

Verkündet
am 27. November 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Aufbereitung Otto R [REDACTED], G [REDACTED],
Z [REDACTED] Allee [REDACTED], Allein inhaber: Kaufmann Otto F [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Diplom-Kaufmann Dr. jur. Erich Z [REDACTED], G [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. November 1961 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-
Trosien, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
(Westf.) vom 10. Mai 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
den 12. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Inhaber der Klägerin (Kläger) unterhält seit dem Jahre 1955 auf H■■■■ der H■■■■ Bergbau-Aktiengesellschaft (HBAG) einen Betrieb zur Kohleaufbereitung. Schon bei den Übernahmeverhandlungen hatte er den Beklagten zugezogen, der ihm zur Überbrückung vorübergehender Geldknappheit auch 7.000 DM zur Verfügung stellte. Der Kläger betraute den Beklagten, der auch für andere Klienten als Steuerberater tätig ist, in der Folge mit der Buchführung, der Korrespondenz, der Erstellung der Bilanzen und der Beratung in wirtschaftlichen und rechtlichen Fragen. Der Beklagte führte diese Arbeiten mit Unterstützung seiner Ehefrau in seinen Büroräumen aus. Er erhielt hierfür monatlich 1.500 DM, wovon nach den Büchern 500 DM an seine Ehefrau gezahlt wurden, die als Angestellte des Klägers geführt wurde. Zwischen den Parteien und deren Frauen entwickelte sich im Laufe der Zeit auch ein reger gesellschaftlicher Verkehr; der Beklagte trat dem Kegelklub bei, dem auch der Kläger angehörte.

Nachdem der Kläger zunächst die Halde Vollmond ausgebeutet hatte, ist er zur Zeit mit dem Abbau der Halde Müser III befaßt.

Am 31. Januar 1958 erklärte der Kläger dem Beklagten, er könne nicht mehr 1.500 DM monatlich an ihn zahlen und stelle deshalb einen neuen Buchhalter ein, der Beklagte könne jedoch die Bilanzierungsarbeiten für ihn weiter ausführen. Zugleich kündigte der Kläger das Angestelltenverhältnis der Ehefrau des Beklagten zum 15. März 1958. Da der Beklagte sich mit diesen Maßnahmen nicht einverstanden erklärte, ließ der Kläger ihm durch seine Anwälte mit Schreiben vom 13. Februar 1958 u.a. mitteilen, durch verschiedene Umstände, auf die einzugehen sich jetzt erübrige, sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien auf

- 3 -

das erheblichste erschüttert worden, er wiederhole daher die Kündigung, und zwar zum 31. März 1958.

Der Kläger hat mit der Klage vom Beklagten Herausgabe sämtlicher Buch- und Steuerunterlagen verlangt. Durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil hat das Landgericht nach dem Klageantrag erkannt.

Mit der Widerklage hat der Beklagte beantragt, den Kläger zu verurteilen, ihm 5.000 DM zu zahlen.

Zur Begründung dieses Anspruchs hat er vorgetragen, der Kläger habe ihm zunächst ein monatliches Entgelt von 2.500 DM zugesagt, davon je 500 DM für die Tätigkeit seiner Ehefrau und zur Abgeltung seiner Bürounkosten. Im Mai 1956 hätten die Parteien vereinbart, die Gesamtvergütung des Beklagten rückwirkend auf 1.500 DM herabzusetzen, dafür aber das Vertragsverhältnis bis zur Beendigung des damals schon vorhergesehenen Abbaues der Halde Müser III zu verlängern. Der Kläger habe den Vertrag daher nicht frei kündigen können und müsse ihm die Vergütung weiter zahlen.

Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt und geltend gemacht, man habe von Anfang an nur ein Entgelt von 1.500 DM vereinbart. Die Vertragsdauer sei nicht verlängert worden; im Mai 1956 seien noch keine Verhandlungen wegen des Abbaues der Halde Müser III geführt worden, er habe auch kein Optionsrecht auf diese Halde gehabt, wie der Beklagte irrtümlich angenommen habe. Er - der Kläger - sei zudem zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen. Der Beklagte habe in zahlreichen Fällen, insbesondere auf der Kegelbahn, über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse anderer Klienten geredet und dadurch sein - des Klägers - Vertrauen zu ihm schwer erschüttert; er habe



befürchten müssen, daß der Beklagte auch von den durch die Tätigkeit für ihn erworbenen Kenntnissen Dritten Mitteilung mache.

Der Beklagte hat die vom Kläger behaupteten Indiskretionen bestritten. Er hat ferner darauf hingewiesen, der Kläger habe sich an den Gesprächen selbst beteiligt und an seinen Äußerungen niemals Anstoß genommen.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Kläger gemäß dem in der Berufungsinstanz auf 6.100 DM erhöhten Widerklageantrag verurteilt.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Kläger habe dem Beklagten zunächst eine Gesamtvergütung von 2.500 DM monatlich zugestanden, die Parteien hätten dann im Mai 1956 diese Vergütung rückwirkend auf 1.500 DM herabgesetzt, dafür aber das Vertragsverhältnis bis zur Beendigung des Abbaues der Halde Müser III verlängert. Der Kläger habe zwar damals noch nicht die Berechtigung zum Abbau dieser Halde erworben, habe aber mit deren Erwerb schon fest gerechnet, wie sich aus dem Schriftwechsel ergebe.

Von diesen Feststellungen muß für die Revisionsinstanz ausgegangen werden, da die gegen sie gerichteten Verfahrensrügen nicht durchgreifen.

1.) Der Kläger hatte den Steuerberater B. [REDACTED] als Zeugen dafür benannt, daß von Anfang an nur eine monatliche Vergütung von 1.500 DM vereinbart worden sei. Das Berufungsgericht hat die Vernehmung des Zeugen abgelehnt mit der Begründung, der Zeuge könne nach der Darstellung des Klägers aus eigenem Wissen nichts über die Vereinbarungen zwischen den Parteien bekunden. Es hat als richtig unterstellt, daß der Kläger und seine Ehefrau dem Zeugen vor Mai 1956 auf Befragen erklärt hätten, der Beklagte erhalte 1.500 DM monatlich, und dazu bemerkt, der Kläger habe keine Veranlassung gehabt, dem Zeugen gegenüber zu erwähnen, daß der Beklagte außerdem je 500 DM als Entlohnung für die Tätigkeit seiner Ehefrau und als Ersatz für seine Bürounkosten bekomme.

Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe damit unzulässigerweise die Beweiswürdigung vorweggenommen. Dieses hat das Beweisthema in vollem Umfang zu Gunsten des Klägers als richtig unterstellt. Es war nicht gehindert aus den von ihm angeführten Gründen auf Grund der Aussage der Zeugin Z. [REDACTED] als erwiesen anzusehen, daß die Parteien zunächst eine Vergütung von 2.500 DM vereinbart hatten. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt darin nicht.

2.) Die Revision weist ferner darauf hin, im Mai 1956 habe der Plan, den Abbau der Halde Miser III zu übernehmen, noch nicht bestanden. Die HBAG habe mit Schreiben vom 29. Februar 1960 bestätigt, daß die Verhandlungen über die Verpachtung dieser Halde erst im Oktober 1956 begonnen hätten.

Das Berufungsgericht hat das nicht übersehen, wie die Revision meint. Es hat ausdrücklich bemerkt (BU. S. 8), der Kläger habe im Mai 1956 zwar noch nicht das Recht erworben gehabt, diese Halde abzubauen; aus den schriftliche:

Unterlagen ergebe sich aber, daß er damals schon fest mit dem Erwerb der Abbauberechtigung gerechnet habe. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem wesentliche Bedeutung für die Annahme der Bereitschaft des Klägers, den Vertrag mit dem Beklagten zu verlängern; beigelegt hat.

Das Berufungsgericht hat auch auf das Schreiben des Klägers an die HBAG vom 13. Oktober 1955 verwiesen, in dem es heißt, der Kläger sei an dem ihm angebotenen Kauf einer Kolbensetzmaschine für den Fall des Zustandekommens eines weiteren Abbauvertrages Amalie (= Müser III) durchaus interessiert. Die Revision setzt sich hiermit unzulässigerweise in Widerspruch, wenn sie vorträgt, der Ankauf von Bergwerksmaschinen durch den Kläger habe nichts mit bestimmten Plänen bezüglich der Halde Müser III zu tun gehabt.

3.) Das Berufungsgericht hat auch bei der Wertung der vom Beklagten in die Bilanz per 30. November 1955 eingesetzten Posten nicht gegen § 286 ZPO verstoßen. Es weist ausdrücklich darauf hin, daß außer den dort angesetzten 7.500 DM für 5 Monate unstreitig weitere 500 DM monatlich als Gehalt der Ehefrau des Beklagten unter den Personalunkosten verbucht worden seien. Auch die Revision erkennt das an und entzieht damit ihrer Rüge die Grundlage. Daß in der Bilanz per 31. Dezember 1955 das Honorar des Beklagten neben den 500 DM für seine Ehefrau nur noch mit 1.000 DM angegeben ist, erklärt sich, wie das Berufungsgericht gleichfalls ausgeführt hat, daraus, daß diese Bilanz erst im September 1956, also nach der Vereinbarung der Parteien vom Mai 1956, erstellt worden ist.

4.) Das Berufungsgericht stützt seine Überzeugung, daß der Kläger bereits im Mai 1956 fest mit dem Erwerb der Abbauberechtigung für die Halde Müser III gerechnet habe,

auf mehrere vom Beklagten entworfene und vom Kläger unterzeichnete Schreiben an die HBAG. Es führt außer dem bereits unter Nr. 2 erwähnten Schreiben vom 13. Oktober 1955 weitere Schreiben vom 10. Juli und 10. August 1956 an. In dem Schreiben vom 10. Juli wird ein Schreiben des Klägers vom 17. November 1955 an die HBAG in Bezug genommen.

Nach dem Inhalt der vom Kläger vorgelegten Fotokopie seines Schreibens vom 17. November 1955 ist darin von seinem Wunsche, die Abbaurechte an der Halde Müser III zu erwerben, keine Rede. Der Einzelrichter des Berufungsgerichts hatte daraufhin mit Schreiben vom 16. März 1960 die HBAG u.a. um Mitteilung ersucht, ob noch ein weiteres Schreiben vom 17. November 1955 an ihre Gruppe Robert Müser III gerichtet worden sei. Das Antwortschreiben der HBAG ist erst nach der Verkündung des angefochtenen Urteils eingegangen.

In dem Urteil heißt es, der Kläger, der einen Durchschlag des Schreibens vom 17. November 1955 angeblich nicht mehr im Besitz habe, habe sich darin erneut wegen der Halde Müser III und des Verkaufs von Bergwerksmaschinen an die HBAG gewandt; es könne keinem Zweifel unterliegen, daß dieses Schreiben tatsächlich an die HBAG gesandt worden sei.

Die Revision macht geltend, entgegen der Annahme des Berufungsgerichts gebe es keine zwei Schreiben vom 17. November 1955, wie sich aus dem Antwortschreiben der HBAG ergebe. Das Berufungsgericht gehe also bei seiner Beweiswürdigung von unrichtigen tatsächlichen Grundlagen aus. Hätte es zu erkennen gegeben, daß es eine Antwort auf seine Anfrage vom 16. März 1960 nicht abwarten wolle, so hätte der Kläger den Inhalt jenes Schreibens durch Benennung seiner Unterzeichner als Zeugen unter Beweis gestellt.

In dem Verfahren des Berufungsgerichts ist kein Verstoß gegen § 139 ZPO zu finden. Der Kläger wußte, wie sich aus seinem Schriftsatz vom 24. Mai 1960 ergibt, im Termin zur letzten mündlichen Verhandlung am 10. Mai 1960, daß eine Antwort der HBAG auf die Anfrage des Gerichts noch nicht eingegangen war. Es war daher seine Sache, wenn er Wert darauf legte, daß die Antwort der HBAG abgewartet werde, dies in der mündlichen Verhandlung zu erklären. Wenn er ohne einen solchen Hinweis seinen Antrag stellte und zur Sache verhandelte, mußte er damit rechnen, daß das Gericht das Urteil verkündete, ohne die Antwort der HBAG abzuwarten. Diese Annahme lag sogar nahe, da das Gericht die Sache wohl sonst nicht zum Spruch genommen, sondern zum Ausdruck gebracht hätte, es empfehle sich eine Vertagung der Verhandlung, bis die Antwort der HBAG eingegangen sei.

Der Kläger verkennt ferner, daß die Antwort der HBAG erst nach Verkündung des Berufungsurteils eingegangen ist. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch nicht gegen § 286 ZPO verstoßen. Es konnte aus dem Schreiben des Klägers an die HBAG vom 10. Juli 1956 sehr wohl entnehmen, daß er in einem Schreiben vom 17. November 1955 ebenfalls seinen Wunsch, auch die Halde Müser III auszubeuten, geäußert hatte.

Im übrigen ist mit Sicherheit anzunehmen, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht anders ausgefallen wäre, wenn es das Schreiben vom 17. November 1955 nicht zur Begründung seiner Auffassung hätte anführen können. Das Urteil stützt sich entscheidend auf die Aussage der Ehefrau des Beklagten; für seine Annahme, daß der Kläger im Mai 1956 bereits fest mit dem Abbau der Halde Müser III gerechnet habe, führt es mehrere Schreiben an, darunter

die vom 13. Oktober 1955 und 10. Juli 1956; dem von ihm angenommenen Schreiben vom 17. November 1955 mißt es ersichtlich keine wesentliche Bedeutung bei.

II.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, die vom Kläger am 31. Januar und 13. Februar 1958 ausgesprochenen Kündigungen hätten den für eine bestimmte Zeitdauer abgeschlossenen Vertrag nicht beenden können. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Kläger wegen der von ihm behaupteten Indiskretionen des Beklagten einen wichtigen Grund zu fristloser Kündigung gehabt habe und ob das Kündigungsschreiben den Erfordernissen einer außerordentlichen Kündigung genüge. Jedenfalls habe der Kläger das Kündigungsrecht, falls er ein solches gehabt habe, verwirkt.

Die angeblichen Indiskretionen des Beklagten hätten sich über mehr als zwei Jahre erstreckt. Der Kläger sei bei den meisten Äußerungen zugegen gewesen; er habe aber nicht vorgetragen, daß er jemals dem Beklagten sein Mißfallen zum Ausdruck gebracht habe. Schon das lasse es bedenklich erscheinen, ob es mit Treu und Glauben vereinbar gewesen sei, daß er wegen der Äußerungen dann plötzlich das Vertragsverhältnis kündigte. Entscheidend sei, daß der Kläger nach der letzten angeblichen Äußerung des Beklagten Mitte Dezember 1957, nämlich an einem der Weihnachtsfeiertage 1957, noch mit Ehefrau und Mutter einer Einladung des Beklagten in dessen Wohnung gefolgt sei. Der Kläger sei auch noch am 31. Dezember 1958 bereit gewesen, dem Beklagten die Erstellung der Bilanzen, also gerade die Tätigkeit, die das größte Vertrauen erfordere, weiter zu überlassen. Der Beklagte habe daher auch da noch überzeugt sein können, daß das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nicht getrübt sei, und

habe nicht annehmen können, daß seine früheren Äußerungen das Mißfallen des Klägers erregt hätten.

Auf Grund dieser für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen und bei Berücksichtigung des bisherigen Vorbringens des Klägers ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Kläger das Vertragsverhältnis der Parteien nicht fristlos habe kündigen können, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

1.) Entscheidend ist, daß die jetzt vom Kläger beanstandeten Äußerungen des Beklagten sich über mehr als zwei Jahre erstreckt haben, der Kläger dabei meist zugegen war und selbst nicht behauptet hat, daß er dem Beklagten vor der Kündigung jemals sein Mißfallen über dessen Redereien zu erkennen gegeben habe.

Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft werden, ob das Berufungsgericht mit Recht eine Verwirkung des Kündigungsrechts des Klägers angenommen hat. Die fristlose Kündigung war jedenfalls deshalb nicht gerechtfertigt, weil für den Kläger im Hinblick auf sein bisheriges Verhalten eine weitere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unzumutbar war. Wer längere Zeit hindurch ein bestimmtes Verhalten des Vertragsgegners unbeanstandet hinnimmt, kann sich nach Treu und Glauben später nicht mehr darauf berufen, daß dieses Verhalten plötzlich die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für ihn unzumutbar mache.

2.) Der Kläger war sogar noch am 31. Januar 1958, dem Tage der ersten Kündigungserklärung, bereit, dem Beklagten die Bilanzierungsarbeiten weiterhin zu überlassen. Auch daraus konnte das Berufungsgericht mit Recht folgern, daß das Vertrauen des Klägers zum Beklagten nach der eigenen Auffassung des Klägers nicht erschüttert war. Daraus ergibt sich

weiter der Schluß, daß es für den Kläger nicht unzumutbar war, das Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten.

III.

Das angefochtene Urteil muß aber aufgehoben werden, weil seine Schlußbemerkenngen nicht haltbar sind.

1.) Das Berufungsgericht führt hier aus, der Beklagte könne nicht den vollen Betrag von 1.500 DM monatlich verlangen, müsse sich vielmehr anrechnen lassen, was er an Aufwendungen erspart und durch ihm möglich gewordene anderweitige Tätigkeit verdient habe; es bedürfe jedoch keiner Entscheidung darüber, wie hoch die abzusetzenden Beträge seien, da der Beklagte nur einen Teilbetrag von 6.100 DM geltend gemacht habe und er diesen Betrag im Hinblick darauf, daß bereits ein Honorar von 27 Monaten nachzuzahlen sei, mit Sicherheit beanspruchen könne.

Diese Ausführungen lassen den Umfang der Rechtskraftwirkung des Urteils im Ungewissen. Ein diesbezüglicher Mangel ist auch ohne eine dahingehende Verfahrensrüge im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten (vgl. dazu RGZ 157, 321, 326; BGHZ 11, 181 und 192; LM Nr. 3, 7 und 11 zu § 253 ZPO).

a) Es handelt sich hier allerdings nicht darum, daß der Widerklageantrag der erforderlichen Bestimmtheit entbehrte. Das Begehren des Beklagten ist eindeutig; er verlangt monatlich 1.500 DM bis zur Höhe von 6.100 DM. Das Berufungsgericht ist aber dem Standpunkt des Beklagten nicht gefolgt und hält dessen Anspruch nicht in Höhe von 1.500 I monatlich für begründet. Andererseits läßt es nicht erkennen für welchen Zeitraum nach seiner Auffassung dem Beklagten der ihm zugesprochene Betrag von 6.100 DM zusteht.

b) Der Beklagte macht zwar nicht wie in den vorstehend angeführten Fällen mehrere selbständige Ansprüche geltend, sondern nur seinen Honoraranspruch für die Zeit ab 1. März 1958. Dieser zerfällt aber in monatliche Teilansprüche, die eines verschiedenen rechtlichen Schicksals fähig sind, insbesondere hinsichtlich des Laufs der Verjährungsfrist.

Auch können die nach der Auffassung des Berufungsgerichts wegen ersparter Aufwendungen und anderweitiger Verdienstmöglichkeiten abzusetzenden Beträge für die einzelnen Monate verschieden hoch sein. Es ist sogar nicht auszuschließen, daß von einem bestimmten Zeitpunkt an infolge des Hinzutretens anderer Klienten des Beklagten diesem Ansprüche gegen den Kläger überhaupt nicht mehr zustehen.

c) Die Frage, für welchen Zeitraum dem Beklagten das Honorar zugebilligt ist, ist ferner von Bedeutung für die Entscheidung in einem etwaigen neuen Rechtsstreit, in dem der Beklagte einen weiteren Teilbetrag geltend macht. Es ist nicht angängig, daß erst in diesem späteren Rechtsstreit darüber entschieden wird, auf welchen Zeitraum sich die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit erstreckt. Ein Urteil muß den Umfang der Rechtskraftwirkung aus sich heraus erkennen lassen.

3.) Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, die hiernach erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu treffen, welche Abzüge dem Beklagten für ersparte Aufwendungen und anderweitige Verdienstmöglichkeiten zu machen sind sowie ob und gegebenenfalls für welchen Zeitraum dem Beklagten demnach der Betrag von 6.100 DM zusteht.

Die Sache muß daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, da der endgültige Ausgang des Rechtsstreits nach dem Vorgesagten und im Hinblick auf die Zulässigkeit neuen Vorbringens noch ungewiß ist.

Der Senat hat von seiner Befugnis nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr. Vogt

Finke