

Verkündet
am 13. Oktober 1959
Hofmeister, Justiz-
angestellter als
Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des unter der Firma K[REDACTED] & Cie. handelnden Kaufmanns
Heinz Wilhelm K[REDACTED] in D[REDACTED], Li[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ma[REDACTED] Leichtbau Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung, M[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihre Geschäftsführer Dipl. Ing. L[REDACTED] und Dr. F[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1959 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bun-
desrichter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 19. Dezember 1958 wird auf Kosten des
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, Pächterin des Grundstückes H[REDACTED]straße [REDACTED] in D[REDACTED], vermietete einen Teil davon, eine etwa 450 qm große Halle nebst etwa 90 qm Keller, auf zunächst fünf Jahre zu einem monatlichen Mietzins von 950 DM an den Beklagten. Der vom 1. Juli 1955 datierte Vertrag wurde erst gegen Ende August 1955 unterschrieben. Nach Nr. 1 sollte das Mietverhältnis am 15. Juni 1955 beginnen. In Nr. 2 heißt es, die Klägerin (Vermieterin) sei berechtigt, den Mietvertrag fristlos zu lösen, wenn der Mieter mit der Mietzahlung 2 Monate in Verzug komme. Nr. 9 des Vertrages besagt:

"Es ist in Aussicht genommen, daß Vermieterin und Mieterin einen Pförtner anstellen, der von beiden Firmen beschäftigt wird." Diesbezüglich sind nähere Abmachungen in einem Zusatzvertrag zu diesem Mietvertrag noch zu treffen."

Einen großen Teil des Grundbesitzes nutzt die Klägerin selbst gewerblich. Nach dem Mietvertrag durfte der Beklagte in der Halle Werkzeugmaschinen lagern und überholen. Beide Parteien benutzen denselben Eingang zum Grundstück. Ab 1. September stellte die Klägerin Pförtner an und entlohnnte sie. Vom Beklagten forderte sie einen Kostenbeitrag. Darüber, sowie wegen anderen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Ausführung des Mietvertrages, schwebten zwischen den Parteien sich lang hinziehende Verhandlungen. Es kam nicht zu ergänzenden schriftlichen Abmachungen.

Mit Schreiben vom 11. Mai 1956 setzte die Klägerin unter Androhung des Rücktritts vom Vertrage dem Beklag-

- 3 -

ten eine Frist zur Zahlung der von ihr ihm für die Zeit bis einschließlich April berechneten Bewachungskosten (= 1/3 der von ihr angeblich für die Pfortner aufgewandten Beträge). Nach Fristablauf erklärte sie mit Schreiben vom 26. Mai 1956 den Rücktritt vom Mietvertrage.

Nach ihrer Behauptung hat sich der Beklagte mündlich bereit erklärt, ein Drittel der Bewachungskosten für die Zeit vom 1. September 1955 an zu zahlen. Dieser Anteil betrug nach ihrer Behauptung für die Zeit vom 1. September 1955 bis einschließlich September 1956 = 3296,66 DM. Seit dem 1. Oktober 1956 zahlt der Beklagte monatlich zusätzlich zur Miete einen Bewachungskostenanteil von 200 DM, jedoch nur unter Vorbehalt der Rückforderung.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit klagte die Klägerin den Betrag von 3296,66 DM (nebst Zinsen) ein. Außerdem begehrt sie Räumung gestützt auf Rücktritt vom Vertrage und Kündigung des Mietvertrages aus wichtigem Grunde. Diese stützte sie zunächst auf Nichtzahlung des Bewachungskostenanteils für die Zeit vom 1. September 1955 bis einschließlich 30. September 1956 und im Laufe des Rechtsstreites auch auf Verzug mit Zahlung der Miete für die Monate November und Dezember 1957. Damit hat es folgende Bewandtnis:

Der Beklagte hatte seiner Bank in Düsseldorf Dauerauftrag erteilt, die Miete von 950 DM und den Bewachungskostenanteil von 200 DM = insgesamt 1150 DM auf das Konto der Klägerin bei der Deutschen Bank, Filiale in M., zu überweisen. Am 25. Oktober 1957 schrieb er seiner Bank, diese solle den Auftrag in



der Folgezeit so ausführen, daß die Zahlung an die Klägerin nur gegen die Vorlage nachstehender Quittungen vorgenommen werde:

1. DM 950 zum Ausgleich der Mietansprüche, einschließlich des Monats (beginnender Monat),
2. DM 200,-- Bewachungskostenanteil, vorbehaltlich aller Rechte, insbesondere des Rückforderungsrechts, für den Monat ... (beginnender Monat).

Entsprechend teilte die Bank des Beklagten der Bank der Klägerin am 28. Oktober 1957 mit, sie werde künftig die Beträge nur gutschreiben, wenn die vom Beklagten geforderten Quittungen von der Klägerin eingereicht würden, die sie an sie weiterzuleiten bitte. Die Bank der Klägerin unterrichtete diese mit Schreiben vom 31. Oktober 1957 von dem Verlangen des Beklagten und dem geforderten Wortlaut der Quittungen. Unter dem 2. Dezember 1957 setzte die Bank des Beklagten diesen davon in Kenntnis, sie habe von der Klägerin zwei Quittungen folgenden Wortlauts erhalten;

"betr. Mietzahlung

Wir bestätigen den Eingang von DM 950 für Mietzahlung Monat November 1957."

"betr. Bewachungskostenanteil

Wir bestätigen den Eingang von DM 200 für Bewachungskostenanteil Monat November 1957 unter Vorbehalt von Nachforderungen."

Gleichzeitig bat sie um Mitteilung, ob der Beklagte einverstanden sei, wenn sie für November 1957 und für die Zukunft gegen Quittungen mit diesen Texten für

ihn zahle. Mit Schreiben vom 3. Dezember 1957 erwiderte der Beklagte ihr, es müsse bei seiner Anweisung vom 25. Oktober 1957 verbleiben, er lehne die von der Klägerin gewünschte Änderung ausdrücklich ab. Daß diese entsprechende Quittungen mit dem Wortlaut "Mietzahlung für Monat November usw." erteilen wolle, hatte deren Anwalt dem Beklagten bereits mit Schreiben vom 21. November 1957 unmittelbar mitgeteilt. Dieser hatte ihm daraufhin am 2. Dezember 1957 geantwortet, er habe den Wortlaut der Quittungen vorgeschrieben und sei nicht bereit, eine andere Formulierung anzunehmen.

Die Klägerin kündigte nunmehr mit Schreiben vom 4. Dezember 1957, dessen Annahme der Beklagte verweigerte, das Mietverhältnis erneut - nunmehr gestützt auf Rückstand mit zwei Monatsmieten - fristlos und ließ das Kündigungsschreiben nochmals unter dem 10. Dezember 1957 durch den Gerichtsvollzieher zustellen.

Der Beklagte hält sich nicht für verpflichtet, einen Bewachungskostenanteil zu zahlen, glaubt auch die dafür - unter Vorbehalt - gezahlten 200 DM monatlich zurückfordern zu können und will damit gegenüber der Klagforderung aufrechnen können. Er meint auch, die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, das Mietverhältnis zu kündigen, weil er mit Zahlungen nicht im Verzuge gewesen sei.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 2600 DM nebst 5 % Zinsen ab 15. März 1956 stattgegeben und den Beklagten zur Räumung verurteilt. Den weitergehenden Zahlungsanspruch hat es abgewiesen.

Berufung und Anschlußberufung blieben erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage in vollem Umfange.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision kann sachlich keinen Erfolg haben.

A. Zahlungsanspruch.

I. Das Berufungsgericht sieht nicht als erwiesen an, daß es zwischen den Parteien zum Abschluß des in Aussicht genommenen Zusatzvertrages zu Nr. 9 des Mietvertrages gekommen ist. Es vertritt jedoch die Auffassung, es bestehe gleichwohl eine bindende Verpflichtung des Beklagten zur Beteiligung an den Kosten der Pfortner-einstellungen, auch "Bewachungskosten" genannt. Diese Verpflichtung entnimmt es der Nr. 9 des Mietvertrages, die es auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme trotz ihres Wortlautes, "es sei in Aussicht genommen" usw. als grundsätzliche Vereinbarung über eine Beteiligung des Beklagten an diesen Kosten, nicht nur als einen für die Zukunft beabsichtigten Programmpunkt ansieht. Nur die Festlegung der Ausführungsbestimmungen ist nach seinen Feststellungen einem noch abzuschließenden Zusatzvertrag vorbehalten gewesen. Soweit der Beklagte gegen die Person der angestellten Pfortner Einwendungen erhebt, hält es sein Vorbringen für ungenügend, ebenso, soweit er sich dagegen wendet, daß die angestellten Personen nicht von beiden Parteien ausgesucht und angestellt seien. Was die Höhe seiner Beteili-

gung an den Kosten der Bewachung anbelangt, so ist es der Auffassung, mangels der vorbehaltenen, aber nicht erzielten Einigung darüber müsse das als vereinbart gelten, was nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien und unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessenlage als angemessen erscheine. Danach hält es den vom Beklagten später unter Vorbehalt gezahlten Betrag von 200 DM monatlich für der Sachlage entsprechend, und zwar rückwirkend vom 1. September 1955 an, dem Beginn der tatsächlichen Nutzung der gemieteten Räume durch den Beklagten. Daraus ergibt sich für 13 Monate - 1. September 1955 bis einschließlich 30. September 1956 - der zugesprochene Betrag von 2600 (13 x 200) DM.

II. Entgegen der Auffassung der Revision enthalten die Ausführungen des Berufungsgerichts, welche sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete bewegen, auch die Auslegung eines Individualvertrages zum Gegenstand haben und deshalb der Nachprüfung im Revisionsrechtszuge nur beschränkt zugänglich sind, keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Auch die Verfahrensrügen der Revision aus §§ 139, 286 ZPO schlagen nicht durch.

1. Zu Unrecht stellt die Revision den Wortlaut der Nr. 9 des Mietvertrages in den Vordergrund ihrer Rügen und meint, schon dieser besage nach dem Sprachgebrauch "in Aussicht genomme....", eindeutig, daß eine bindende Vereinbarung über die finanzielle Beteiligung des Beklagten noch nicht getroffen, sondern erst der Zukunft vorbehalten gewesen sei, wie auch aus dem zweiten Satz dieser Vertragsbestimmung hervorgehe.

Der Revision ist zwar zuzugeben, daß die Auslegungsfähigkeit einer Erklärung ihre Mißverständlichkeit

oder Mehrdeutigkeit voraussetzt (BGB RGRK 11. Aufl. § 133 Anm. 1; RGZ 82, 308, 316; 95, 125, 126; Urteil des erkennenden Senats vom 25. November 1958 VIII ZR 159/57 S. 10). Darauf kommt es hier jedoch nicht an; denn, solange sich der wirkliche, übereinstimmende Wille der Parteien im Wege der Beweiserhebung ermitteln läßt, ist kein Raum für eine Auslegung (BGH Urt. v. 14. März 1956 - VI ZR 336/54 - LM BGB § 157 (Gf) Nr. 2). Das besagt, daß es den Parteien, die sich über die Bedeutung einer Erklärung streiten, unbenommen ist, den Beweis zu führen, daß sie sich beide bei Abgabe der Erklärung über diese Bedeutung einig waren (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 116/57-S. 9 mit Nachweisen). Auch hier hat das Berufungsgericht insoweit keine Auslegung vorgenommen, sondern auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme als übereinstimmenden Willen der Parteien bei Vertragsabschluß in der Vergangenheit festgestellt, in Nr. 9 des Mietvertrages habe schon die grundsätzliche Verpflichtung des Beklagten zur (angemessenen) Beteiligung an den "Bewachungskosten" bindend festgelegt werden sollen. Es trifft deshalb nicht zu, daß das Berufungsgericht, wie die Revision rügt, die Grenzen der Vertragsauslegung, wie sie in BGHZ 9, 273 festgelegt sind, überschritten hat; denn es hat sich hier gerade nicht in Widerspruch zu dem Parteiwillen gesetzt und hat auch nicht den Vertragsgegenstand unzulässig erweitert.

2. Bei seinen Erwägungen hat es weder den Wortlaut der Nr. 9 noch den der Nr. 10 des Vertrages übersehen. Es hat auch nicht das Schreiben des Beklagten vom 4. November 1955 unberücksichtigt gelassen, sondern hat es ausdrücklich in seinem Urteil (S. 8) erwähnt und gewürdigt. Es war aber nicht aus Rechtsgründen genötigt, sei-

nem Wortlaut, es sei vereinbart, daß sich der Beklagte "gegebenenfalls" an den Pförtnerkosten beteilige, zu entnehmen, es sei nicht schon bei Vertragsabschluß, wie es insbesondere auf Grund der Aussage des Prokuristen Ha [REDACTED] tatsächlich festgestellt hat, eine (angemessene) Beteiligung des Beklagten an diesen Kosten "Geschäftsgrundlage" geworden (BU.S.9). Damit meint es, wie dem Gesamtinhalt seiner Entscheidungsgründe zu entnehmen ist, nicht eine solche im Sinne des von der Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelten Begriffs, sondern die Vereinbarung einer solchen Beteiligung als Bestandteil des Mietvertrages.

3. Auch sonst geht der Gedankengang des Berufungsgerichts nicht fehl, wie die Revision meint. Davon, daß die Klägerin nach § 154 Abs. 1 BGB die Beweislast dafür hat, in Nr. 9 des Mietvertrages habe schon eine grundsätzliche Verpflichtung des Beklagten zur Beteiligung an den Bewachungskosten vereinbart werden sollen, obwohl über einen an sich wesentlichen Punkt, nämlich die Höhe des Beitrages, noch nichts bestimmt war, ist das Berufungsgericht ausdrücklich ausgegangen (BU.S.10). Aus Rechtsgründen nicht angreifbar ist es, daß es in diesem Zusammenhang die wirtschaftliche Interessenlage und "die zwischen Kaufleuten in bezug auf Handelsgeschäfte üblicherweise obwaltenden Erwägungen" zugunsten der Klägerin wertet. Wie sich aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, meint es, der Beklagte habe als Kaufmann den Mitteilungen des Prokuristen Ha [REDACTED] der Klägerin über die zu Nr. 9 des Mietvertrages führenden Überlegungen der Klägerin, insbesondere auch über die Kostenfrage, entnehmen müssen und auch entnommen, "eine Beteiligung an den Bewachungs-

kosten sei "Vertragsgrundlage", und zwar solle diese bereits als ein wesentlicher Bestandteil im Mietvertrag verankert und nur noch die Vereinbarung der "Ausführungsbestimmungen" dem noch abzuschließenden Zusatzvertrag überlassen bleiben (BU 9, 10). Daraus zieht es den Schluß, deshalb müsse nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte angenommen werden, Nr. 9 des Mietvertrages habe - nach dem damals übereinstimmenden Parteiwillen - bereits die bindende Verpflichtung zur Beteiligung an den Pfortnerkosten begründen sollen (BU. 11).

Die erwähnte Ausdrucksweise im Urteil zwingt auch nicht zu der Annahme, das Berufungsgericht sei hier rechtsirrig von einem typischen Geschehensablauf ausgegangen und habe - unzulässigerweise - die Regeln des sog. Anscheinsbeweises angewandt. Ein solcher typischer Geschehensablauf mag zwar in der Regel nicht gegeben sein, wenn es sich wirklich um eine vorwiegend auf den Einzelfall abgestellte vertragliche Vereinbarung oder um die Feststellung eines besonderen individuellen Willensentschlusses eines Menschen handelt (BGH Urt. vom 21. November 1950 - I ZR 49/50 - NJW 1951, 70; Urt. vom 25. März 1953 - II ZR 146/52 - LM ZPO § 286 (C) Nr. 11; Urt. vom 10. April 1958 - II ZR 324/56 - WM 1958, 991; Urteil des erkennenden Senats vom 21. April 1959 - VIII ZR 48/58 - S. 8). Das schließt es aber nicht aus, bei der Ermittlung des Inhaltes von Willenserklärungen auch die allgemeine Lebenserfahrung oder die bei Kaufleuten üblichen Erwägungen zu berücksichtigen (vgl. auch Urteil des erkennenden Senats vom 12. November 1957 - VIII ZR 311/56 - NJW 1958, 177). Mehr hat das Berufungsgericht nicht getan.

4. Nicht rechtsirrig sind auch seine Ausführungen, "wenn es dem Beklagten hätte freigestellt werden sollen, ob er sich an den Kosten der Pfortnerbewachung beteiligen wollte oder nicht, so hätte dies im Ergebnis dazu geführt, daß es ihm freigestanden hätte, nach seinem Gutdünken die Höhe der von ihm zu leistenden Mietzahlungen in erheblichem Umfange einseitig selbst zu bestimmen" und "derartige Vereinbarungen würden nicht zwischen erfahrenen Kaufleuten abgeschlossen werden". Dabei handelt es sich einmal um die Entscheidung nicht tragende Hilferwägungen. Aus ihnen ist aber aus den gleichen Gründen wie unter 3 dargelegt auch nicht, wie die Revision meint, der Schluß gerechtfertigt, das Berufungsgericht habe hier in unzulässiger Weise die Regeln des Beweises des ersten Anscheins angewandt. Es hat auch nicht mit diesen Darlegungen gegen die Gebote der Logik verstoßen. Richtig ist zwar, daß die Klägerin beweisen muß, der Vertrag sei dahin zu verstehen, daß der Beklagte sich von vornherein grundsätzlich zur Tragung eines (angemessenen) Teiles der Bewachungskosten bereit erklärte. Es liegt aber im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung, wenn das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme als Vertragswillen der Klägerin feststellt, den der Beklagte damals auch erkannt und anerkannt habe, ihn schon fest an die Kostenbeteiligung zu binden, und wenn es dabei verwertet, andernfalls würde es ihm freigestanden haben, seine - durch die Höhe der Bewachungskosten beeinflusste - Mietzahlung in erheblichem Umfange selbst zu bestimmen, einen Willen, den die Klägerin als Kaufmann - für den Beklagten erkennbar - nicht gehabt habe. Das bedeutet auch nicht, wie die

Revision meint, daß die Klägerin nunmehr ihrerseits einseitig die Höhe der Miete - hinsichtlich des Bewachungskostenanteils - bestimmen konnte, sondern nur, daß sich der Beklagte grundsätzlich an diesen Kosten beteiligen mußte, und zwar, wenn es zu keiner ausdrücklichen Einigung kam, mit einem, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, angemessenen Anteil.

5. Fehl gehen auch die Angriffe der Revision, soweit sie rügt, das Berufungsgericht habe bei seiner Rechtsansicht, der Beklagte habe einen Beitrag zu den Bewachungskosten zu leisten, wesentlichen Prozeßstoff unzutreffend gewürdigt oder übergangen. Die Revision beachtet hier nicht genügend, daß dieses, wie bereits ausgeführt, ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen ist, daß die grundsätzliche Verpflichtung des Beklagten zur Beteiligung an diesen Kosten schon in dem spätestens am 25. August 1955 unterschriebenen, vom 1. Juli 1955 datierten Mietvertrag enthalten ist. Der Beklagte könnte sich danach höchstens weigern, einen angemessenen Anteil zu bezahlen, wenn sich die Klägerin, insbesondere bei der Auswahl und der Überwachung der Pförtner oder sonst im Zusammenhang mit der Nr. 9 des Mietvertrages später wesentlicher (positiver) Vertragsverletzungen schuldig gemacht hätte. Das ist aber nach dem vom Berufungsgericht festgestellten und dem zum Teil unstreitigen Sachverhalt zu verneinen und auch nicht dem von ihm angeblich übergangenen Vortrag des Beklagten zu entnehmen.

a) Der Mietvertrag sollte bereits am 15. Juni 1955 beginnen (Nr. 1), obwohl der Beklagte die Mieträume (Halle) noch instandsetzen mußte (Nr. 6) und sie erst am

1. September 1955 bezogen hat. Wie ebenfalls unstrittig ist (BU.3), hat die Klägerin von diesem Tage an Pförtner für den - gemeinsam benutzten - Eingang angestellt und entlohnt. Aus Rechtsgründen nicht angreifbar ist, wenn das Berufungsgericht feststellt, die Klägerin habe, obwohl Nr. 9 des Vertrages nur vorsehe, daß beide Parteien den oder die Pförtner anstellten, damals nach Lage der Sache annehmen können, der Beklagte werde damit einverstanden sein und es - sogar - begrüßen, wenn sie sich der Aufgabe unterzog, geeignete Bewerber zu angemessenen Bedingungen zu finden, zumal insoweit die Interessen beider Parteien gleichgerichtet gewesen seien. Dabei würdigt es, daß die Besetzung von Pförtnerstellen - im Gegensatz zu der von leitenden Stellen - unter Berücksichtigung des knappen Angebotes am Arbeitsmarkt - keine derart schwerwiegende Entscheidung gewesen sei, daß darüber Verhandlungen oder Diskussionen erforderlich gewesen seien. Ob sich diese Auffassung halten lassen würde, wenn damals bereits Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über die Beteiligung an den sog. Bewachungskosten bestanden hätten, kann dahingestellt bleiben; denn die Feststellung des Berufungsgerichts geht dahin, über die grundsätzliche Beteiligung des Beklagten seien sich die Parteien bei Abschluß des Mietvertrages, also noch kurz vor dem 1. September 1955, einig gewesen.

b) Bei dieser Sachlage geht auch der Hinweis der Revision auf die Schreiben des Beklagten vom 4. und 11. November 1955 ins Leere. In beiden Schreiben ist zwar betont, der Beklagte lege Wert darauf, daß der Tages- und Nachtpförtner auch seinen Wünschen entspreche und daß er bei Einstellung der Kräfte seine Wünsche

äußern dürfe. Damals war es aber, wie der unstreitige Briefwechsel ergibt, bereits zu Unstimmigkeiten wegen der Kostenbeteiligung des Beklagten gekommen, auch muß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts davon ausgegangen werden, daß die Pförtner bereits eingestellt waren, und zwar, ohne daß es der Klägerin als Verschulden angerechnet werden kann, wenn sie sich nicht vorher über ihre Auswahl mit dem Beklagten ausdrücklich in Verbindung gesetzt hat.

c) Aus Rechtsgründen nicht angreifbar ist es auch, daß das Berufungsgericht den Beweisanträgen im Schriftsatz vom 11. Juni 1958 Seite 4, 5 nicht weiter nachgegangen ist.

Aus dem sehr allgemein gehaltenen Vortrag in diesem Schriftsatz läßt sich jedenfalls noch nicht entnehmen, daß die Klägerin, die - nach dem eigenen Vortrag des Beklagten - das Hauptinteresse an einer Bewachung gehabt haben soll, von vornherein ungeeignete Pförtner angestellt hat. Es mag sein, daß der - später auch entlassene, zur Zeit seiner Vernehmung am 24. Oktober 1957 77 Jahre alte - Pförtner S. geistig nicht mehr voll auf der Höhe war. Das besagt jedoch noch nicht ohne weiteres, daß die Klägerin ihn von vornherein für ungeeignet zu halten brauchte oder hinreichenden Anlaß gehabt hätte, ihn wieder zu entlassen.

Der Beklagte will zwar nach seinem Vortrag in dem genannten Schriftsatz auch "von Anfang an Beanstandungen gegen die Person und das Verhalten der Pförtner erhoben haben". Einzelheiten sind darüber jedoch ebenso wenig vorgetragen, wie die Vorfälle, die den Pförtnern sonst zur Last gelegt werden, irgendwie näher zeitlich

bestimmt sind. Nur wenn sie darüber jeweils alsbald Nachricht bekommen hätte, hätte die Klägerin aber eingreifen können und könnte ihr der Beklagte aus dem Nichteingreifen einen Vorwurf machen. In diesem Zusammenhang betont deshalb das Berufungsgericht mit Recht, der Schriftwechsel enthalte nichts über (etwai-ge) Gründe gegen die Person der Pförtner, erstmalig in der Verhandlung vom 20. Februar 1957 seien solche Gründe vorgetragen, die es jedoch aus - im Ergebnis nicht angreifbaren - tatrichterlichen Erwägungen nicht als so wesentlich angesehen hat, daß der Klägerin ihr grundsätzlicher Anspruch auf Beteiligung des Beklagten an den Bewachungskosten wegen Vertragsverletzung versagt oder gemindert werden könnte.

B. Räumungsanspruch.

Das Räumungsbegehren hat das Berufungsgericht für begründet erachtet, weil der Beklagte mit den Mietzinszahlungen für zwei - aufeinanderfolgende - Monate (November und Dezember 1957) im Verzuge gewesen und die Klägerin deshalb sowohl nach § 554 Abs. 1 BGB als auch nach Nr. 2 Abs. 2 des schriftlichen Mietvertrages zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt gewesen sei und diese Kündigung auch durch Schreiben vom 4. Dezember 1957 - form- und fristgerecht - ausgesprochen habe. Seine Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten.

I. Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte habe die Miete für die Monate November und Dezember 1957 zwar fristgemäß an die Süddeutsche Bank (jetzt Deutsche Bank AG in M), bei der die Klägerin ein Konto un-

terhalte und an die auch die früheren Mietzahlungen geleistet worden waren, überweisen lassen. In dieser Überweisung erblickt es zutreffend keine schuldbefreiende Leistung des Beklagten, weil keine Gutschrift zugunsten der Klägerin erfolgt ist, der Beklagte diese vielmehr ausdrücklich davon abhängig gemacht hat, daß die Klägerin zuvor eine Quittung bestimmten Wortlautes unterschrieb, nämlich, "den Betrag von DM 950,-- zum Ausgleich der Mietansprüche einschließlich des Monats November 1957 (Dezember 1957) erhalten zu haben". Dieses Verlangen hält das Berufungsgericht für nicht berechtigt, weil der Beklagte jedenfalls auf eine Erklärung dieses Inhalts keinen Anspruch gehabt habe. Dem ist im Ergebnis beizutreten.

Nach § 368 BGB hat der Gläubiger zwar gegen Empfang der Leistung "auf Verlangen" ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) zu erteilen. Diese Quittung ist nach herrschender Meinung nichts weiter als das Bekenntnis einer Tatsache, hier, daß der jeweils angegebene Betrag - als Miete für einen bestimmten Monat - bezahlt war. Zur Abgabe eines solchen Empfangsbekenntnisses war die Klägerin aber nach dem unstreitigen Sachverhalt bereit; denn sie wollte den Empfang der Miete wie folgt quittieren: "betr. Mietzahlung, Wir bestätigen den Empfang von DM 950,-- für Mietzahlung Monat November 1957" usw. Wenn der Beklagte eine solche Fassung, die seinen berechtigten Interessen entsprach, ablehnte und ausdrücklich auf dem vom ihm vorgeschriebenen Wortlaut bestand, so ist die Klägerin nicht in Annahmeverzug gekommen und der Beklagte im Schuldnerverzug geblieben; denn die Klägerin konnte, wie dargelegt, nicht über das Geld verfügen.

Dabei ist nicht entscheidend, ob die vom Beklagten verlangte Erklärung wirklich einen Anspruchsverzicht der Klägerin bedeutet haben würde, wie das Berufungsgericht meint. Es genügt, daß aus einer solchen Förmelung, wie es feststellt, auch nur möglicherweise ungünstige Schlüsse im Prozeß gegen die Klägerin hätten gezogen werden können, daß diese es jedenfalls befürchten konnte. Deshalb hat das Berufungsgericht die Klägerin ohne Rechtsirrtum nicht für verpflichtet angesehen, die geforderten Erklärungen abzugeben. Fehl geht nämlich auch die Auffassung der Revision, das vom Beklagten vorgeschriebene Empfangsbekenntnis sei als ein solches hinsichtlich der Miete für den Zahlungsmonat und zugleich hinsichtlich der für die früheren Monate des Mietverhältnisses zu verstehen gewesen. Wenn der Beklagte nachträglich, was ihm freistand, Quittungen für die früheren Monatsmieten hätte haben wollen, hätte er das auf jeden Fall klarer zum Ausdruck bringen müssen. Keinesfalls konnte er aber, nachdem er jahrelang keine Quittungen verlangt hatte, wobei dahingestellt bleiben mag, ob diese überhaupt bei Zahlung durch Banküberweisung noch nötig waren, die Zahlung der weiteren Mietzinsraten von der Quittierung der früheren abhängig machen.

II. Ohne Rechtsirrtum ist das Berufungsgericht auch der Auffassung, der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, die Leistung - rechtzeitige Zahlung - sei infolge eines Umstandes unterblieben, den er nicht zu vertreten habe (§ 285 BGB). Es liegt im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens, wenn es ausführt, er könne sich insbesondere nicht darauf berufen, er habe sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden, und dabei die Auffassung vertritt, er habe, insbesondere nach Erhalt des Schreibens des Prozeßbevollmächtigten der Klä-

gerin vom 21. November 1957, unschwer die Rechtslage erkennen können, zum mindesten aber in jedem Falle mit der Möglichkeit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte rechnen müssen. Der Revision ist zuzugeben, daß die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Urt. v. 9. Februar 1951 - I ZR 35/50 - NJW 1951, 398) einen etwas anderen Sachverhalt betrifft. Das ändert aber nichts daran, daß der Beklagte mindestens fahrlässig gehandelt hat, wenn er es dazu kommen ließ, daß die Klägerin, die sich rechtzeitig zu der Sach- und Rechtslage entsprechenden Empfangsbescheinigungen erboten hatte, erst im Januar 1958 über die ihr zustehenden Mietzinsbeträge verfügen konnte.

III. Der festgestellte Sachverhalt bietet auch keinen Anhalt dafür, daß die Klägerin gegen Treu und Glauben verstieß, wenn sie die Zahlungsverweigerung des Beklagten zum Anlaß nahm, das Mietverhältnis zu kündigen, oder richtiger, die bereits erfolgte Kündigung nunmehr auch auf den Zahlungsverzug des Beklagten mit den Mietzinsraten für November und Dezember 1957 zu stützen.

Mit der Revision ist zwar davon auszugehen, daß auch eine Kündigung unzulässige Rechtsausübung sein kann (RGZ 150, 232 ff und Kiefersauer in Staudinger, BGB 11. Aufl. § 554 Anm. 4). Der vom Reichsgericht aaO entschiedene Fall unterscheidet sich aber von dem vorliegenden ganz wesentlich. Dort hatte der Verpächter den Pächter in den Glauben versetzt, er werde von einem ihm zustehenden Kündigungsrecht, das der Pächter durch verhältnismäßig geringfügige Zahlungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt noch hätte abwenden können, keinen Gebrauch machen, hatte dann aber schließlich im letzten Augenblick

gekündigt und es dadurch dem Pächter unmöglich gemacht, ihn noch rechtzeitig zu befriedigen. Im vorliegenden Falle hatte die Klägerin bereits, wenn auch aus anderen Gründen, gekündigt. Der Beklagte mußte deshalb geradezu damit rechnen, sie werde ihre Kündigung, sobald er auch noch mit Mietzahlungen in Verzug kam, darauf stützen. Im übrigen hat der erkennende Senat keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darin erblickt, daß ein Vermieter kündigt, sobald ein Mieter erstmalig mit zwei aufeinanderfolgenden Mietzinsraten in Verzug gekommen ist, wenn er zuvor auch verspätete Zahlungen jeweils einer Rate eine Zeit lang hingenommen hat (Urt. vom 24. Februar 1959 - VIII ZR 33/58 - NJW 1959, 766 = MDR 1959, 386).

Unerheblich ist auch, daß der Beklagte die Miete an sich fristgemäß an die Bank der Klägerin überwiesen hatte, bei der sie einem Zwischenkonto gutgeschrieben war, so daß diese nicht zu befürchten brauchte, ihre Mietzinsforderung sei etwa mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten gefährdet. Das ändert nichts daran, daß sie, "solange das Geld ihr nicht gutgeschrieben war", was unstreitig nicht vor Januar 1958 geschehen ist, nicht darüber verfügen konnte.

Ob die im Laufe des Prozesses erklärte Aufrechnung mit den nur unter Vorbehalt gezahlten 200,-- DM monatlich für Überwachungskosten unverzüglich im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB erfolgt ist, kann dahingestellt bleiben, weil, wie die Ausführungen unter A ergeben, dem Beklagten ein Rückforderungsrecht nicht zusteht.

C.

Die Revision war hiernach mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann Artl Dr. Spieler Dorschel Dr. Mezger