

2476 092

17

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO §§ 301, 564

Rechtssatz: Hat das Berufungsgericht sowohl den Haupt- als auch einen hilfsweise geltend gemachten Anspruch abgewiesen, so kann, wenn die Revision hinsichtlich des Hauptantrags unbegründet ist, hinsichtlich des Hilfsantrags aber das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache insoweit zurückverwiesen werden muß, die Zurückweisung der Revision hinsichtlich des Hauptanspruchs ausgesprochen werden.

Aktenzeichen: V ZR 136/54

Urteil des BGH vom 9. Mai 1956

LG Braunschweig
OLG Braunschweig

Verkündet am 9. Mai 1956
Hoffmeister, Justizange-
stellter als Urkundsbeam-
ter der Geschäftsstelle

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

der Ehefrau Martha A [REDACTED] geb. H [REDACTED] in B [REDACTED],
H [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaffeehausbesitzer Wilhelm D [REDACTED] in B [REDACTED]
[REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. April 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Oechß-
ler, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Rothe

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Braunschweig vom 1. Juli 1954 wird hinsichtlich
des Hauptantrags zurückgewiesen.

Hinsichtlich des Hilfsantrags der Klägerin
wird das genannte Urteil aufgehoben und die Sache
insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem
auch die Entscheidung über die Kosten des Revi-
sionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Durch notariellen Pachtvertrag vom 20. Dezember 1949 verpachtete die Klägerin das damals im Bau begriffene Gebäude im Garten der Hausbesitzung H- W-Straße in B, einschließlich einer Terrasse und einer noch zu erstellenden Wohnung an den Beklagten zum Betrieb eines erstklassigen Cafés mit Konditorei auf die Dauer von 10 Jahren, die von der Eröffnung des Kaffeehauses an laufen sollten. Die Eröffnung fand zu Pfingsten 1950 statt. Als Pachtzins wurden 8 % vom Nettoumsatz, mindestens jährlich 6000 DM vereinbart.

Bereits im Jahre 1950 kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien. Im November 1950 erhob die Klägerin vor dem Amtsgericht Bad Harzburg (AZ: C 824/50) Klage mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, die gepachteten Geschäfts- und Wohnräume am 1. Dezember 1950 zu räumen und an die Klägerin herauszugeben.

Die Klage wurde dahin begründet: Die Geschäftsgrundlage für den Pachtvertrag sei weggefallen, weil die bei Abschluß des Pachtvertrages für die Preisbemessung zugrunde gelegten Baukosten in Höhe von 40 000 DM im Laufe der Bauausführung überschritten worden seien; die Baukosten hätten sich insgesamt auf 60 000 DM gestellt. Auch habe die Klägerin den Pachtvertrag wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Beklagten als Pächters angefochten. Dem Beklagten fehle die persönliche Zuverlässigkeit, ohne die ein so lange dauernder Pachtvertrag zwischen den Parteien nicht möglich sei. Der Beklagte habe sich nämlich während der Zeit, in der er vor Pachtbeginn als Angestellter der Besatzungsmacht gearbeitet habe, in großem Umfange an Schleichhandelsgeschäften bei der Besatzungsmacht beteiligt. Während



seiner Dienstzeit als Soldat im zweiten Weltkrieg habe der Beklagte in großem Umfang Waren aus dem Ausland mit in die Heimat gebracht und diese später veräußert. Schließlich habe der Beklagte sich nicht ausreichend um den Betrieb gekümmert. Er habe ihn abends zu früh geschlossen und ihn dadurch nicht voll ausgenutzt. Unter diesen Umständen sei es der Klägerin nicht zuzumuten, mit dem Beklagten weiter in Vertragsbeziehungen zu bleiben.

Diese Klage wurde durch Urteil vom 19. Dezember 1950 abgewiesen. Die Berufung wurde durch Urteil des Landgerichts Braunschweig (9 S 128/51) vom 8. Juni 1951 zurückgewiesen.

Am 1. Januar 1953 hat die Klägerin die nunmehr zur Entscheidung stehende Klage erhoben, zuletzt mit dem Antrag,

festzustellen, daß der zwischen den Parteien am 20. Dezember 1949 geschlossene notarielle Pachtvertrag über das in B [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED] Straße [REDACTED] gelegene Café rechtsunwirksam bzw. infolge Rücktritts bzw. Kündigung aufgehoben sei; sowie den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 3400 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit der Leistungsklage wurde für die Wohnung ein monatlicher Mietzins von 100 DM für die Zeit von Juli 1950 bis April 1953 (34 Monate) verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit oder der Aufhebung des zwischen den Parteien geschlossenen Pachtvertrags abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und festzustellen, daß der zwischen den Parteien am 20. Dezember 1949 geschlossene notarielle Pachtvertrag rechtsunwirksam bzw. zufolge Rücktritts oder Kündigung aufgehoben sei.

Hilfsweise hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, sämtliche von ihm auf Grund des Pachtvertrags vom 20. Dezember 1949 innegehaltenen Räume in B [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED] zu räumen und der Klägerin geräumt zu übergeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil des Landgerichts zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Berufungsantrag weiter, hilfsweise beantragt sie die Zurückverweisung der Sache. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Der Feststellungsantrag der Klägerin müsse schon darum abgewiesen werden, weil ein Feststellungsinteresse nicht gegeben sei. Der Klägerin komme es nicht darauf an, festgestellt zu wissen, ob sie verpflichtet sei; dem Beklagten die Nutzung des verpachteten Cafés weiter zu überlassen. Sie erstrebe die Räumung des Cafés durch den Beklagten. Diese Frage könne sie aber im Wege einer Räumungsklage zur richter-

lichen Entscheidung stellen. Daß die Klägerin daneben noch ein besonderes rechtliches Interesse an der Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des Pachtvertrags habe, sei nicht schlüssig vorgetragen. Die Feststellungsklage sei daher im Hinblick auf das fehlende Feststellungsinteresse unzulässig.

Die Revision hat dagegen Einwendungen nicht erhoben. Ein Rechtsverstoß ist insoweit nicht zu erkennen. Der Hauptantrag ist auch insofern mangelhaft begründet, als nicht gesagt ist, zu welchem Zeitpunkt der Pachtvertrag aufgehoben worden sein soll.

Die Revision ist also hinsichtlich des Hauptantrags unbegründet.

II.

Das Berufungsgericht fährt fort: Es sei nur über den als Hilfsantrag gestellten Leistungsantrag (Räumung) zu entscheiden.

1. Soweit die Klägerin ihr Räumungsbegehren darauf stütze, daß die Geschäftsgrundlage wegen der erhöhten Baukosten (60 000 DM statt der vorgesehenen 40 000 DM) weggefallen sei, sowie darauf, daß sie zur Kündigung oder Anfechtung des Vertrags berechtigt sei, weil sich der Beklagte durch Schwarzhandel oder Schiebungen bei der Besatzungsmacht als vertrauensunwürdig erwiesen habe, stehe ihrem Begehren die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen; denn das Amtsgericht Bad Harzburg und das Landgericht Braunschweig hätten bereits in dem Rechtsstreit C 824/50 (9 S 128/51) rechtskräftig entschieden, daß dieses

Vorbringen der Klägerin nicht geeignet sei, ihr bereits damals verfolgtes Räumungsbegehren zu stützen. An diese rechtskräftige Feststellung sei das Berufungsgericht gebunden.

2. Es sei daher nur darüber zu entscheiden, ob die weiteren, erst in diesem Rechtsstreit erhobenen Vorwürfe der Klägerin ihr Räumungsbegehren stützen könnten.

a) Soweit die Klägerin dem Beklagten vorwerfe, er habe sie bei den Vertragsverhandlungen nicht in ausreichendem Maß über die Möglichkeiten für einen Geschäftsbetrieb unterrichtet, gehe ihr Vorbringen fehl, denn eine so weitgehende Offenbarungspflicht habe dem Beklagten damals nicht obgelegen. Es sei nicht Aufgabe einer Vertragspartei, der anderen alle ihre Hoffnungen und Erwartungen offenzulegen. Keine Partei dürfe zwar die andere arglistig dadurch täuschen, daß sie für die Willensentschließung der andern erhebliche Tatsachen unterdrücke. Darum handele es sich aber hier nicht. Welches Schicksal der erst zu eröffnende Gewerbebetrieb einmal haben werde, sei zur Zeit des Vertragsschlusses noch dahingestanden. Der Beklagte werde wohl damit gerechnet haben, nicht nur die von der Klägerin verlangte Pacht herauszuwirtschaften, sondern selbst noch einen Unternehmergewinn zu erzielen. Es sei aber bei Vertragsschluß noch keineswegs festgestanden, ob sich diese Erwartungen des Beklagten in vollem Umfang erfüllen würden. Im übrigen wirke sich im vorliegenden Fall eine besonders günstige Entwicklung des geplanten Gewerbebetriebs nicht nur einseitig zugunsten des Beklagten, sondern wegen der Umsatzpacht auch zugunsten der Klägerin aus. Da die Klägerin mit 8 % am Umsatz beteiligt sei, führe jede Steigerung des Umsatzes auch zwangsläufig zu einer Erhöhung der Pachteinahmen der Klägerin.

Die Revision bittet, die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage des Verschuldens bei Vertragsschluß nochmals nachzuprüfen. Ein Rechtsverstoß ist jedoch nicht zu erkennen.

b) Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt: Die Klägerin mache geltend, der Beklagte sei charakterlich unzuverlässig, weil er bei seiner Tätigkeit im Ifenhotel im Walsertal, wo er während der Pachtzeit zeitweise gearbeitet habe, seine dortigen Einnahmen nicht ordnungsmäßig versteuert habe. Dieses Vorbringen reiche nicht aus, den Pachtvertrag wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Beklagten oder wegen vertragswidrigen Verhaltens zu kündigen. Es könne dahingestellt bleiben, ob sich aus dem behaupteten Verhalten des Beklagten ein Rückschluß auf eine schon bei Vertragsschluß bestehende Unzuverlässigkeit des Beklagten rechtfertigen lasse. Denn der Beklagte habe die Tätigkeit beim Ifenhotel erst nach Vertragsschluß aufgenommen. Es sei aber in keiner Weise dargetan, daß der Beklagte bewußt Steuern hinterzogen habe. Selbst wenn er diese Einnahmen nicht an der richtigen Stelle versteuert habe, wofür sich aus dem Vorbringen der Klägerin kein ausreichender Anhalt ergebe, so hätte dem Beklagten nachgewiesen werden müssen, daß er bewußt und, um den Staat zu schädigen, seine Einnahmen nicht oder an der falschen Stelle versteuert habe.

Die Revision hat dagegen Einwendungen nicht erhoben. Bedenken könnte erwecken, daß das Berufungsgericht anscheinend glaubt, prüfen zu sollen, ob aus einem späteren Verhalten des Beklagten ein Rückschluß auf eine schon bei Vertragsschluß bestehende Unzuverlässigkeit gezogen werden kann. Das ist aber nicht notwendig; denn ein Pachtverhältnis kann fristlos aus wichtigem Grunde

auch gekündigt werden, wenn sich später eine solche Unzuverlässigkeit zeigt, daß dem Vertragsgegner nach Treu und Glauben das Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, wobei allerdings bei einem langfristigen Vertrag strenge Anforderungen gestellt werden müssen (RGZ 150, 193 [199], 321 [322]; BGH vom 16. Januar 1953 V ZR 89/51 in Lind-Möhr BGB § 595 - (1) :: RechtdLandw 1953, 139 [143]). Dieser Rechtsirrtum ist aber nicht erheblich, da das Berufungsgericht die Feststellung ablehnt, daß der Beklagte bewußt Steuern hinterzogen habe.

c) Das Berufungsgericht sagt weiter: Zu dem Vorwurf, der Beklagte habe sich deshalb als persönlich unzuverlässig erwiesen, weil sein Sohn in seinem Auftrag englische Zigaretten gekauft habe, sei festzustellen, daß nicht nachgewiesen sei, der Beklagte habe in Kenntnis der Strafbarkeit eines solchen Verhaltens seinen Sohn veranlaßt, unverzollte englische Zigaretten zu kaufen.

Die Revision versteht diese Feststellung dahin, daß der Beklagte seinen Sohn zu diesem Kauf veranlaßt habe, es aber nicht nachgewiesen sei, daß er die Strafbarkeit seines Verhaltens gekannt habe, und glaubt, es widerspreche der Lebenserfahrung, daß ein Fachmann des Gaststättengewerbes die Strafbarkeit des Erwerbs unverzollter Zigaretten nicht gekannt habe. Die Revision will aber weiter aus der Menge der Zigaretten den Schluß ziehen, daß diese für gewerbliche Zwecke gekauft worden seien, und vermißt die Würdigung des Kaufs dieser Zigaretten im Hinblick auf die behauptete Steuerunehrlichkeit überhaupt und die Unterlassung der Pflicht, Zigaretten im Geschäft zu führen.

Nun stellt das Berufungsgericht aber übereinstimmend mit dem Vortrag der Parteien fest, daß der Beklagte in seinem Kaffeehaus keine Zigaretten geführt habe - die Klägerin macht dies dem Beklagten gerade zum Vorwurf. Im übrigen ist die Feststellung des Berufungsgerichts so aufzufassen, daß es nicht für erwiesen hält, der Beklagte habe seinen Sohn veranlaßt, englische Zigaretten zu kaufen. Denn das entspricht auch der Einlassung des Beklagten (Schriftsatz vom 13. Mai 1953 Bl 43 GA), und es ist nicht ersichtlich, daß diese tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts fehlerhaft zustande gekommen ist.

Das Berufungsgericht sagt weiter:

d) Das Räumungsbegehren könne auch nicht darauf gestützt werden, daß der Beklagte es unterlassen habe, gegen den ablehnenden Bescheid der Verwaltungsbehörde als Beschwerdeinstanz auf Erteilung der Vollkonzession vor dem Verwaltungsgericht zu klagen. Das Berufungsgericht wolle es unerörtert lassen, ob zum Betrieb eines erstklassigen Cafés eine Vollkonzession erforderlich sei. Jedenfalls sei es dem Beklagten unbenommen geblieben, von einer Klage vor den Verwaltungsgerichten abzusehen, nachdem er den Antrag auf Erteilung der Vollkonzession bis zur Beschwerdeinstanz verfolgt habe. Es habe seinem pflichtgemäßen Ermessen unterlegen, ob er das Prozeßrisiko einschließlich des Kostenrisikos habe eingehen wollen. Die Klägerin hätte sich, wenn sie entscheidenden Wert darauf gelegt hätte, mit dem Beklagten ins Benehmen setzen müssen. Im übrigen wäre die Durchführung eines erneuten Verfahrens auf Erteilung der Vollkonzession auch jetzt noch möglich, wenn die Klägerin den Beklagten von dem entsprechenden Kostenrisiko freistellen würde.

e) Der Vorwurf, der Beklagte habe in seinem Café keine Rauchwaren geführt, vermöge das Klagbegehren nicht zu stützen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts sollten zwar in einem erstklassigen Kaffeehausbetrieb die Gäste auch Rauchwaren kaufen können. Das Unterlassen eines solchen Angebots an die Gäste stelle aber keine so schwere Vertragsverletzung dar, daß darauf eine außerordentliche Kündigung gestützt werden könnte. Das Verhalten des Beklagten sei von seinem Standpunkt aus durchaus verständlich. Er habe geltend gemacht, die Nachfrage nach Rauchwaren sei nicht groß und er wäre im Hinblick auf die Umsatzbeteiligung der Klägerin und die durch einen solchen Verkauf entstehende Umsatzsteuer nicht auf seine Kosten gekommen. Wenn zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten darüber bestanden hätten, ob der Beklagte Rauchwaren zu führen habe, hätte die Klägerin eine eindeutige Klärung dieses Punktes, notfalls durch die Inanspruchnahme der Gerichte, herbeiführen müssen. Sie könne nicht auf einen so untergeordneten Vorgang die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses stützen.

Auch der Vorwurf, der Beklagte habe den Fußboden nicht ordnungsgemäß pflegen lassen, wiege nicht so schwer, daß darauf die fristlose Kündigung des Pachtvertrags gestützt werden könnte. Es möge sein, daß der helle Fußboden im Lauf der Jahre durch den Pachtgebrauch gelitten habe. Die Klägerin habe aber nicht schlüssig vorgetragen, daß der Beklagte durch mangelnde Pflege an der Verschlechterung des Fußbodens die Schuld habe.

f) Der Vorwurf, der Beklagte habe die Terrasse vor dem Café während der Sommerzeit nicht in vollem Umfang ausgenutzt, rechtfertige die fristlose Kündigung nicht. Die Gründe, die den Beklagten hierzu veranlaßt haben

sollten, seien nicht klar. Der Beklagte habe selbst ein erhebliches Interesse daran, den Umsatz in seinem Kaffeehausbetrieb zu steigern. Die Klägerin hätte vortragen müssen, was sie nicht getan habe, daß der Beklagte auch an solchen Tagen die Terrasse nicht benutzt habe, an denen dies wegen der Witterung möglich gewesen wäre, und daß sie den Beklagten vergeblich gemahnt habe.

g) Der Vorwurf, der Beklagte habe sich nicht ausreichend um den Betrieb gekümmert, vermöge die fristlose Kündigung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Es sei nicht dargetan, daß die Abwesenheit des Beklagten im I hotel im W in irgendeiner Weise die Belange der Klägerin beeinträchtigt habe. Es sei im Pachtvertrag nicht vorgesehen, daß der Beklagte sich ständig im Cafébetrieb aufzuhalten und die tägliche Leitung des Betriebes zu führen habe. Der Vertrag sei dahin auszulegen, daß er nur den Betrieb in einer Weise führen müsse, die die Belange der Klägerin berücksichtige. Dies sei aber geschehen. Der Beklagte habe während der Pachtzeit einen immer steigenden Umsatz erzielt. Irgendwelche Beanstandungen seitens der Aufsichtsbehörden seien bisher nicht erfolgt. Der Klägerin sei es unbenommen, für den Fall der Konzessionsentziehung die ihr nach § 4 des Vertrags gegebenen Rechte auszuüben.

Die Revision erhebt gegen die Ausführungen zu d) bis g) Einwendungen. Sie meint, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Behauptung auseinandergesetzt, daß der Beklagte nach § 6 GaststättenG zur persönlichen Führung des gepachteten Geschäfts und damit zur persönlichen Anwesenheit verpflichtet sei und daß deshalb diese Regelung auch ohne ausdrückliche Aufnahme in den Pachtvertrag voraus-

gesetzt worden sei. Das Berufungsgericht habe ferner unterlassen, die Abwesenheit des Beklagten im Zusammenhang mit der ungenügenden Ausnutzung der Pachtsache - keine Vollkonzession, keine Tabakwaren, kein Betrieb auf der Terasse - und im Zusammenhang mit der behaupteten Steuerunehrlichkeit zu würdigen. Wenn das Café nicht die einzige Erwerbsquelle des Beklagten darstelle, sei er schon aus steuerlichen Gründen daran interessiert, seine Einnahmen aus dem Cafe nicht so zu steigern, daß sie für ihn steuerlich ungünstig werden, und die Einnahmen aus dem Café soweit als möglich unsichtbar zu machen, z.B. durch Ausnutzung steuerlicher Durchschnittssätze.

Diese Einwendungen können keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht weist darauf hin, daß die Klägerin für den Fall der Konzessionsentziehung die vertraglich dafür vorgesehenen Rechte ausüben könne. Es würdigt also den Vertrag dahin, daß die Klägerin nicht ihrerseits das geschäftliche Verhalten des Beklagten dahin beurteilen dürfe, ob er etwa im öffentlichen Interesse begründete Verpflichtungen einhalte, und betont, daß der Beklagte nur die nach Treu und Glauben berechtigten Interessen der Klägerin berücksichtigen müsse. Darin ist kein Rechtsverstoß zu erkennen. Das Berufungsgericht hebt auch ausdrücklich hervor, daß die Vorwürfe der Klägerin gegen den Beklagten weder im einzelnen noch in ihrer Gesamtheit das Räumungsbegehren der Klägerin rechtfertigten. Es hat also auch den Zusammenhang der einzelnen Vorwürfe geprüft, und das Vorbringen der Revision stellt insoweit nur einen unbeachtlichen Angriff auf die Würdigung des tatsächlichen Sachverhalts durch das Berufungsgericht dar.

h) Das Berufungsgericht hat endlich ausgeführt: Den schwersten Vorwurf erhebe die Klägerin gegen den Beklagten dahin, daß er sie durch unrichtige Umsatzzahlen getäuscht habe; den ihr obliegenden Beweis habe die Klägerin aber nicht geführt. Dabei sei davon auszugehen, daß die Klägerin selbst nie behauptet habe, der Beklagte habe mehr Waren für seinen Betrieb bezogen und umgesetzt, als er als Wareneingang in der Bilanz vom 31. Dezember 1951 [Bl 47 GA] mit rund 48 000 DM angegeben habe. Sie behaupte lediglich, daß mit diesem Wareneinsatz ein höherer Umsatz als der von dem Beklagten mit rund 93 000 DM angegebene Umsatz erzielbar gewesen sei. Es möge zutreffen, daß ein anderer Geschäftsmann die Waren zu einem teureren Preis und mit einem höheren Nutzen verkauft hätte als der Beklagte. Die Klägerin behaupte auch, aus einer bestimmten Menge Kaffee hätten mehr Tassen für den Verkauf und aus einer bestimmten Menge der Zutaten zum Speiseeis mehr Portionen gewonnen werden können. Von der Klägerin sei aber - worauf es allein ankomme - nicht schlüssig dargelegt worden, daß der Beklagte der Wahrheit zuwider eine Umsatzzahl angegeben habe, die niedriger sei als der in der Bilanz vom 31. Dezember 1951 angegebene Umsatz. Es sei davon auszugehen, daß der Beklagte mit den von ihm eingekauften Waren und Rohstoffen einwandfreie Konditorwaren hergestellt habe; denn die Klägerin behaupte selbst nicht, daß der Beklagte etwa minderwertige Waren hergestellt habe. Der Sachverständige Giessow führe aus, daß bei Verwendung einwandfreier Zutaten und ordnungsmäßiger Verwendung der eingekauften Waren bei einem Wareneinsatz von rund 45 000 DM kein höherer Umsatz, als von dem Beklagten angegeben, zu erzielen sei.

Dagegen wenden sich die hauptsächlichsten Revisionsangriffe. Das Berufungsgericht hat über diese Fragen auf

Grund des Beweisbeschlusses vom 19. November 1953 [B1 161 GA] Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben. Die Revision beanstandet zunächst das dabei eingeschlagene Verfahren.

Der Beweisbeschluß enthielt außer dem Beweisthema, über das der Sachverständige sich äußern sollte, Anordnungen, welche Unterlagen der Beklagte dem Sachverständigen über das Gericht vorlegen sollte. Außerdem war bestimmt, der Sachverständige solle zunächst ein schriftliches Gutachten erstatten und dieses dann in der mündlichen Verhandlung erläutern. Am 21. Dezember 1953 hat der Vorsitzende das Verfahren zur Erstattung des Gutachtens mit dem durch Beweisbeschluß vom 9. Dezember 1953 [B1 175 GA] ernannten Sachverständigen Giessow durchgesprochen [B1 176 GA]. Da der Beklagte die vom Sachverständigen für erforderlich gehaltenen Unterlagen [B1 187 GA] nicht vorlegte, lud der Berichterstatter, anscheinend nach Beratung im Senat, die Parteien und den Sachverständigen auf den 23. April 1954 zu einer Besprechung. Dabei [B1 227 GA] erklärten die Parteien, daß die Beschaffung der vom Sachverständigen zunächst für notwendig gehaltenen Unterlagen sehr zeitraubend und kostspielig sei, und sie waren damit einverstanden, daß der Beklagte nur das Wareneingangsbuch für die Jahre 1951 und 1952 und das sog. Inventarbuch vorlege und die genaue Größe der Tassen, Kaffeekännchen und Eisportionierer mitteile. Der Beklagte legte aber nur zwei Aufstellungen eines Helfers in Steuersachen Weiß vom 27. und 28. April 1954 [B1 231 - 233 GA] vor, auf Grund deren der Sachverständige ein Gutachten vom 22. Mai 1954 [B1 239 GA] erstattete. Am 31. Mai 1954 [B1 244 GA] bestimmte der Vorsitzende "Verhandlungstermin" auf 24. Juni 1954 [B1 244 GA], zu dem der Sachverständige geladen werden

sollte, Durch Anordnung des Vorsitzenden vom 18. Juni 1954 [B1 251 GA] wurde dem Beklagten aufgegeben, zu dem Termin vom 24. Juni 1954 die Wareneingangsbücher für die Jahre 1951 und 1952, die dazu gehörigen Rechnungen sowie ein Inventarbuch, falls ein solches geführt werde, vorzulegen. Ferner sollte der Beklagte je ein Muster der im Betrieb verwendeten Tassen, Kaffeekännchen und Eisportionierer mitbringen. Im Termin vom 24. Juni 1954, in dem nach der Niederschrift des Gerichts die Verhandlung unter Stellung der bisherigen Anträge "von Grund auf wiederholt" wurde, erstattete der Sachverständige sein Gutachten. Im Tatbestand des Berufungsurteils ist auf das schriftliche Gutachten verwiesen, und es sind die ergänzenden Bekundungen des Sachverständigen niedergelegt.

Die Einwendungen, die die Revision gegen dieses Verfahren erhebt, können keinen Erfolg haben. Zunächst ist hervorzuheben, daß das durch den Beweisbeschluß vom 19. November 1953 festgesetzte Beweisthema nicht geändert wurde. Lediglich die Anordnungen über die Beschaffung der Grundlagen der Begutachtung wurden später nicht durchgeführt, und zwar nach einem Termin vor dem Berichterstatter, der offenbar auf Grund eines Senatsbeschlusses anberaumt wurde, da der Berichterstatter den Parteien mitteilte, der Senat glaube, daß sich wegen der Unterlagen Unklarheiten und Schwierigkeiten ergeben hätten, und weiter auf Grund einer Einigung der Parteien. Wenn es auch angebracht gewesen wäre, daß die Beauftragung des Berichterstatters mit dieser "Erörterung des Sach- und Streitstands" in der Form eines Beschlusses ergangen wäre, so kann dies und die Änderung des ursprünglich vorgesehenen Verfahrens nicht mehr gerügt werden, nachdem sich die Parteien in diesem Termin auf die Beschaffung anderer Grundlagen für

die Begutachtung ausdrücklich geeinigt haben.

Die Revision sagt ferner, die Klägerin habe keine Möglichkeit gehabt, Anträge zur Ergänzung und Erweiterung der Beweisaufnahme zu stellen, da sie mit einer Fortsetzung der Beweisaufnahme gerechnet habe und das Gericht den Parteien hätte mitteilen müssen, daß es eine Fortsetzung der Beweisaufnahme nicht beabsichtige.

Diese Ausführungen liegen neben der Sache. Auf den 24. Juni 1954 wurde allerdings zu einem "Verhandlungstermin" geladen. Aus der Ladung des Sachverständigen zu diesem Termin konnte der Vertreter der Klägerin aber entnehmen, daß die Beweisaufnahme fortgesetzt werden solle, und die Revision trägt selbst vor, daß die Klägerin dies angenommen habe. Eine Beweisaufnahme ist in der Form der Vernehmung des Sachverständigen auch tatsächlich vorgenommen worden, so daß nicht ersichtlich ist, weshalb die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte den Parteien mitteilen sollen, daß eine Fortsetzung der Beweisaufnahme nicht beabsichtigt sei. Im Beweisbeschluß vom 19. November 1953 war vorgesehen, daß der Sachverständige ein schriftliches Gutachten erstatte und dieses in der mündlichen Verhandlung erläutere. Nach der Sitzungsniederschrift hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung "sein Gutachten erstattet". Im Tatbestand des Berufungsurteils ist auf das schriftliche Gutachten Bezug genommen, und es sind dort die Ergebnisse der ergänzenden Vernehmung niedergelegt. In diesem Verfahren kann ein Verstoß gegen §§ 160 und 161 ZPO nicht gesehen werden. Im übrigen wurde am 24. Juni 1954 unter Stellung der Anträge die Verhandlung "von Grund auf wiederholt". Wie die Revision zu der Auffassung kommt, das Berufungs-

gericht sei der Meinung gewesen, ohne den Richterwechsel wäre eine neue Verhandlung nicht erforderlich gewesen, ist nicht ersichtlich. Dies wäre aber auch belanglos, entscheidend ist allein, daß, was auch richtig war, am 24. Juni 1954 eine vollständige mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

Die Revision behauptet weiter, es sei über das Beweisergebnis nicht verhandelt worden. Die Parteien hätten nicht einmal ausdrücklich erklärt, daß auf die Akten Bezug genommen werde. Die Niederschrift über die Verhandlung sagt aber, es sei von Grund auf verhandelt worden. Die Parteien, besonders die Klägerin, hatten in vorbereitenden Schriftsätzen, die vor dem 24. Juni 1954 bei Gericht eingingen, ausführlich zu dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Stellung genommen. Im Tatbestand des Berufungsurteils ist "auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze" Bezug genommen worden. Es ist also nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin keine Möglichkeit gehabt haben sollte, Anträge zur Ergänzung und Erweiterung der Beweisaufnahme zu stellen, und in welcher Hinsicht § 370 ZPO verletzt sein soll.

Nicht richtig ist, daß das Berufungsgericht die von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten des Dr. Nehring nicht gewürdigt habe. Es hat sie vielmehr, ebenso wie der Sachverständige, als nicht entscheidend abgelehnt.

Die Revision rügt aber weiter, in § 3 des Pachtvertrags sei genau festgelegt, wie der Nettojahresumsatz, aus dem der Umsatzpachtzins gezahlt werden solle, zu errechnen sei. Im Urteil sei keine Feststellung darüber getroffen

worden, daß und warum dieser Umsatz aus den für eine Steuerbilanz ausreichenden Unterlagen, die ganz anderen Zwecken dienten, errechnet werden solle. Es sei auch nicht richtig, daß die Wareneinsatzzahl von rund 45 000 DM unstreitig sei, denn sonst wäre die Vorlage des Wareneingangsbuchs an den Sachverständigen nicht verlangt worden. Das Berufungsgericht habe auch verkannt, daß die Klägerin nicht nur behauptet habe, ein geschickterer Geschäftsmann mußte aus einem Pfund Kaffee eine größere Anzahl von Tassen herauswirtschaften, als der Beklagte auf Grund der von den Finanzämtern zugrunde gelegten Durchschnittssätze angegeben habe, sondern der Beklagte habe mehr als zugegeben herausgewirtschaftet.

Diesen Angriffen kann ein Erfolg nicht versagt werden. Nach dem Beweisbeschluß vom 19. November 1953 sollte Beweis darüber eingezogen werden, daß der Umsatz mindestens 135.000 DM betragen habe, und der Sachverständige sollte sein Gutachten auf Grund der Geschäftsbücher und der von ihm weiter für notwendig gehaltenen Unterlagen erstatten. Der Sachverständige hat zunächst in seinem Schreiben vom 18. Januar 1954 umfangreiche Unterlagen für nötig gehalten. Die Parteien haben sich dann am 23. April 1954 darüber geeinigt, daß dem Sachverständigen das Wareneingangsbuch und das Inventarbuch vorgelegt werden sollten und daß die genaue Größe der Tassen, Kaffee-kännchen und des Eisportionierers mitgeteilt werden solle. Daraus ergibt sich zunächst, daß die Feststellung des Berufungsgerichts nicht richtig ist, die Klägerin habe lediglich behauptet, mit dem vom Beklagten angegebenen Wareneinsatz hätte ein höherer Umsatz erzielt werden können, sondern daß sie behauptet hat, auf jeden Fall sei ein höherer Umsatz erzielt worden, sei es, daß der Waren-

einsatz höher gewesen sei, als der Beklagte angegeben habe, sei es, daß aus dem angegebenen Wareneinsatz mehr Fertigwaren herausgewirtschaftet worden seien, die zum Verkauf gebracht worden seien. Denn die Vorlage der Wareneingangsbücher war nur nötig, wenn nachgeprüft werden mußte, ob der angegebene Wareneinsatz stimme und aus der Größe der Tassen und der sonstigen Gefäße sollte errechnet werden, welche Mengen von Kaffee und Eis aus einem gegebenen Wareneinsatz herausgewirtschaftet worden seien.

Diese Unterlagen sind dem Sachverständigen aber nicht gegeben worden. Er sagt selbst, es seien ihm einwandfreie Unterlagen nicht vorgelegt worden, aus denen er nach genauester Berechnung die Umsatzhöhe hätte festlegen können. Er gibt also selbst zu, daß sein Gutachten auf ungenügenden Unterlagen aufgebaut ist. Wenn der Sachverständige meint, daß es bei der Festsetzung einer Umsatzpacht üblich sei, daß der vom Finanzamt anerkannte Umsatz auch für die Umsatzpacht zugrunde gelegt werde, so berücksichtigt er nicht, was ja auch nicht die Aufgabe des Sachverständigen, sondern Sache des Gerichts ist, daß im vorliegenden Fall vertraglich vereinbart war, wie die Umsatzpacht zu berechnen war. Auch nach Erstattung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen hat der Vorsitzende des Berufungsgerichts dem Beklagten aufgegeben, die Wareneingangsbücher und, wenn möglich, das Inventarbuch im Termin vorzulegen und Muster der im Betrieb verwendeten Tassen, Kaffeeekännchen und Eisportionierer mitzubringen. Daß dies geschehen sei und diese Angaben bei der Ergänzung des Gutachtens des Sachverständigen und bei dessen Beurteilung verwertet worden wären, ist aus dem Berufungsurteil nicht zu erkennen. Das Gutachten beruht somit auf unzurei-

chenden Grundlagen. Das Berufungsgericht konnte daher noch nicht feststellen, daß die Klägerin, die das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision mit Recht für beweispflichtig hält, der ihr obliegenden Beweispflicht nicht nachgekommen sei. Es ist vielmehr zur Bescheidung des Hilfsantrags eine nochmalige Prüfung auf Grund eines auf ausreichenden Grundlagen aufgebauten Sachverständigengutachtens nötig.

III.

Es erhebt sich nun die Frage, ob es zulässig und geboten ist, die Revision hinsichtlich des Hauptantrags, d.h. des Feststellungsantrags zurückzuweisen. Die Revision ist gegen das ganze Berufungsurteil ohne Einschränkung eingelegt worden, wenn auch die Gründe, aus denen das Berufungsgericht den Hauptantrag für unzulässig erklärt hat, von der Revision nicht angegriffen wurden. Die Entscheidung über diesen Antrag ist spruchreif. Der Antrag könnte aber, wenn das ganze Berufungsurteil aufgehoben und die Sache im ganzen zurückverwiesen würde, in der anderweiten Verhandlung in der Berufungsinstanz erneut aufgenommen und zur Entscheidung gestellt werden.

Ob eine endgültige Entscheidung über den Hauptantrag zulässig ist, hängt aber davon ab, ob bei Vorliegen eines Haupt- und Hilfsantrags, die in der Form gestellt sind, daß über den Hilfsantrag nur entschieden werden soll, wenn dem Hauptantrag nicht stattgegeben werden kann, ein Teilurteil im Sinne des § 301 ZPO erlassen werden kann. Diese Frage ist im Schrifttum nicht unbestritten. Stein-Jonas-Schönke (ZPO § 260. II B 2 und § 301 II, 2) lehnen die Zulässigkeit eines Teilurteils ab. Die Entscheidungen des

Reichsgerichts (RGZ 77, 124 und JW 1899, 433), auf die sie sich beziehen, können aber zu dieser Frage nicht herangezogen werden. In der letzten Entscheidung hat das Reichsgericht das Teilurteil für unzulässig erklärt, weil das Oberlandesgericht zuerst über den Eventualantrag entschieden hat, und das Reichsgericht weist mit Recht darauf hin, daß dem Hauptantrag der Vorrang vor dem Hilfsantrag zusteht und daß durch das Teilurteil über den Hilfsantrag Schwierigkeiten entstehen können, wenn später der prinzipale Klagantrag für gerechtfertigt befunden würde. Die andere Entscheidung (RGZ 77, 120) befaßt sich mit der Frage, ob der Hilfsantrag ohne weiteres in die Berufungsinstanz kommt, wenn dem Hauptanspruch stattgegeben und hiegegen vom Beklagten Berufung eingelegt wurde.

Dagegen hält das Oberlandesgericht Hamburg (OLG 33 S 63), auf das sich Stein aaO auch stützt, ein Teilurteil überhaupt nicht für zulässig, da die Entscheidung über den Hauptanspruch stets auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Hilfsanspruchs von Wirkung sei und in verschiedenen Rechtszügen sowohl dem Haupt- als dem Hilfsantrag entsprochen werden könnte. Dieser Gedanke läßt auch Skonietzki-Gelpcke (ZPO Anm 5 zu § 301) die Zulässigkeit eines Teilurteils ablehnen, während Marwitz und Lorenz (Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 2. Aufl S 49), Koll (ZZP 31, 390 - Besprechung der 1. Aufl von Marwitz) und Rosenberg (Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Aufl § 93 IV 2 b S 435), der das erwähnte Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg ausdrücklich ablehnt, wenigstens ein auf Abweisung des Hauptantrags lautendes Teilurteil für zulässig halten. Dieselbe Auffassung vertreten das Reichsgericht (RGZ 102, 174 [176]) und Baumbach (ZPO § 301 Anm 2 B). Die Frage braucht hier nicht in vollem Umfang entschieden zu werden. Eine den Hauptantrag

17

abweisende Teilentscheidung ist in der Tat jedenfalls dann unbedenklich, wenn diese Entscheidung nicht mehr in Frage gestellt werden kann, also wenn z.B. in der Revisionsinstanz der Hauptantrag abgewiesen wird. Es ist daher zulässig und, um das Verfahren dem Abschluß näher zu bringen, geboten, die Revision hinsichtlich des Hauptantrags zurückzuweisen, das Urteil hinsichtlich des Hilfsantrags aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens in vollem Umfang zu übertragen.

Dr. Tasche

Dr. Oechßler

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Rothe