

Verkündet am
26. Oktober 1951

Symalla
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofs

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

In dem Rechtsstreit

des Facharztes Dr. med. Ernst K [REDACTED] in [REDACTED],
[REDACTED] platz [REDACTED],

- Klägers und Revisionsklägers -

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n .

1.) den Kaufmann Kurt H [REDACTED] in K [REDACTED],
T [REDACTED] S [REDACTED] - Str. [REDACTED]

- Beklagten und Revisionsbeklagten -

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2.) die Stadt K [REDACTED], vertreten durch den Ober-
stadtdirektor in K [REDACTED],

- Nebenintervenientin -

- in der Revisionsinstanz nicht vertreten -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1951 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Pritsch und
der Bundesrichter Dr. Tasche, Dr. Heck, Schuster
und Dr. Oechsler

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das am 12.
April 1950 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Köln wird auf Kosten
des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Januar 1939 mietete der Flieger von den Eheleuten Dr. S. [REDACTED] in deren Hause in Z. [REDACTED] eine Wohnung, bestehend aus Hochparterre und Souterrain. Bei Kriegsbeginn wurde der Flieger zur Wehrmacht eingezogen; seither benützte seine Familie die Wohnung nicht mehr; die Möbel blieben jedoch stehen, die Wohnung wurde untervermietet. Im August 1944 geriet der Flieger in Kriegsgefangenschaft, aus der er erst am 30. März 1949 zurückkehrte. - Im Oktober 1944 wurde das Haus durch Fliegerbomben stark beschädigt, eine Mäuerwand des Gebäudes wurde grösstenteils weggerissen, die Hochparterreräume wurden z.Teil unbenutzbar. In die von dem Untermieter des Fliegers, H. [REDACTED], damals verlassene Wohnung setzten sich 2 Brüder Giersen.

Da die Eheleute S. [REDACTED] Schwierigkeiten bei der Wiederherstellung des Hauses hatten, übereigneten sie das Haus im Februar 1946 dem Beklagten. Dieser meldete am 2. März 1946 auf dem Formular zur Anmeldung freien Wohnraums an das Wohnungsamt, dass er als Hauseigentümer die Parterrewohnung benütze; das Wohnungsamt wies ihm durch Verfügung vom 21. März 1946 die Wohnung zu. Die Zuweisungsverfügung trägt den Zusatz: " die Zuweisung unterliegt der Verordnung vom 25. April 1945." Der Beklagte liess nun die Kriegsschäden beseitigen, veranlasste die Brüder G. [REDACTED] zur Räumung des Hochparterre und bezog im November 1946 die Hochparterreräume selbst. Nach seiner Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft legte der Flieger gegen die Zuweisung der Räume an den Beklagten Einspruch

- 3 -

ein, über den noch nicht entschieden ist; das Wohnungsamt hat ihm während des Rechtsstreits eine andere Wohnung zugewiesen, die der Kläger auch bezogen hat.

Mit der Klage begehrt der Kläger, den Beklagten zu verurteilen, die Wohnung im Hochparterre an den Kläger herauszugeben, dem Wohnungsamt gegenüber auf die Rechte aus der Zuweisung der Wohnung zu verzichten und den Antrag auf Zuweisung der Räume zurückzunehmen. Er stützt seine Ansprüche auf Besitz und Mietvertrag. Die Brüder G. hätten sich eigenmächtig den Besitz der Wohnung verschafft; der Beklagte, der seinen Besitz von ihnen ableite, habe bei seinem Einzug die verbotene Eigenmacht der Vorbesitzer gekannt. Das Mietverhältnis sei nicht beendet worden; der Beklagte sei nach § 571 BGB als Nachfolger der Eheleute S. in den Mietvertrag mit dem Kläger eingetreten. Daran habe die Zuweisung durch das Wohnungsamt nichts geändert. Diese Zuweisung leide an einem Formmangel, da sie dem Kläger nicht zugestellt worden sei. Der Beklagte habe sie erschlichen, indem er bei dem Antrag auf Zuweisung verschwiegen habe, dass die Wohnung von den Brüdern G. benützt werde. - Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht wies die Klage ab. Im Berufungsverfahren trat die Stadt K., der der Beklagte den Streit verkündet hatte, auf seiten des Beklagten der Rechtsstreit als Nebenintervenientin bei; sie schloss sich seinen Anträgen an.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Klägers zurück. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine An-



sprüche weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Nebenintervenientin hat sich im Revisionsverfahren nicht vertreten lassen.

Entscheidungsgründe:

- 1.) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Kläger während seiner Gefangenschaft hinsichtlich der strittigen Wohnung durch seinen Bruder, den Rechtsanwalt Dr. K., als Bevollmächtigten vertreten worden ist. Diese tatsächliche Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen, sie ist zugrundezulegen. Der Kläger muss daher die Handlungen und Unterlassungen seines Bruders gegen sich gelten lassen (§ 164 EGB).
- 2.) Das Verhalten des Rechtsanwalts Dr. K. in der Zeit bis zur Rückkehr des Klägers aus der Gefangenschaft würdigt das Berufungsgericht dahin, dass er eindeutig noch vor dem Einzug des Beklagten die strittige Wohnung aufgegeben habe. Zu dieser Beurteilung gelangt das Berufungsgericht einmal aufgrund des Verhaltens des Rechtsanwalts Dr. K. gegenüber Dr. Schürmann: Aus dem Brief vom 1. November 1945, mit dem d.r Schriftwechsel zwischen ihnen beginne, gehe hervor, dass RA. Dr. K. wohl gern seinem Bruder die Wohnung wieder verschaffen wolle; er mache das aber von dem Wiederaufbau des Hauses abhängig. Die laufenden Mietzinsen habe RA. Dr. K. nicht bezahlt; in späteren Verhandlungen habe er sich mit Dr. S. auf Nachzahlung der Mieten nur bis August 1945 geeinigt. In dem Schriftwechsel fehle jeder Hinweis an Dr. S., dass das Mietverhältnis

aufrechterhalten werden solle. Schliesslich habe Rechtsanwalt Dr. K. schon vor dem Einzug des Beklagten alle restlichen Möbel des Klägers aus der Wohnung entfernt. Aber auch gegenüber dem Beklagten habe Rechtsanwalt Dr. K. nichts unternommen, um das Besitz- und Mietrecht seines Bruders aufrecht zu erhalten; er habe vielmehr, wie er als Zeuge bekundet habe, bewusst nicht daran geführt. So sei der Beklagte von März 1946 bis Frühjahr 1949 im unangefochtenen Besitz der Wohnung gewesen.

Die Revision rügt Verletzung des materiellen Rechts, der §§ 286, 288 ZPO, der Denkgesetze und der Beweislastregeln. Sie greift sowohl die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts an wie die von ihm darauf gezogenen rechtlichen Folgerungen.

- 3.) Das Berufungsurteil enthält keine Ausführungen darüber, wie es die von ihm angenommene Aufgabe der Wohnung seitens des Klägers rechtlich beurteilt. Eine Auflösung des Mietverhältnisses durch rechtsgestaltende Willenserklärung des Klägers (Kündigung) stellt es nicht fest; eine Kündigung würde dem festgestellten Verhalten des Bevollmächtigten des Klägers auch kaum entnommen werden können. Von dem Fall der Kündigung abgesehen konnte der Mietvertrag nur durch einen neuen Vertrag, also durch Übereinstimmung beider Vertragsparteien, aufgehoben werden. Nicht anders wäre der Verzicht des Klägers auf seine Ansprüche auf die Wohnung zu beurteilen, mögen sie aus Besitz oder aus Mietvertrag hergeleitet werden; ein solcher Verzicht wäre ein Erlass i.S. des § 397 BGB und konnte nur durch vertragliche Vereinbarung wirksam werden. Eine ver-

tragliche Aufhebung des Mietverhältnisses kann aber darin gefunden werden, dass der Mieter durch schlüssiges Verhalten einem Verhalten des Vermieters zustimmt, das mit einem Fortbestand des Mietrechts unvereinbar ist, und so sind die Ausführungen des Berufungsgerichts offenbar gemeint. Das Berufungsgericht geht in seiner sehr knappen Urteilsbegründung offensichtlich davon aus, dass der frühere Hauseigentümer Dr. S. [REDACTED] ohne Hinweis auf das mit dem Kläger bestehende Mietverhältnis das Haus an den Beklagten veräußert hat, der die Wohnung selbst beziehen und das Haus zu diesem Zweck instandsetzen lassen wollte. Dr. S. [REDACTED] hat dem Kläger von dieser Veräußerung Kenntnis gegeben. Er hat den Kläger zu Händen seines Bevollmächtigten darauf hingewiesen, dass die Brüder G. [REDACTED] im Besitz der Wohnung seien und an ihn Miete bezahlen, und dass er deswegen von dem Kläger die Miete nur für eine zurückliegende Zeit, nämlich bis August 1945, fordere. Dabei hat Dr. S. [REDACTED] in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass er den Kläger nach wie vor als Mieter ansehe. Dieses Verhalten durfte das Berufungsgericht dahin würdigen, dass Dr. S. [REDACTED] das Mietverhältnis mit dem Kläger nicht mehr als fortbestehend betrachte, sondern davon ausgehe, dass es schon vor der Veräußerung des Hauses an den Beklagten erloschen sei. Wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger durch schlüssiges Verhalten seines Bevollmächtigten die Wohnung aufgegeben habe, so will es damit sagen, dass der Kläger durch sein Verhalten dem darin liegenden Willen zur Aufhebung des Mietverhältnisses

zustimmte. So betrachtet sind die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts bedenkenfrei.

Es kommt daher darauf an, ob die Annahme des Berufungsgerichts, der Bevollmächtigte des Klägers habe sein Mietrecht aufgegeben, den Angriffen der Revision standhält.

- 4.) Die Revision wendet sich zunächst gegen die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Briefe des Rechtsanwalts Dr. K. vom 1. November 1945 zuteil werden lässt. Sie meint, in diesem Briefe sei die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses für die Kinder des Klägers und für diesen selbst (nach seiner Rückkehr aus der Gefangenschaft) ausdrücklich betont worden. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses sei in diesem Briefe von dem Wiederaufbau des Hauses abhängig gemacht worden, verstosse gegen den klaren Wortlaut. Sie verstosse aber auch gegen die Denkgesetze, denn zu jener Zeit habe das Mietverhältnis unstreitig noch bestanden; von einer Bedingung für seine Aufrechterhaltung könne daher keine Rede sein.

Dieser Revisionsangriff ist nicht begründet. Die Revision übersieht, dass der Bestand des Mietverhältnisses im Herbst 1945 zweifelhaft war, mindestens den Beteiligten zweifelhaft sein musste. Die Verordnung über die Einwirkung von Kriegsschäden an Gebäuden auf bestehende Miet- und

Pachtverhältnisse vom 28. September 1943 (RCB I 546, Einwirkungsverordnung), auf die der Beklagte sich im 1. Rechtszug berufen hatte, kam allerdings nicht zur Anwendung, weil die Wohnung nicht dauernd unbenutzbar geworden war; auch geht aus dem Schriftwechsel des RA Dr. K. mit Dr. S. hervor, dass beide davon ausgingen, dass die Beschädigung der Wohnung das Mietverhältnis noch nicht zum Erlöschen gebracht hatte. Dagegen kamen die beiden Verordnungen der Stadt K. vom 25. April 1945 und vom 21. Juni 1945 in Betracht. In der ersten dieser Verordnungen wurde die Beschlagnahme aller verlassenen Wohnungen angeordnet; dass die strittige Wohnung hierunter fiel, unterliegt keinem Zweifel. Durch die zweite dieser Verordnungen wurde angeordnet, dass bestehende Mietverhältnisse mit der Zuweisung einer beschlagnahmten Wohnung an einen neuen Mieter erlöschen. Es bedarf hier keiner Entscheidung der Frage, ob und wie weit diese Verordnungen rechtswirksam waren und welche bürgerlich-rechtlichen Folgen sie haben konnten. Nachdem die strittige Wohnung von dem Kläger und seinen Angehörigen verlassen, die Räume z.Teil unbewohnbar geworden, z.Teil von Dritten eigenmächtig besetzt worden waren, musste bei Berücksichtigung der genannten Verordnungen für die Beteiligten ungewiss sein, ob das Mietverhältnis noch bestand und ob seine Aufrechterhaltung möglich sei. Diese Ungewissheit liegt offenbar dem Brief des RA Dr. K. vom 1. November 1945 zu Grunde, wenn er dort erklärt, er hoffe, dass der Wiederaufbau gelinge und er dem Kläger die erforderliche Wohnung wieder

verschaffen könne. Bedenkensfrei ist die Auslegung des Berufungsgerichts, dass der bestimmte Wille, das Mietverhältnis fortzusetzen, nicht zum Ausdruck kommt; das Berufungsgericht durfte diesen Brief jedenfalls so auslegen, dass diese Frage der Entwicklung der Verhältnisse vorbehalten werde, wobei es vor allem auch auf den Wiederaufbau des Hauses ankomme. Wird die Feststellung des Berufungsgerichts in diesem Sinne verstanden, so ist sie nicht im Widerspruch mit dem Wortlaut des Briefes und die so gefundene Auslegung nicht unmöglich. Die Ansicht der Revision, die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses sei der unzweifelhafte Inhalt dieses Briefes, trifft nicht zu.

- 5.) Richtig ist, dass das Berufungsurteil den Brief des RA.Dr.K. an Dr. S. vom 10. April 1946 nicht erwähnt; Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass das Berufungsgericht diesen Brief übersehen habe. Offenbar hat es den Brief nicht für erheblich gehalten. Seine Berücksichtigung würde auch keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung des Falles geben können. Der Brief enthält nichts, was über den Inhalt des ihm abschriftlich nochmals beigelegten Briefes vom 1. 11. 1945 hinausginge, und lässt nicht, wie die Revision meint, eindeutig den Willen erkennen, an dem Mietverhältnis festzuhalten. RA.Dr.K. spricht hier davon, im Hinblick auf die bevorstehende Rückkehr des Klägers sei eine "Regelung" dringlich, wobei wiederum die Frage der Wiederherstellung des Hauses angeschnitten und die Frage der Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses offen gelassen wird.

Richtig ist, dass der weitere Schriftwechsel auf diesen beiden Briefen aufbaut und wenig zu dem entscheidenden Punkte beiträgt. Das verkennt das Berufungsgericht nicht. Richtig ist auch, dass für den Fall der Anwendbarkeit des § 571 BGB die Verhandlungen des RA.Dr. K. mit Dr. S. für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht mehr entscheidend sein konnten. Dadurch wurde das Berufungsgericht jedoch nicht gehindert, den Inhalt auch des späteren Schriftwechsels als Anzeichen für die Willensrichtung des Bevollmächtigten des Klägers zu verwerten. Wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, hätte es nahegelegen, dass RA.Dr. K. dem Dr. S. gegenüber in diesem Schriftwechsel zum Ausdruck brachte, er wolle trotz des Verkaufs des Hauses und der bestehenden Zweifel das Mietverhältnis fortsetzen. Wenn das Berufungsgericht aus dem Fehlen jeder derartigen Bemerkung schliesst, Rechtsanwalt Dr. K. habe die Absicht gehabt, die Wohnung aufzugeben, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden.

Unbegründet ist der weitere Revisionsangriff, nach der Lebenserfahrung habe damals niemand ohne zwingenden Grund ein Wohnungsrecht freiwillig aufgegeben, zumal der Kläger als Arzt hätte auf angemessene Räume Wert legen müssen. Das Berufungsgericht setzt sich mit einer solchen Lebenserfahrung nicht auseinander, es wäre aber dadurch auch nicht gehindert worden, das Verhalten des Rechtsanwalts Dr. K. so zu würdigen, wie es das getan hat. Selbst wenn man den von der Revision behaupteten

Erfahrungssatz unterstellt, so mochte Rechtsanwalt Dr. K. doch hinreichende Gründe haben, auf die Wohnung zu verzichten, sei es, weil er an der baldigen Rückkehr des Klägers Zweifel hatte, sei es, weil er die mit der Aufrechterhaltung des Mietvertrages verbundene finanzielle Belastung scheute. Offenbar war der Kläger auch nicht in der Lage, seinerseits zu dem Wiederaufbau des Hauses beizusteuern, so dass er sich damit abfinden musste, dass der Beklagte dies übernahm.

- 6.) Auf derselben Linie liegt das Verhalten des Bevollmächtigten des Klägers gegenüber dem Beklagten. Die Veräußerung des Hauses an den Beklagten war ihm durch den Brief der Frau S. vom 18. April 1946 bekannt geworden. Er hat dem Beklagten gegenüber Rechte aus dem Mietvertrag nicht geltend gemacht. Allerdings kann blosses Schweigen noch nicht als Verzicht auf ein Recht aufgefasst werden (RGZ 116, 313/316 f7, 118, 63 [66]). Diese Annahme ist nur berechtigt, wenn besondere Umstände auf einen Verzichtswillen schliessen lassen. Solche Umstände stellt das Berufungsgericht allerdings nur im Verhältnis zu dem Voreigentümer Dr. S. fest. Wenn aber der Kläger gegenüber Dr. S. einer Beendigung des Mietverhältnisses für einen Zeitpunkt zustimmte, der vor dem Eintritt des Beklagten in den Mietvertrag lag, und der Beklagte selbst dieses Mietverhältnis ablehnte, bedurfte es einer besonderen Verzichtserklärung dem Beklagten gegenüber nicht. Zudem hat Rechtsanwalt Dr. K. als Zeuge zugegeben, dass er an die Sache gegenüber dem Beklagten "nicht habe rühren wollen", deswegen habe er sich an

den Beklagten überhaupt nicht gewandt. Aus diesem Verhalten in Verbindung mit dem Verhalten des Rechtsanwalts Dr. K. gegenüber Dr. S. schliesst das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum auf eine Aufgabe der Wohnung.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe es unterlassen, eine Nichte des Klägers, Frau K. zu vernehmen. Diese Zeugin war dafür benannt, dass der Beklagte bei einer Unterredung am 17. oder 18. Mai 1946 erklärt habe: "Er könne sich an die Rechte des Klägers nicht stören, man müsse dann sehen, was aus der Sache würde; die G. hätten kein Besitzrecht, da sie sich eigenmächtig in die Wohnung gesetzt hätten". Die Revision folgert aus dieser Äusserung, der Beklagte habe selbst nicht an die freiwillige Aufgabe der Rechte des Klägers geglaubt. Die Äusserung des Beklagten lässt aber auch die Deutung zu, dass der Beklagte die Rechte des Klägers nicht für durchgreifend halte und sie nicht fürchte, zumal im Zeitpunkt dieser Unterredung die Wohnung ihm bereits vom Wohnungsamt zugewiesen worden war. Der Beklagte mag auch haben zum Ausdruck bringen wollen, dass der Kläger im Falle seiner Rückkehr versuchen müsse, anderswo unterzukommen, und dass er gegebenenfalls diese Bemühungen unterstützen werde. Zudem ist nicht behauptet, dass die Zeugin K. im Auftrage oder auch nur mit Wissen des Klägers oder seines Bevollmächtigten bei dem Beklagten vorgesprochen hätte; für das Verhältnis zwischen den Parteien war eine ihr gegenüber abgegebene Erklärung ohne Bedeutung. Unter diesen Umständen ist es kein Prozessverstoss,

wenn das Berufungsgericht von der Erhebung dieses Beweises abgesehen hat.

- 7.) Die Entnahme der Möbel aus der Wohnung erörtert das Berufungsgericht nur nebenbei, wie die Revision nicht verkennt; für die Aufhebung des Mietverhältnisses misst es diesem Umstand keine ausschlaggebende Bedeutung bei. Die Angriffe der Revision gegen die Heranziehung dieses Punktes greifen daher nicht durch.

Nach dem Ausgeführten erweisen sich die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil als unbegründet. Die Revision des Klägers war daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Pritsch

Dr. Tasche

Dr. Heck

Schuster

Dr. Oechsler