

V ZR 73/54

Verkündet
am 11. November 1955
Romacker, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

2521 005

1/3

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

des Gastwirts Heinrich S. in H., Hü. weg ,

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die He. in D., vertreten durch ihre
Vorstandsmitglieder Oberregierungsrat a.D. Dr. Konrad P.
in D., Pa. straße , Abgeordneten Gustav Fr.,
Pi. Nr. und Abgeordneten Walter Br. in D.,
F. straße .

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt von
-

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 21. Oktober 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. v.
Normann, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Piepenbrock

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Hamm vom
11. Februar 1954 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen, dem auch die Entscheidung
über die Kosten der Revisionsinstanz über-
tragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Stiftung hatte seit dem Jahre 1904 die ihr gehörige Gastwirtschaft beim He [REDACTED] auf der G [REDACTED] an den Hofspeisewirt Heinrich S [REDACTED] den Älteren, den Vater des Klägers, verpachtet. Der letzte einschlägige Pachtvertrag wurde am 27. März / 9. Mai 1934 für die Zeit vom 1. April 1934 bis zum 31. März 1946 abgeschlossen. Mitverpachtet wurde das Inventar der Gastwirtschaft, soweit es Eigentum der Beklagten war; der Rest des Inventars war unstreitig Eigentum des damaligen Pächters. Es war eine Mindestpacht von 8 000 RM jährlich vereinbart, die sich bei einem 80 000 RM übersteigenden Jahresumsatz des Pächters um 7 % des über 80 000 RM hinausgehenden Betrages erhöhen sollte. Der Pächter hatte die Beaufsichtigung des He [REDACTED], der B [REDACTED]treppe und der B [REDACTED]hütte zu übernehmen. Schließlich ist der § 14 des Pachtvertrages hervorzuheben, in welchem bestimmt war:

"Wird der Pächter im Laufe der Pachtzeit nachweislich durch Krankheit zur Fortführung der Wirtschaft unfähig, oder stirbt er während dieser Zeit, so ist sowohl er, bzw. sein gesetzlicher Vertreter, im Todesfalle seine Erben, berechtigt, das Pachtverhältnis durch Kündigung aufzulösen.

Die Kündigung ist nur für den Schluß des Pachtjahres zulässig; sie hat spätestens 6 Monate vorher zu erfolgen. Treten die in Absatz 1 erwähnten zur Kündigung berechtigten Ereignisse erst innerhalb der letzten 6 Monate vor Ablauf des Pachtjahres ein, so ist die Kündigung erst zum Schluß des nächsten Pachtjahres unter Einhaltung der gleichen Kündigungsfrist zulässig."

Nachdem Heinrich S [REDACTED] der Ältere Ende März 1944 verstorben war, trat der Kläger, Heinrich S [REDACTED] der Jüngere aus H [REDACTED], als dessen Erbe in das Pachtverhältnis ein. Da der Kläger sich damals im Felde befand, ließ er die gepachtete Wirtschaft durch den ehemaligen Polizeibeamten

- 3 -

Wilhelm Ha [REDACTED] fortführen, den er am 15. April 1944 schriftlich bevollmächtigte, ihn "im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes" zu vertreten. (Abschrift der Vollmacht: GA 96). Der Kläger war damals Mitglied des "Volksgerichtshofs" und Obergruppenführer im Nationalsozialistischen Kraftfahrerkorps (NSKK).

Nach Besetzung des Landes Lippe durch die Alliierten und nach Abschluß des Waffenstillstandes kehrte der Kläger zunächst weder zurück noch meldete er sich bei der Beklagten; es blieb einstweilen unbekannt, wo er sich aufhielt und ob er überhaupt noch lebte. Nach seiner Angabe ist er im April 1945 in amerikanische Kriegsgefangenschaft geraten und aus ihr etwa nach einem halben Jahr geflüchtet. In der folgenden Zeit hielt er sich bis in das Jahr 1949 hinein verborgen.

Nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft wurde die eingangs erwähnte Gaststätte in erheblichem Umfange ausgeplündert, ohne daß Ha [REDACTED] dies zu hindern vermochte. Am 9. Mai 1945 schrieb die beklagte Stiftung die Gaststätte zur anderweiten Verpachtung aus. Am 15. Juni 1945 bestellte die Militärregierung Ha [REDACTED] zum Treuhänder (custodian) für das - offenbar auf Grund von Art I (1) des Militärregierungsgesetzes Nr 52 - gesperrte Vermögen des Klägers. Am 31. Juli 1945 erbat die beklagte Stiftung bei der Militärregierung deren Genehmigung, die Gaststätte anderweit zu verpachten, mit folgendem Schreiben:

"Bekanntlich war der NSKK-Obergruppenführer S [REDACTED] bis Ende März ds.Jrs. Pächter der Gastwirtschaft auf der G [REDACTED]. Seit diesem Zeitpunkt fehlt es dort an der gehörigen Aufsicht, sodaß wiederholt Plünderungen größeren Ausmaßes stattfinden konnten. Um dies für die Zukunft zu verhindern



und die Wirtschaftsgebäude vor weiterem Verfall zu schützen, beabsichtigt das Kuratorium, die Gaststätte baldmöglichst neu zu verpachten. Es wird gebeten, hierzu baldmöglichst die Zustimmung zu erteilen."

Die Militärregierung erteilte die erbetene Genehmigung mit Schreiben vom 8. August 1945 und ordnete an, daß durch den custodian Ha[REDACTED] das dem Kläger gehörende Inventar der Gaststätte, soweit noch vorhanden, aufgezeichnet und an den neuen Pächter der Gaststätte vermietet werden sollte.

Durch schriftlichen Vertrag vom 24./28. September 1945 verpachtete die beklagte Stiftung die Gaststätte für die Zeit vom 1. Oktober 1945 bis zum 31. März 1949 an einen gewissen Otto M[REDACTED] aus H[REDACTED]; dieses Pachtverhältnis wurde durch eine schriftliche Vereinbarung vom 28. November 1946 bis zum 31. März 1954 verlängert. M[REDACTED] übernahm Anfang 1946 von dem custodian Ha[REDACTED] mietweise das dem Kläger gehörige Inventar der Gaststätte.

Am 4. Mai 1949 meldete sich der Kläger bei der polizeilichen Meldebehörde in H[REDACTED] wieder an. In dem Verfahren zur politischen Säuberung wurde der Kläger im Jahre 1950 als Mitläufer (Gruppe IV der Kontrollratsdirektive Nr 38) eingestuft; sein Vermögen wurde entsperrt.

Anfang Juni 1950 trat der Kläger wegen des ihm gehörigen Inventars der Gaststätte an die Beklagte heran. In einer schriftlich niedergelegten Verhandlung vom 6. Juni 1950, an welcher der Kläger, die Beklagte und M[REDACTED] teilnahmen, wurde dieses Inventar zu einem Teile M[REDACTED], zu einem anderen Teile der Beklagten käuflich überlassen. Die Verhandlung vom 6. Juni 1950 ist mit nachstehendem Satze eingeleitet:

"Unbeschadet der ev. weiteren Gültigkeit des Vertrages vom 27. März 1934 zwischen der Lippischen Landesregierung (namens der Beklagten) und Herrn S. dem Älteren setzt sich das Kuratorium der He. mit den Herren Otto M. und Heinrich S. dem Jüngeren (dem Kläger) hinsichtlich des Inventars in der Gastwirtschaft G., soweit es Herrn Heinrich S. sen. gehörte, heute am 6. Juli 1950 wie folgt auseinander."

An diese Einleitung schloß sich eine Aufzählung der Inventarstücke nebst Angabe des Kaufpreises und des Käufers. Am Ende der Verhandlung heißt es:

"Herr S. jun. erklärt, daß er nach Erfüllung vorstehender Verpflichtungen durch das Kuratorium (der Beklagten) und Herrn M. auf weitere Ansprüche hinsichtlich des Inventars verzichtet."

Mitte November 1951 verlangte der Kläger von der Beklagten unter Hinweis darauf, daß sein durch den Vertrag vom 27. März / 9. Mai 1934 begründetes Pachtverhältnis noch fortbestehe, die Wiedereinsetzung als Pächter. Die Beklagte lehnte dieses Verlangen des Klägers ab und kündigte im März 1952 dem Kläger vorsorglich den oben erwähnten Pachtvertrag auf Grund des Geschäftsraummietengesetzes zum 1. Juli 1952. Nun verlangte der Kläger von der Beklagten Schadensersatz dafür, daß sie ihm die pachtweise Nutzung der Gaststätte von Ende 1945 bis zum 1. Juli 1952 zu Unrecht vorenthalten und entzogen habe. Mit der vorliegenden im September 1952 erhobenen Klage machte der Kläger einen Teilbetrag des ihm nach seiner Meinung erwachsenen Schadens (entgangenen Gewinn) in Höhe von 6 100 DM geltend und beantragte,

die Klägerin zur Zahlung von 6 100 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1952 zu verurteilen.

Zur Begründung der Höhe der Klageforderung führte er aus, es sei in der Gaststätte in der Zeit vom 1. Januar 1936 bis zum 31. März 1945 im Jahresdurchschnitt ein Gewinn von etwa 36 000 RM erzielt worden; daraus lasse sich mit Sicherheit folgern, daß ihm in der Zeit von Ende 1945 bis Ende Juni 1952 ein Reingewinn von mindestens 6 100 DM entgangen sei.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, indem sie den Klageantrag sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach bestritt. Sie berief sich zunächst auf die politische Belastung des Klägers, welche - wenigstens nach der im Jahre 1945 herrschenden Auffassung - so erheblich gewesen sei, daß der Kläger damals in die Gruppe III der politischen Belasteten einzustufen gewesen wäre; ihr sei daher die Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit dem Kläger nicht zuzumuten gewesen. Deshalb habe die Militärregierung ja auch durch Bescheid vom 8. August 1945 die anderweite Verpachtung der Gaststätte antragsgemäß genehmigt ("Your request for authority to lease the restaurant at the G [REDACTED], formerly let to Heinrich S [REDACTED], is hereby approved"), obwohl Ha [REDACTED] schon vorher als Custodian für das gesperrte Vermögen des Klägers eingesetzt gewesen sei; das sei um so mehr ins Gewicht gefallen, als der damalige Aufenthalt des Klägers unbekannt gewesen sei und der Kläger, wie er zugestanden habe, bis zum Frühjahr 1949 nichts von sich habe hören lassen, vielmehr sich aus Furcht vor einer Auslieferung an die Sowjets verborgen gehalten habe; man habe unter den Verhältnissen des Jahres 1945 nicht abwarten können, bis der Kläger nach unbestimmter Zeit sich wieder gemeldet haben würde. Ferner sei Ha [REDACTED] nach dem Zusammenbruch außerstande gewesen, weitere

Inventarplünderungen zu verhüten und die Gaststätte wieder in Betrieb zu bringen. Vielmehr habe Ha[REDACTED] eine "resignierte" Haltung eingenommen, was ihrem (der Beklagten) Interesse abträglich gewesen sei. Es sei folgeweise unerheblich, ob Ha[REDACTED] gegenüber Mitgliedern des Kuratoriums der Klägerin mündlich Bedenken oder Vorstellungen gegen die beabsichtigte Neuverpachtung der Gaststätte geäußert habe. Er hätte gegen den ihm bekannten Bescheid vom 8. August 1945 die Militärregierung "mobilisieren" müssen; das habe er aber gerade unterlassen, weil er sich von einer solchen Maßnahme offensichtlich nichts versprochen habe. Übrigens sei Ha[REDACTED] auch in seiner Eigenschaft als Custodian legitimiert gewesen, der Aufhebung des Pachtverhältnisses mit dem Kläger zuzustimmen, und habe diese Zustimmung auch zum Ausdruck gebracht (gemeint ist wohl: durch Abschluß des Mietvertrags mit M[REDACTED] über das dem Kläger gehörende Inventar). Der Klaganspruch sei auch verwirkt, denn der Kläger habe ihn erstmals der Beklagten durch Schreiben vom 14. November 1951 angekündigt und die vorliegende Klage gar erst im September 1952 erhoben. Äußerstenfalls sei der Klageanspruch verjährt (was die Beklagte allerdings nicht begründet hat).

Der Kläger ist diesen Ausführungen entgegengetreten. Er sei nicht so erheblich politisch belastet gewesen, daß die Beklagte zu einer anderweiten Verpachtung Anlaß gehabt habe. Der Bescheid der Militärregierung vom 8. August 1945 wolle nichts besagen; die Militärregierung habe darin eine Neuverpachtung der Gaststätte lediglich gebilligt, aber nicht angeordnet. Ebenso sei es unerheblich, daß er sich erst im Frühjahr 1949 gemeldet habe. Er sei trotz seiner Flucht aus der amerikanischen Kriegsgefangenschaft im Jahre 1945 mangels ordnungsmäßiger Entlassung weiterhin Kriegs-

gefangener geblieben; daher könne die Beklagte ihm seine langjährige Abwesenheit und sein langjähriges Stillschweigen nicht zurechnen. Von einer "resignierten" Haltung Ha [REDACTED] im Jahre 1945 könne keine Rede sein; Harder habe vielmehr sein Möglichstes getan, um die Gaststätte wieder zu betreiben. Es habe zudem rechtlich ausgereicht, daß Ha [REDACTED] Mitgliedern des Kuratoriums der Beklagten gegenüber Bedenken und Vorstellungen gegen die Neuverpachtung der Gaststätte erhoben habe. Die Aufhebung des Pachtverhältnisses mit der Beklagten zu vereinbaren, sei Harder nicht - auch nicht als Custodian - befugt gewesen. Von einer Verwirkung des Klageanspruchs könne nicht die Rede sein. Seine Schadensersatzansprüche habe er nicht erst in dem Brief vom 14. November 1951 angekündigt; vielmehr ergebe schon die Einleitung der Verhandlung vom 6. Juni 1950, daß er sich seine Ansprüche aus dem Pachtvertrag vom 27. März / 9. Mai 1934 habe vorbehalten wollen.

Nach Vernehmung mehrerer Zeugen erklärte das Landgericht den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein. Sie beantragte, das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. Der Kläger beantragte, die Berufung zurückzuweisen. Unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens trugen die Parteien noch das Folgende vor.

Die Beklagte machte im wesentlichen geltend: Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, das durch den Vertrag vom 27. März / 9. Mai 1934 begründete Pachtverhältnis habe auf keine andere Weise beendet werden können als durch Kündigung (bzw. Aufhebungsklage) oder durch Vereinba-

rung, welche beiden Beendigungsgründe es für den vorliegenden Fall verneint habe. In Wirklichkeit könnten Dauer-schuldverhältnisse, insbesondere ein langfristiger Pacht-vertrag, auch auf andere Art enden. Zunächst sei an einer Beendigung des Pachtverhältnisses durch die "normative Kraft des Faktischen" zu denken, sodann an die Beendigung durch Hoheitsakt der Militärregierung. Hier liege es so, daß nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft im Jahre 1945 die Militärregierung darauf ge-drungen hätte, alle einflußreichen Nationalsozialisten auch aus dem deutschen Wirtschaftsleben auszuschalten. Eine solche Ausschaltung des Klägers aus dem Pachtverhältnis habe im Jahre 1945 dem Willen der Militärregierung entspro-chen; diesem Willen habe sich die Beklagte bzw. die Lippi-sche Landesregierung um so weniger mit Erfolg widersetzen können, als die G [REDACTED] "öffentlicher Besitz", die dortige Gaststätte "Verkehrslokal der Parteigrößen" und die Stellung des Klägers allgemein, insbesondere der Mili-tärregierung, bekannt gewesen seien. So erkläre sich der Bescheid der Militärregierung vom 8. August 1945; er sei nicht eine Ermächtigung zur anderweiten Verpachtung, son-dern ein entsprechender Befehl gewesen. Ferner könne ein Pachtverhältnis außerhalb der Bestimmungen des Mieter-schutzgesetzes unmittelbar auf Grund von §§ 275, 323, 325 BGB erlöschen, wenn die einem Vertragsteil obliegende Lei-stung ihm nachträglich unmöglich werde, wobei einerseits der nachträglichen Unmöglichkeit das nachträgliche Unver-mögen gleichstehe und andererseits eine nur vorübergehen-de Unmöglichkeit die Bedeutung und die Wirkungen einer dauernden Unmöglichkeit dann haben könne, wenn dem Vertrags-gegner ein Festhalten an dem Vertrage nach Treu und Glauben und unter billiger Abwägung der Interessen beider Vertrags-teile nicht zugemutet werden könne. So liege aber der vor-liegende Fall, vor allem, wenn man die politische Belastung,

das jahrelange Stillschweigen und die jahrelange Abwesenheit des Klägers erwäge; dafür, daß der Kläger begründeten Anlaß gehabt habe, bis in das Jahr 1949 sich nicht zu melden und sich verborgen zu halten, habe der Kläger nichts Schlüssiges vorgebracht. Unter diesen Umständen habe sich die Beklagte nicht damit abzufinden brauchen, daß Ha[REDACTED] auf unbestimmte Zeit anstelle des Klägers die Gaststätte bewirtschaftete, zumal er an dem für die Pacht- höhe maßgebenden Umsatz nicht interessiert gewesen sei. Das Landgericht habe auch zu Unrecht die Frage verneint, daß das Pachtverhältnis mit dem Kläger dadurch beendet worden sei, daß Ha[REDACTED] als Custodian des Klägers im Jahre 1945 das dem Kläger gehörende Gaststätteninventar an Merk vermietet habe; daß Ha[REDACTED] hierzu befugt gewesen sei, zeige der Bescheid der Militärregierung vom 8. August 1945.

Der Kläger wandte sich gegen diese Ausführungen der Beklagten, indem er seinerseits im wesentlichen das Folgende darlegte: Das Pachtverhältnis zwischen den Parteien sei nicht durch einen Hoheitsakt der Militärregierung aufgelöst worden; die Militärregierung habe (durch ihren Bescheid vom 8. August 1945) nur ihr "Desinteressement" an der anderweiten Verpachtung der Gaststätte erklärt. Der Militärregierung sei es im Jahre 1945 vorzugsweise darauf angekommen, Nationalsozialisten aus der öffentlichen Verwaltung auszuschalten, aus der Wirtschaft dagegen nur bei sogenannten Schlüsselstellungen, zu welchen die Gaststätte des Klägers nicht zu zählen sei. Zu berücksichtigen sei auch, daß der genannte Bescheid auf einer unrichtigen Voraussetzung beruhe (gemeint ist anscheinend, daß es in der Eingabe der Beklagten an die Militärregierung vom 31. Juli 1945 hieß, das Pachtverhältnis mit dem Kläger sei

schon Ende März 1945 abgelaufen, während der Pachtvertrag vom 27. März / 9. Mai 1934 bis Ende März 1946 laufen sollte). Die Meinung der Beklagten, Dauerschuldverhältnisse könnten, unabhängig von der Mietschutzgesetzgebung, unter gewissen Umständen durch Eintritt nachträglicher Unmöglichkeit oder nachträglichen Unvermögens hinsichtlich der von einem Vertragsteil zu erbringenden Leistung ohne weiteres erlöschen, bezweifelte der Kläger aus Rechtsgründen. Das Landgericht habe ferner mit Recht verneint, daß Ha[REDACTED] im Jahre 1945 der vertraglichen Aufhebung des Pachtverhältnisses durch schlüssige Handlung (Vermietung des dem Kläger gehörenden Gaststätteninventars an M[REDACTED] zu Beginn des Jahres 1946) zugestimmt habe; auch sei Ha[REDACTED] weder als Bevollmächtigter des Klägers (Vollmacht vom 15. April 1944) noch als Custodian befugt gewesen. Daß Ha[REDACTED], nachdem er sich gegenüber einigen Mitgliedern des Kuratoriums gegen die Verpachtung der Gaststätte an M[REDACTED] geäußert, aber gegenüber dem Bescheid der Militärregierung vom 8. August 1945 nichts unternommen habe, erkläre sich dadurch, daß er durch den neuen Pachtvertrag vom 14./28. September vor vollendete Tatsachen gestellt worden sei. Zur Frage der Verwirkung des Klageanspruchs verwies der Kläger auf seine vorinstanzlichen Ausführungen.

Das Berufungsgericht änderte das Urteil des Landgerichts ab und wies die Klage ab.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Revision eingelegt. Er hat beantragt:

1. unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen (d.h. das landgerichtliche Urteil wieder herzustellen),

2. hilfsweise: unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ausdrücklich hat die Revision die Verletzung der §§ 133, 242 und der §§ 139, 282 ZPO gerügt. Die Beklagte hat beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsurteil ist damit begründet, daß das Pachtverhältnis zwischen den Parteien spätestens Ende September 1945 dadurch kraft Gesetzes erloschen sei, daß dem Kläger die Erfüllung der ihm als Pächter obliegenden Verpflichtungen damals unmöglich gewesen sei und daß folgeweise die Beklagte von dem erwähnten Zeitpunkt an dem Kläger den Gebrauch und die Nutzung des verpachteten Gegenstandes nicht mehr vertragswidrig vorenthalten habe (§ 16 des Berufungsurteils). Es ist dabei davon ausgegangen, daß die besonderen Bestimmungen über den Mieter- oder Pächterschutz dem nicht entgegenstünden, daß ein Miet- oder Pachtverhältnis dadurch beendet werden könne, daß die einem Vertragsteile obliegenden Leistungen unmöglich geworden seien, wobei einer dauernden Unmöglichkeit der Leistung eine zeitweilige Unmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen jedenfalls dann gleichzustellen sei, wenn dem einen Vertragsteil nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Belange beider Vertragsteile nicht zugemutet werden könne, das Schuldverhältnis fortzusetzen (§ 6/7 des Berufungsurteils).

Zu diesem gegen den Kläger sprechenden Ergebnis ist das Berufungsgericht auf Grund mehrerer Erwägungen gelangt.

An erster Stelle hat es darauf hingewiesen, daß der Kläger nach dem Zusammenbruch im Frühjahr 1945 außerstande gewesen und bis zum Jahre 1949 außerstande geblieben sei, die ihm verpachtete Gaststätte zu gebrauchen und (zur Fruchtziehung) zu benutzen. Insoweit läge nicht der Fall des § 552 (§ 581 Abs 2) BGB vor, daß der Kläger nur daran gehindert gewesen sei, seine vertraglichen Rechte (als Pächter) auszuüben. Der Kläger hätte vielmehr auch seine Pflichten als Pächter nicht erfüllen können und nicht erfüllt. Da der Pachtzins, abgesehen von der auf alle Fälle zu entrichtenden jährlichen Mindestpacht, nach dem Jahresumsatz zu bemessen gewesen sei (§ 2 Abs 2 des Pachtvertrages), sei der Kläger zum Betrieb der Gaststätte nicht nur im eigenen Interesse berechtigt, sondern auch im Interesse der Beklagten verpflichtet gewesen. Es komme hinzu, daß der Kläger sich in den §§ 10 und 13 des Pachtvertrages vom 27. März / 9. Mai 1934 verpflichtet habe, das "He[REDACTED]-[REDACTED]", die "B[REDACTED]treppe" und die "B[REDACTED]hütte" zu beaufsichtigen und sorgfältig "auf den Schutz des Forstes und des Wildstandes zu achten". Diese Verpflichtungen des Klägers seien mit dem Zusammenbruch im Frühjahr 1945 nicht entfallen, da "die Schlacht im Teutoburger Walde unabhängig von faschistischen Gedankengängen ihren Erinnerungswert für die deutsche Geschichte behalten habe". Wesentlich sei jedoch, daß es dem Kläger diesen seinen Verpflichtungen im Jahre 1945 nachzukommen dadurch unmöglich geworden sei, daß er mit unbekanntem Verbleib verschwunden war und sich jahrelang verborgen hielt. Diese Unmöglichkeit, die erwähnten Verpflichtungen des Klägers zu erfüllen, sei, gemessen

an den Verhältnissen des Jahres 1945, einer dauernden Unmöglichkeit gleichzusetzen. Es sei auf Grund der Tatsache, daß der Kläger im Jahre 1950 nur als sog. "Mitläufer" eingestuft und die Sperre seines Vermögens aufgehoben worden sei, kein Rückschluß auf das Jahr 1945 zu ziehen. Aus allen diesen Gründen habe man es der Beklagten nicht zumuten können, mit der Neuverpachtung der Gaststätte länger als bis zum Herbst 1945 zu warten; spätestens Ende September 1945 sei es dem Kläger aus Gründen, die ausschließlich in seiner Person gelegen hätten, auf unabsehbare Zeit unmöglich geworden, seinen Pächterpflichten nachzukommen.

Dem stehe nicht entgegen, daß Ha. [REDACTED] vielleicht bereit gewesen sei, für den Kläger oder an dessen Stelle die Bewirtschaftung der Gaststätte zu übernehmen und daß Ha. [REDACTED] Bevollmächtigter des Klägers gewesen und zum Treuhänder des gesperrten Vermögens des Klägers bestellt worden sei. Daß Ha. [REDACTED] den Kläger als dessen Bevollmächtigter vertreten habe, sei für die Zeitspanne bis zum Zusammenbruch angegangen, weil Ha. [REDACTED] damals noch vom Kläger des öfteren beaufsichtigt und kontrolliert worden sei; diese Aufsicht und Kontrolle hätten aber mit dem Zusammenbruch auf unabsehbare Zeit aufgehört. Dazu komme, daß Ha. [REDACTED] wegen der dem Zusammenbruch folgenden Plünderungen der Gaststätte "resigniert" habe; selbst nachdem sich die Lage beruhigt hätte und er sogar zum Treuhänder für das gesperrte Vermögen des Klägers bestellt worden sei, sei er nicht wieder auf die Gaststätte aufgezogen und habe der Beklagten auch keine andere energische und kapitalkräftige Person als "Geschäftsführer" benannt. Die Beklagte hätte sich auch mit Recht sagen dürfen, daß ein anderer Interessent

"den schweren Weg mit den unsicheren Aussichten auf Erfolg" nur dann energisch in Angriff genommen hätte, wenn er für die Folgezeit einen dem Einsatz entsprechenden Gewinn "für sich selbst" hätte erhoffen dürfen; bei "Abführung des größten Teil eines etwaigen Gewinns an den politisch belasteten Kläger" wäre indessen weder bei Ha [REDACTED] noch bei irgend jemand sonst ein "genügender Anreiz" für nachhaltigen Einsatz im Betrieb zu erwarten gewesen.

Es sei im übrigen fraglich, ob die Beklagte nach dem Pachtvertrag es habe hinnehmen müssen, daß sich der Kläger in der Betriebsführung selbst in dem hier gegebenen Fall vertreten ließ, daß er "auf unabsehbare Zeit" daran verhindert war, seinen Vertreter zu beaufsichtigen und zu kontrollieren. Das ergebe sich sinngemäß aus der Bestimmung des Pachtvertrages vom 27. März / 9. Mai 1934 (§ 1 Abs 1), daß der Kläger zur Unterverpachtung der Zustimmung der Beklagten bedurfte; daraus sei zu entnehmen, daß auch eine ständige Vertretung des Klägers nur mit Zustimmung der Beklagten zulässig gewesen sei. Zwar sei Ha [REDACTED] als Vertreter des Klägers im April 1944 vom Kuratorium der Beklagten anerkannt worden. Damals sei die Vertretung des Klägers durch Ha [REDACTED] für die Beklagte unbedenklich gewesen, weil der Kläger mit Ha [REDACTED] regelmäßig mündlich oder mindestens schriftlich hätte in Verbindung treten können. Die Möglichkeit einer solchen Verbindung zwischen dem Kläger und Ha [REDACTED] habe indessen mit dem Verschwinden des Klägers "auf unabsehbare Zeit" aufgehört. Damit sei bezüglich der Vertretung (des Klägers durch Ha [REDACTED]) eine grundlegende Änderung der Sachlage geschaffen worden, die bei Erteilung der Zustimmung (zur Vertretung) nicht vorauszusehen gewesen sei und für die also diese Zustimmung nicht gelten könne.

Unter den oben dargelegten Umständen sei der Beklagten nicht zuzumuten gewesen, an dem Pachtvertrag vom 27. März / 9. Mai 1934 festzuhalten. Das müsse auch dann gelten, wenn damals vorausszusehen gewesen wäre, daß fünf bis sechs Jahre verstreichen würden, bis der Klägerin politischer Hinsicht "rehabilitiert" wurde und damit die Möglichkeit erhielt, sich wieder persönlich um die von ihm gepachtete Gaststätte zu kümmern.

II.

Diese Begründung des Berufungsurteils hält, wie die Revision mit Recht hervorhebt, der Nachprüfung nicht stand; sie leidet an einem zweifachen Mangel: einerseits sind die Feststellungen, welche das Berufungsurteil zu tragen vermocht hätten, ohne erschöpfende Würdigung des Streitstoffs getroffen, und andererseits reicht alles das, was das Berufungsgericht sonst noch ausgeführt und, zum Teil nur hilfsweise, erwogen hat, nicht aus, um das Berufungsurteil zu halten.

Die Klage wäre unbegründet gewesen, wenn die britische Militärregierung im Jahre 1945 vor der anderweiten Verpachtung der Gaststätte erklärt hätte, sie werde den Kläger wegen seiner politischen Belastung als Pächter und Inhaber der Schankstättenerlaubnis nicht mehr dulden und auch nicht zulassen, daß die Gaststätte durch einen Vertreter des Klägers - etwa Ha[REDACTED] - fortgeführt werde. Dann wäre die Beklagte von ihren Verpflichtungen aus dem Pachtvertrag vom 27. März / 9. Mai 1934 freigeworden; es hätte nämlich festgestanden, daß dem Kläger, sei es in Person, sei es durch einen Vertreter, unmöglich geworden wäre, die Gaststätte zu betreiben (§§ 275, 323 BGB), und zwar wäre eine dauernde Unmöglichkeit anzunehmen gewesen, da es der

Beklagten offensichtlich nicht zugemutet werden konnte, die politische Rehabilitierung des Klägers abzuwarten, die jedenfalls damals in unbestimmbarer Ferne lag. tatsächlich ja auch erst im Jahre 1950 eingetreten ist. Hierfür ist auf die Urteile des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. Mai 1953 in Sachen VI ZR 230/52 (LM § 275 BGB Nr 3) und vom 21. Oktober 1953 in Sachen VI ZR 221/52 (BB 1954, 426) zu verweisen. Es hätte sich dabei erübrigt, die Entscheidung darauf abzustellen, daß zwischen den Parteien ein sogenanntes partiarisches Pachtverhältnis bestand, demzufolge der Kläger zum Betrieb der Gaststätte nicht nur berechtigt, sondern auch der Beklagten gegenüber verpflichtet war. Es liegt auf der Hand, daß dieser Umstand nichts ausgemacht hätte, falls der Kläger zwar - etwa als Kriegsgefangener - längere Zeit hindurch abwesend, aber politisch unbelastet und, notfalls durch einen Abwesenheitspfleger, einstweilen vertreten worden wäre. belanglos war es ferner, daß der Kläger wegen seiner Abwesenheit nicht persönlich seinen Vertragspflichten nachkommen konnte, das He [REDACTED], die B [REDACTED] treppe und die B [REDACTED] hütte zu beaufsichtigen (§ 10 Abs 1 des Pachtvertrages) sowie auf den Schutz des Forstes und des Wildbestandes zu achten (§ 13 des Pachtvertrages); es ist umso weniger einzusehen, weshalb diese Vertragspflichten höchstpersönlich Pflichten des Klägers sein könnten, als sich aus § 14 des Pachtvertrages ergibt, daß das Pachtverhältnis weder durch den Tod des Pächters noch dadurch erlöschen sollte, daß er während der Pachtzeit "durch Krankheit zur (persönlichen) Fortführung der Wirtschaft" unfähig wurde. Nicht zu billigen ist sodann die Meinung, aus § 1 Abs 2 des Pachtvertrages ("Eine Unterverpachtung bedarf der Zustimmung der Verpächterin") folge, daß es einer Unterverpachtung gleichstehe, wenn der Kläger sich einen Vertreter be-

stellt habe. Einem Unterpächter, auf den der Pächter im wesentlichen keinen Einfluß hat, wird der Gebrauch und die Nutzung der Pachtsache als einem "Dritten" (§ 549 Abs 1 BGB) überlassen. Ein Vertreter des Pächters ist dagegen im Verhältnis zu den Parteien des Pachtvertrages nicht "Dritter"; er übt den Gebrauch und die Nutzung der Pachtsache nicht, wie ein Unterpächter, im eigenen Namen und für eigene Rechnung aus, sondern im Namen und für Rechnung des Pächters. Es sei noch angefügt, daß zur Auslegung des § 1 Abs 2 des Pachtvertrages dessen § 14 schon deshalb nicht herangezogen werden kann, weil diese beiden Bestimmungen in ganz verschiedener Richtung gehen: Die erste Bestimmung ist zu Gunsten der Verpächterin, die zweite Bestimmung ist zu Gunsten des Pächters (bzw. seiner Erben) getroffen. Schließlich ist die Feststellung des Berufungsurteils, Ha [REDACTED] habe nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 "resigniert", zweideutig und tatbestandswidrig. Daß Ha [REDACTED] der anderen Verpachtung der Gaststätte widersprochen hat (Schriftsatz der Beklagten vom 9. Februar 1953), hat er als Zeuge ausgesagt (Vernehmung vom 22. Januar 1953 und vom 15. Mai 1953), ebenso der Zeuge Regierungsdirektor a.D. K [REDACTED] (Vernehmung vom 15. Mai 1953), und das Berufungsurteil hat diese Bekundungen nicht als unglaubwürdig bezeichnet. Daß Ha [REDACTED] - wie das Berufungsurteil (S 12) es ausdrückt - "nach eingetretener Beruhigung der Lage und selbst nach seiner Bestellung zum Custodian des Klägers nicht wieder auf die Gaststätte aufgezogen" ist, fällt schon deshalb nicht ins Gewicht, weil die Beklagte die Gaststätte erst Ende September 1945 anderweit verpachtete, es also offensichtlich nicht besonders eilig hatte, den Betrieb wieder in Gang zu bringen. Daß Ha [REDACTED] letztlich das dem Kläger gehörige Inventar der Gaststätte deren neuem Pächter M [REDACTED] vermietet hat, erklärt sich zwanglos aus der entsprechenden Anordnung der britischen Militärregie-

rung vom 8. August 1945, welche er als Custodian des Klägers zu befolgen verpflichtet war.

Nun hat allerdings die britische Militärregierung nicht ausdrücklich erklärt, sie werde den Kläger wegen seiner politischen Belastung als Pächter und Inhaber der Schankstättenerlaubnis nicht mehr dulden und auch nicht zulassen, daß die Gaststätte durch einen Vertreter des Klägers fortgeführt werde. Aber es genügt, wenn die Beklagte insoweit einen hypothetischen Ursachenverlauf dartut und beweist, daß die britische Militärregierung im Jahre 1945 zu Ungunsten des Klägers entschieden hätte (BGHZ 10, 6 ff). Dies wird das Berufungsgericht zu prüfen haben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Kläger nicht nur Mitglied des "Volksgerichtshofs" war, sondern auch einen besonders hohen Rang (Obergruppenführer) im NSKK bekleidete. Schon die Kontrollratsdirektive Nr 24 vom 12. Januar 1946 (S 98 ff des Amtsblatts des Kontrollrats in Deutschland) über die Entfernung von Nationalsozialisten ... aus Ämtern und verantwortlichen Stellungen besagt in Nr 10, 10, daß alle Mitglieder des NSKK, die zu irgendeiner Zeit im Offiziersrang standen (was auf den Kläger zutrifft), zu den "zwangsweisen Entfernungs- und Ausschlußkategorien" gehörten; es versteht sich, daß im Jahre 1945 keine mildere Beurteilung stattfand. Es sei hinzugefügt, daß dies zwar nur für "bedeutende" wirtschaftliche Unternehmen gelten sollte, aber daß als "bedeutend" alle Unternehmen angesehen wurden, deren Inhaber - wie im vorliegenden Falle - auf Grund von Art I (1, c) des Militärregierungsgesetzes Nr 52 der Vermögenssperre unterlagen (Nr 2 a I und Nr 2 d der Kontrollratsdirektive Nr 24). Zu bemerken ist noch, daß die Beklagte für die hypothetische Entschließung der britischen Militärregierung Zeugenbeweis angetreten hat (S 2 ff des Schriftsatzes vom 24. November 1952; S 7 f des Schrift-

satzes vom 23. September 1953). Dieser Beweis ist jedoch nur zum Teil erhoben worden. Ob die Vernehmung des Oberregierungsrats a.D. Vollpracht (Protokoll vom 22. Januar 1953), des Oberregierungsrats a.D. Se [REDACTED] (selbes Protokoll) und des Regierungsdirektors a.D. K [REDACTED] (Protokoll vom 15. Mai 1953) als Zeugen nicht überhaupt unzulässig war, weil sie damals dem Vorstand der Beklagten angehörten, ist deshalb nicht zu ersehen, weil die Urteile beider Tatsachengerichte die Bestimmung des § 313 Abs 1 Nr 1 ZPO nicht beachtet haben. Auf jeden Fall wird die Vernehmung des Landespräsidenten a.D. Dr [REDACTED] (S 7 f. : : : des Schriftsatzes vom 23. September 1953; vgl auch S 4 des Schriftsatzes vom 29. Januar 1954) nachzuholen sein. Im übrigen kann auch noch in Betracht kommen, daß, da ein beträchtlicher Teil des Inventars der Gaststätte im Jahre 1945 abhanden gekommen war, es sich der Beklagten nicht zumuten ließ, zu Gunsten des politisch schwer belasteten Klägers für Ersatz zu sorgen (vgl S 1, 2, 4, 8, 10 der Beiakten "Neuverpachtung der Gaststätte G [REDACTED] 1945").

Aus diesen Gründen war dem Hilfsantrag der Revision stattzugeben mit der Maßgabe, daß dem Berufungsgericht

auch die Entscheidung über die Kosten der Revisions-
instanz übertragen wurde.

Dr. Tasche	Dr. v. Normann	Schuster
Dr. Oechßler		Dr. Piepenbrock