihnen gegenüber verrechnen dürfe, hat das Berufungsgericht darin sehen können, daß die Klägerin und die Widerbeklagten der in jenem Vertrag enthaltenen Bedingung, daß der Beklagte gegebenenfalls das Dreifache seiner Zahlung von den Kaufpreisansprüchen aller Gesellschafter in Abzug bringen dürfe, unwiderruflich und vorbehaltlos zugestimmt hatten.

II. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte keine Forderung gegen die Widerbeklagten habe, weil er die vor-

zeitige Fälligestellung des Darlehens der Bank verursacht habe.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte sei am 1. Oktober 1968 verpflichtet gewesen, erstmals 1 000 DM an die Bank zu zahlen, denn zu dieser Zeit habe eine Verrechnungsmöglichkeit der ihm obliegenden Zins- und Tilgungsleistungen mit den von dem Bauunternehmer Se[REDACTED] für die Überlassung des Grundstücks geschuldeten Zahlungen nicht mehr bestanden. Se[REDACTED] habe nämlich zu diesem Zeitpunkt das Grundstück so weit geräumt gehabt, daß die KG einen verrechnungsfähigen Pachtzins nicht mehr zu beanspruchen gehabt habe. Im übrigen sei die Befugnis des Beklagten, im Hinblick auf ein etwa noch in geringer Höhe von Se[REDACTED] geschuldetes Nutzungsentgelt die Zins- und Tilgungszahlungen zurückzuhalten, aus Treu und Glauben entfallen. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen nicht frei von Rechtsirrtum sind.

a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob Se[REDACTED] Ende September 1968 das Grundstück vollständig geräumt hatte und ob der Beklagte wegen einer etwaigen späteren Räumung des Grundstücks von Se[REDACTED] eine Entschädigung erhalten hatte. Es ist also zugunsten des Beklagten zu unterstellen, daß das nicht der Fall war. Rechtsirrig ist, daß der Beklagte gemäß § 597 BGB ab 1. Oktober 1968 lediglich ein der tatsächlichen Gebrauchsbeeinträchtigung entsprechendes Nutzungsentgelt habe verlangen können, weil der Pachtvertrag mit Se[REDACTED] am 30. September 1968 beendet gewesen sei. War der Vertrag mit Se[REDACTED] in diesem Zeit-

punkt beendet, so kommt für die folgende Zeit, solange das Grundstück nicht geräumt war, nicht § 597 BGB, sondern § 557 BGB zur Anwendung.

Das Berufungsgericht würdigt die im Einvernehmen mit dem Beklagten erfolgte Überlassung des Grundstücks an den Bauunternehmer Se[REDACTED] ersichtlich dahin, daß die KG bzw. Elisabeth S[REDACTED] als Treuhänderin der Altgesellschafter Pächterin und Se[REDACTED] Unterpächter war. Indessen liegt nicht ein Pacht-, sondern ein Mietvertrag vor. Daß der Beklagte in seinem Schreiben vom 2. April 1968 sich mit einer Vermietung des Grundstücks an Se[REDACTED] einverstanden erklärte, ist allerdings unerheblich. Für die Frage, ob ein Miet- oder ein Pachtverhältnis vorliegt, kommt es nicht auf die von den Vertragschließenden gewählte Bezeichnung an. Entscheidend ist, ob der Gebrauch der Sache oder der Gebrauch und der Fruchtgenuß gewährt werden. Hier war der Treuhänderin der Altgesellschafter bzw. Se[REDACTED] nur der Gebrauch gestattet. Das Grundstück sollte als Lagerfläche benutzt werden, bis Se[REDACTED] der Abtransport des gekauften Inventars der KG möglich war. Daß das Grundstück für einen gewerblichen Betrieb eingerichtet war, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Se[REDACTED] war also nicht Unterpächter, sondern Untermieter.

Welcher Mietzins vereinbart war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat jedoch ersichtlich aus dem von Elisabeth S[REDACTED] nicht widersprochenen Schreiben des Beklagten vom 2. April 1968 wie daraus, daß Se[REDACTED] für die Monate April bis Juni 1968 jeweils 1 000 DM an die Bank gezahlt hatte,

gefolgert, Se [REDACTED] habe vereinbarungsgemäß monatlich 1 000 DM, und zwar anstelle des Beklagten an die Bank zahlen müssen. Gemäß § 557 BGB konnte der Beklagte nach Beendigung der Mietzeit ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Schaden entstand, diesen Mietzins als Entschädigung fordern, wenn und solange das Grundstück ihm vorenthalten wurde. Anders wäre es allerdings, wenn der Beklagte den größten Teil des Grundstücks in Besitz und in Gebrauch genommen hätte, wie das Berufungsgericht annimmt. Die Revision rügt indessen mit Recht, daß das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerin und der Widerbeklagten, der Beklagte habe das Grundstück, soweit es von Se [REDACTED] geräumt gewesen sei, lange vor Ende September 1968 in Gebrauch genommen, nicht als unstreitig ansehen durfte. Denn der Beklagte hatte das nach der Beweisaufnahme in seinem Schriftsatz vom 11. Oktober 1971 bestritten und für seine gegenteilige Darstellung Beweis angetreten. Er hatte weiter unter Hinweis auf sein Schreibem vom 19. Juli 1968 vorgetragen, daß er das lediglich teilweise geräumte Grundstück nicht habe verwenden können. Dieses Vorbringen und diese Beweisangebote durfte das Berufungsgericht nicht außer acht lassen, weil dem Beklagten - die Richtigkeit seiner Behauptungen unterstellt - die Verrechnungsmöglichkeit über den 1. Oktober 1968 hinaus erhalten geblieben war.

1

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Verrechnungsmöglichkeit für Oktober 1968 nicht deshalb entfallen, weil der Beklagte gemäß § 556 Abs. 3 BGB von Se [REDACTED] Räumung fordern konnte. Einem Vermieter ist es grundsätzlich nicht verwehrt, gemäß § 557 BGB

vom Mieter Schadensersatz zu verlangen, obgleich er gemäß § 556 Abs. 3 BGB vom Untermieter Räumung verlangen könnte. Diese Bestimmung will nicht die Rechte des Vermieters beschränken, sondern ihm einen zusätzlichen Anspruch geben. Ob in besonders gelagerten Fällen etwas anderes gilt, bedarf hier keiner Erörterung. Hatte der Beklagte einen Anspruch gemäß § 557 BGB, so blieb ihm die Möglichkeit erhalten, die Zins- und Tilgungsleistungen mit der von Se [REDACTED] geschuldeten Entschädigung zu verrechnen, wenn und solange das Grundstück nicht geräumt war.

c) Wenn der Beklagte, wie er behauptet, für das lediglich teilweise geräumte Grundstück keine Verwendung hatte, war es ihm auch nach dem in § 320 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken nicht verwehrt, seine Zahlung zurückzuhalten. Ein Fall, in dem die Verweigerung der eigenen Leistung rechtsmißbräuchlich ist, war dann nicht gegeben. Etwas anderes gilt nicht deshalb, weil der Beklagte am 12. September 1968 an Klaus-Dieter M [REDACTED] geschrieben hatte, er werde das Grundstück selbst räumen lassen, falls es bis Ende September 1968 nicht geräumt sei. Ob der Beklagte zu einer derartigen Maßnahme berechtigt gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben. Denn das Grundstück wäre auch in diesem Fall am 1. Oktober 1968 nicht geräumt gewesen. Sollte sich allerdings ergeben, daß das Grundstück Ende September 1968 im wesentlichen geräumt war und der Beklagte es für seine Zwecke verwenden konnte, dann könnte dieser nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sein, am 1. Oktober 1968 1 000 DM an die Bank zu zahlen.

24

2. Die Revision weist weiter mit Recht darauf hin, daß die Bank die Ratenzahlungen für Juli bis September 1968 nur bis Ende September 1968 gestundet hatte, daß also am 1. Oktober 1968 3 000 DM zur Zahlung fällig waren. Sie will daraus folgern, daß die Bank in jedem Falle das Darlehen fällig gestellt und den Beklagten als Bürgen in Anspruch genommen hätte. Da nach dem Vortrag der Klägerin und der Widerbeklagten im Schriftsatz vom 27. Januar 1971 die Bank in ihrem Schreiben vom 18. September 1968 angekündigt hatte, das Darlehen fällig zu stellen, wenn die monatlichen Zahlungen nicht aufgenommen und "nachgeholt" würden, ist nicht ausgeschlossen, daß sie wegen des Zahlungsrückstandes für Juli bis September 1968 auch dann das Darlehen gekündigt hätte, wenn der Beklagte anfangs Oktober 1968 1 000 DM gezahlt hätte. Zu einer Zahlung der Raten für Juli bis September 1968 war der Beklagte aber auch nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht verpflichtet. Es hätte daher prüfen müssen, ob die Bank wegen des Rückstandes mit den Raten für Juli bis September 1968 auch dann gekündigt hätte, wenn der Beklagte anfangs Oktober 1968 eine Zahlung von 1 000 DM geleistet hätte, oder ob sie in diesem Fall von einer Kündigung abgesehen hätte.

III. Sollte der Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Fälligkeitstellung des Darlehens nicht verursacht haben, weil die Verrechnungsmöglichkeit erhalten geblieben war oder weil die Bank nach Fälligkeit der Raten für Juli bis September 1968 ohnehin das Darlehen gekündigt hätte, so ist dennoch fraglich,

ob er das Dreifache des an die Bank gezahlten Betrages verrechnen darf.

1. Der Beklagte hätte nämlich möglicherweise gegen den in § 162 Abs. 2 BGB normierten Rechtsgrundsatz verstoßen, daß niemand aus der Verletzung seiner Treupflicht Vorteile ziehen darf. Er hatte in seinem Schreiben vom 12. September 1968 angekündigt, daß er ab 1. Oktober 1968 1 000 DM an die Gemeinde R[REDACTED] und nicht an die Bank zahlen werde. Daß er an die Gemeinde R[REDACTED] nicht zahlte, weil das Grundstück am 1. Oktober 1968 nicht völlig geräumt war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Die Absicht des Beklagten, an die Gemeinde R[REDACTED] statt an die Bank zu zahlen, könnte jedenfalls dafür sprechen, daß es ihm darum ging, die Fälligestellung des Darlehens und seine Inanspruchnahme als Bürge, die ihm einen Anspruch auf das Dreifache seiner Zahlung an die Bank gab, treuwidrig herbeizuführen. Das könnte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Beklagte die Eheleute S[REDACTED] und die Widerbeklagten nicht verständigt hätte, daß er in keinem Fall ab 1. Oktober 1968 eine Zahlung an die Bank leisten werde. Daß er Klaus-Dieter M[REDACTED] unterrichtet hatte, wäre hier nur dann von Bedeutung, wenn dieser Vertreter der übrigen Altgesellschafter gewesen wäre und sie sich dessen Kenntnis zurechnen lassen müßten.

2. Auch dann, wenn der Beklagte nicht treuwidrig gehandelt hätte, ist fraglich, ob er das Dreifache seiner Zahlung an die Bank verrechnen darf. Wie dargelegt wurde, ist die Vereinbarung der Verrechnung des

dreifachen Betrages als uneigentliches Vertragsstrafversprechen anzusehen. Es wäre daher gegebenenfalls zu prüfen, ob die Vertragsstrafe unangemessen hoch und gemäß § 343 BGB herabzusetzen ist. Bei der gebotenen Abwägung der Umstände dieses Falles wäre auch zu berücksichtigen, inwieweit der Beklagte dadurch belastet wurde, daß er als Bürge den Betrag von 89 381,86 DM sofort zahlen mußte, während der neben der Rente an die Eheleute S. [REDACTED] zu zahlende Kaufpreis von insgesamt 239 000 DM lediglich jährlich mit 3 % zu verzinsen und mit 2 % zu tilgen war.

IV. Könnte der Beklagte nicht das Dreifache seiner Zahlung an die Bank verrechnen, so wäre zu erwägen, ob er nicht wenigstens den tatsächlich an die Bank gezahlten Betrag mit den offenstehenden Kaufpreisforderungen aller Altgesellschafter, also auch der Klägerin und der Widerbeklagten verrechnen darf. Das Berufungsgericht ist allerdings der Auffassung, der Beklagte habe, weil er die vorzeitige Fälligkeitstellung des Darlehens verursacht habe, nicht nur keinen Anspruch auf das Dreifache seiner Zahlung an die Bank, sondern überhaupt keinen Anspruch aus Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967.

a) Das Berufungsgericht hat indessen nicht erörtert, ob Ziffer VI dieses Vertrages nicht anders verstanden werden kann. Es hat diese Bestimmung als eindeutig angesehen und somit ihre Auslegungsfähigkeit verneint. Ob das zutrifft, ist eine Rechtsfrage, die der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegt (BGHZ 52, 60, 63).

2. Ziffer VI des genannten Vertrages ist auslegungsfähig. Diese Bestimmung kann auch dahin verstanden werden, daß der Beklagte bei seiner Inanspruchnahme als Bürge sich durch Verrechnung mit den offenstehenden Forderungen der Altgesellschafter befriedigen dürfe, daß er aber das Dreifache seiner Zahlung nur dann verrechnen könne, wenn er die Fälligkeitstellung des Darlehens nicht verursacht hatte. Für diese Auslegung könnte die Interessenlage sprechen. Die Aufnahme des Darlehens diene nämlich der Abdeckung von Verbindlichkeiten der KG, für die zum Teil Kommanditisten der KG persönlich hafteten. Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls zu prüfen haben, ob Ziffer VI des Vertrages vom 29. August 1967 nicht in diesem Sinne zu verstehen ist und ob der Beklagte infolgedessen den Betrag seiner Zahlung an die Bank mit den Kaufpreisforderungen der Klägerin und der Widerbeklagten verrechnen darf.

V. Durfte der Beklagte das Dreifache des von ihm an die Bank gezahlten Betrages verrechnen, so ist die Klage unbegründet und die Widerklage begründet, wenn das Dreifache des vom Beklagten an die Bank gezahlten Betrages die offenen Kaufpreisforderungen sämtlicher Altgesellschafter übersteigt. Sollte das nicht der Fall sein oder sollte der Beklagte nur den einfachen Betrag seiner Zahlung verrechnen können, so wäre für die Klage zu klären, inwieweit die Kaufpreisforderung der Klägerin durch Aufrechnung erloschen ist. Die Widerklage könnte nicht deshalb abgewiesen werden, weil die Höhe der Forderungen, deren

sich die Widerbeklagten berühren, unbestimmt und nicht geklärt sei, in welcher Höhe der Beklagte gegenüber den einzelnen Altgesellschaftern aufrechnet.

1. Eine negative Feststellungsklage schließt in aller Regel das Begehren ein, im Falle der grundsätzlichen Anerkennung der Schuld den Betrag festzustellen, bis zu dem der vom Kläger bzw. Widerkläger ganz verneinte Anspruch besteht. Anderenfalls würde eine beiden Parteien dienende Klärung der streitigen Rechtsbeziehungen nicht erreicht, sondern die Parteien auf einen neuen Prozeß verwiesen (BGHZ 31, 358, 362 mit weiteren Nachweisen).

2. Hier könnte das Vorbringen der Widerbeklagten dafür sprechen, daß diese sich in voller Höhe ihrer Kaufpreisforderungen aus den Verträgen vom 29. August/31. August 1967 bzw. 31. Mai/12. September 1968 berühren. Im andern Falle hätte das Berufungsgericht gegebenenfalls unter Ausübung des richterlichen Fragerechts zu klären, wie hoch die Ansprüche sind, deren sich die Widerbeklagten berühren. Wie die Zahlung des Beklagten auf die Ansprüche der einzelnen Altgesellschafter zu verrechnen wäre, ergibt sich nicht aus § 396 BGB, weil sich hier nicht ein Gläubiger bzw. ein Schuldner mit mehreren Forderungen gegenüberstehen. Doch liegt es nahe, aus Ziff. VI des Vertrages vom 29. August 1967 zu entnehmen, daß der vom Beklagten gezahlte Betrag gegebenenfalls entsprechend der Höhe der Kaufpreisforderungen der Altgesellschafter der KG auf diese verhältnismäßig zu verrechnen wäre.

VI. Da das Urteil des Berufungsgerichts mithin keinen Bestand haben kann und es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, war es aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Endentscheidung in der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann