

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 134, 138 Bc, 259, 242 Be, 535, 552

- a) Die Vereinbarung eines von einem Apotheker für seine Mieträume zu zahlenden Umsatzmietzinses verstößt grundsätzlich weder gegen das Apothekengesetz noch gegen § 138 BGB.
- b) Aus der bloßen Tatsache der Vereinbarung einer Umsatzmiete ergibt sich für den Mieter keine Betriebspflicht.
- c) Zur Frage, ob ein Apotheker verpflichtet ist, seinem Vermieter zur Feststellung der mit ihm vereinbarten Umsatzmiete Auskunft über den Umsatz zu erteilen, den seine Ehefrau nach Aufgabe seiner Apotheke in der von ihr betriebenen Apotheke erzielt.

BGH, Urt. v. 4. April 1979 - VIII ZR 118/78 - OLG Celle
LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 118/78

URTEIL

Verkündet am
4. April 1979
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Apothekers Rudolf K[REDACTED], B[REDACTED] Straße in B[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Landwirt Rolf-Rüdiger Be[REDACTED], Im Großen T[REDACTED] [REDACTED]
in W[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Wolf, Merz und Treier

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 24. Februar 1978 im Ausspruch über die Kosten für den Berufungsrechtszug und insoweit aufgehoben, als der Anschlußberufung des Klägers stattgegeben worden ist.

Der Kläger wird mit dem Antrag abgewiesen, den Beklagten zu verurteilen, ihm Auskunft über die von seiner Ehefrau in ihrer Apotheke erzielten Umsätze zu erteilen und ihm die entsprechenden Umsatzsteuerbescheide des Finanzamts vorzulegen oder mit ihrer Einsicht durch ihn einverstanden zu sein. Zur Verhandlung und Entscheidung über den Hilfsantrag aus der Anschlußberufung (Zahlungsantrag) und die Kosten des Berufungsverfahrens wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte 4/5 zu tragen. Die Entscheidung über den Rest der Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger erwarb im Jahre 1973 das Haus Be[REDACTED], Br[REDACTED] Straße [REDACTED]. Die Voreigentümerin hatte dem Beklagten ab 1. Mai 1959 auf die Dauer von 15 Jahren Räume des Hauses zum Betrieb einer Apotheke vermietet. In dem Vertrag vom 9. März 1960 ist ein Mietzins von $3 \frac{1}{3}$ % des monatlichen Istumsatzes des Beklagten, mindestens ein Betrag von monatlich 400 DM vereinbart. In § 3 des Vertrages ist u.a. bestimmt:

"Die Berechnung und Feststellung des über 400 DM liegenden Mietzinses wird vom Steuerberater des Mieters, der gleichzeitig Steuerberater der Vermieterin ist, nach Ablauf jeden Monats vorgenommen. Hiernach sich ergebende Restzahlungen sind jeweils bis zum 15. des laufenden Monats vom Mieter zu entrichten. In Zweifelsfällen ist die Vermieterin berechtigt, die Umsatzsteuerbescheide des Finanzamts einzusehen und die Aufteilung des veranlagten Jahresumsatzes in Monatsumsätze zu verlangen."

In § 6 des Vertrages ist vereinbart, im Falle des vorzeitigen Ablebens des Mieters trete die Ehefrau des

Mieters in den Mietvertrag ein. Der Vertrag ist nicht von der Ehefrau des Beklagten unterzeichnet worden. Diese hat aber einen Nachtrag zum Mietvertrag vom 20. April 1968 mit unterschrieben, in dem bezüglich ihres Eintritts in den Mietvertrag dieselbe Klausel enthalten ist wie in der Vereinbarung vom 9. März 1960 und durch den der Mietvertrag bis 30. April 1984 verlängert und wegen Erweiterung der Mietsache eine zusätzliche Miete von monatlich 100 DM vereinbart worden ist. Der Nachtrag enthält weiter die Abrede, der Mieter sei zur Verpachtung der Apotheke berechtigt.

Ende 1976 eröffnete die Ehefrau des Beklagten auf dem Nachbargrundstück, das sie und der Beklagte erworben hatten, eine Apotheke. Zur gleichen Zeit stellte der Beklagte den Betrieb seiner Apotheke ein. Zuvor, nämlich mit Schreiben vom 29. September 1976, hatte er den Mietvertrag zum 31. Dezember 1976 gekündigt.

Der Kläger hat gegen den Beklagten und dessen Ehefrau die Feststellung begehrt, daß der Mietvertrag weiterbestehe und rechtswirksam sei und daß der Beklagte und dessen Ehefrau die Vertragspflichten weiterhin zu erfüllen hätten. Weiter hat er Auskunft über die Umsätze gefordert, die der Beklagte und dessen Ehefrau in ihren Apotheken bis Januar 1977 erzielt haben.

Das Landgericht hat die Klage gegen die Ehefrau des Beklagten abgewiesen. Gegen den Beklagten hat es dem Feststellungsantrag entsprochen, dem Auskunftsbegehren insoweit, als dieses die Umsätze des Beklagten

in den Monaten November und Dezember 1976 in der von ihm betriebenen Apotheke betrifft. Mit dem weitergehenden, gegen den Beklagten gerichteten Auskunftsbeglehen hat es den Kläger abgewiesen. Der Kläger hat die Abweisung der Klage gegen die Ehefrau des Beklagten hingenommen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und den Beklagten auf die Anschlußberufung des Klägers verurteilt, Auskunft über die von seiner Ehefrau von Januar 1977 bis Januar 1978 in ihrer Apotheke erzielten Umsätze zu erteilen und dem Kläger die entsprechenden Umsatzsteuerbescheide des Finanzamts vorzulegen oder mit ihrer Einsicht durch ihn einverstanden zu sein. Über den mit der Anschlußberufung gestellten Hilfsantrag des Klägers, den Beklagten zur Zahlung von 37 371,10 DM (entgangene Miete für die Zeit vom 1. Januar 1977 bis 31. Januar 1978 in Höhe von monatlich 2 874,70 DM) zu verurteilen, hat das Berufungsgericht nicht entschieden.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfang.

Entscheidungsgründe

1. Bei Verlängerung des Mietvertrages am 20. April 1968 war bereits das Gesetz über das Apothekenwesen (ApothG) vom 20. August 1960 (BGBl I 697) in Kraft. Nach § 12 ApothG sind Rechtsgeschäfte, die ganz oder teilweise gegen § 9 ApothG verstoßen, nichtig.

Nach § 9 ApothG ist die Verpachtung einer Apotheke nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Diese liegen hier unstreitig nicht vor.

Das Berufungsgericht verneint einen Verstoß gegen die §§ 9, 12 ApothG mit der Begründung, der Vertrag vom 9. März 1960 sei kein Pachtvertrag, sondern ein Mietvertrag. Hiergegen wendet die Revision sich ohne Erfolg.

Zwar hat die Revision recht, daß die Bezeichnung eines Vertrages für dessen rechtliche Einordnung nicht entscheidend ist; hier stimmt aber die Bezeichnung des Vertrages mit dessen Rechtsnatur überein. Nach den §§ 535, 581 Abs. 1 BGB besteht der Unterschied zwischen Miete und Pacht darin, daß bei der Miete nur der Gebrauch der Sache, bei der Pacht dagegen der Gebrauch der Sache und deren Fruchtgenuß überlassen werden (vgl. Gelhaar in BGB-RGRK, 12. Aufl. vor § 535 Rdn. 207, 209, 210/212 m.Nachw., § 581 Rdn. 6). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die sich die Revision nicht wendet, hat der Beklagte leere Räume und nicht eine Apotheke übernommen. Zwar können auch Räume Gegenstand eines Pachtvertrages sein. Voraussetzung ist aber, daß sie baulich geeignet und auch so eingerichtet und ausgestattet sind, daß sie ohne weiteres für einen einschlägigen Betrieb Früchte im Sinne des § 99 BGB abwerfen (RGZ 122, 274, 276). Das ist bei leeren Räumen nicht der Fall. Dann aber wird der Vertrag auch nicht dadurch zum Pachtverhältnis, daß die Vergütung für die Gebrauchsüberlassung hoch bemessen ist. Eine andere Ansicht hat auch das Oberlandesgericht Karlsruhe in der von der Revision zitierten Entscheidung (NJW 1970, 1977

mit Anmerkung von Pieck) nicht vertreten, wo es um die Überlassung einer eingerichteten und betriebenen Apotheke ging.

2. Das Berufungsgericht meint, durch die Vereinbarung einer Umsatzmiete sei der Beklagte verpflichtet worden, bis zum Ende des Vertrages in den gemieteten Räumen eine Apotheke zu betreiben. Deshalb sei der Mietvertrag aber nicht etwa nichtig; denn die berufliche Verantwortung und Entscheidungsfreiheit des beklagten Apothekers werde hierdurch nicht beeinträchtigt (§ 9 Abs. 2 Satz 2 ApothG).

Die Revision bekämpft diese Auffassung und meint, die vom Berufungsgericht angenommene "Betriebspflicht" verstoße darüber hinaus auch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Dem kann nicht zugestimmt werden.

a) Darin allein, daß der Beklagte sich verpflichtet hat, eine Miete zu zahlen, deren Höhe von seinem Umsatz abhängig ist, liegt entgegen der Meinung der Revision kein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Die Revision hat zwar recht mit der Erwägung, die Umsatzmiete führe zu einer Beteiligung des Vermieters am Gewinn des Mieters. Dieser Gesichtspunkt läßt aber die Vereinbarung einer Umsatzmiete in einem Apothekenmietvertrag nicht als anstößig erscheinen. Für die Umsatzmiete gilt insoweit nichts anderes als für die stille Beteiligung an einer Apotheke (vgl. hierzu BGH Urteil vom 15. November 1971 - II ZR 130/69 = NJW 1972, 338) und für die Umsatzpacht, die in einem Apothekenpachtvertrag vereinbart ist (vgl. hierzu

Schiedermair/Blanke, Apothekengesetz, § 9 Rdn. 19). Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat mit Recht die Nichtigkeit eines mit einem Apotheker geschlossenen Gesellschaftsvertrages allerdings unter der Voraussetzung erwogen, daß der Apotheker durch die stille Beteiligung so benachteiligt wird, daß von ihm nicht mehr erwartet werden kann, er werde seine gesetzliche öffentliche Aufgabe, eigenverantwortlich an der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung mitzuwirken (§ 1 ApothG), noch sachgerecht erfüllen können. Für den Pachtvertrag ergibt sich aus § 9 Abs. 2 Satz 2 ApothG, daß dieser die berufliche Verantwortlichkeit und Entscheidungsfreiheit des pachtenden Apothekers nicht beeinträchtigen darf. Schiedermair/Blanke weisen aaO aber mit Recht darauf hin, daß dies bei einem objektiv überhöhten Pachtzins allenfalls in extrem gelagerten Fällen angenommen werden kann, nämlich dann, wenn die Pachtzinshöhe notwendigerweise zur Beeinträchtigung einer ordnungsgemäßen Arzneiversorgung führt. Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor. Eine Umsatzmiete von 3 1/3 % bleibt im Rahmen der für Apothekenmietverträge mit Umsatzmiete üblichen Sätze (vgl. Pieck aaO S. 1978). Unstreitig betrug die monatliche Umsatzmiete in den Monaten August bis Oktober 1976 durchschnittlich 2 374,60 DM. Das ergibt einen monatlichen Umsatz von ca. 71 312 DM. Bei dieser Sachlage hätte es schon näherer Darlegung bedurft, daß dem Beklagten nach Abzug der Umsatzmiete nicht genügend Mittel blieben, um seinen Obliegenheiten als Apotheker voll nachkommen zu können. Daran fehlt es.

b) Ob ein Verstoß gegen die §§ 134, 138 BGB auch dann nicht anzunehmen wäre, wenn dem Beklagten nach dem

Mietvertrag eine "Betriebspflicht" obgelegen hätte, kann dahingestellt bleiben; denn der Beklagte war entgegen der Meinung des Berufungsgerichts dem Kläger gegenüber nicht vertraglich gehalten, die Apotheke weiter zu betreiben. Das Berufungsgericht geht ersichtlich von der Annahme aus, die Vereinbarung einer Umsatzmiete in einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Apothekenmietvertrag bedeute gewissermaßen denknotwendig, daß in den vermieteten Räumen auch ein Umsatz erzielt werden müsse. Das ist aber nicht richtig. Die Auffassung des Berufungsgerichts läuft darauf hinaus, dem Mieter anstelle des Gebrauchsrechts eine Gebrauchspflicht aufzuerlegen. Eine solche kann nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbart werden. Ohne besondere Abrede ist aber der Mieter von Gewerberäumen nicht verpflichtet, diese zur Ausübung eines Gewerbes zu benutzen. Macht er - wie hier - aus Gründen, die in seiner Person liegen, von der Mietsache keinen Gebrauch, so wird er von der Entrichtung des Mietzinses nicht befreit (§ 552 Satz 1 BGB). In welcher Höhe er Miete zu zahlen hat, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Bei Vereinbarung einer Umsatzmiete ist grundsätzlich der Betrag als geschuldet anzusehen, der als Miete in Betracht kommt, wenn der Mieter die Räume weiterhin zu dem im Vertrag vorgesehenen Zweck genutzt hätte. Eine Beschränkung des Vermieters auf die vereinbarte Mindestmiete ist schon deshalb nicht vertretbar, weil diese regelmäßig nur dazu dient, den Vermieter dagegen zu sichern, daß der Mietzins unter den Betrag absinkt, der benötigt wird, um die Kosten der Mieträume zu decken (vgl. Senatsurteil vom 28. Mai 1969 - VIII ZR 162/67 = WM 1969, 842). Für eine Benachteiligung des Vermieters besteht erst recht kein Grund, wenn der

Mieter aus freien Stücken das Mietobjekt aufgegeben hat (§ 157 BGB).

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, die vom Beklagten erklärte Kündigung habe den Mietvertrag nicht aufgelöst. Hiergegen wendet die Revision sich ohne Erfolg.

a) Der Beklagte hat die Kündigung damit begründet, daß ihm, weil er 68 Jahre alt sei, eine Fortführung des Betriebes der Apotheke nicht mehr zuzumuten sei, daß die Apothekenräume den Anforderungen der Apothekenbetriebsordnung vom 7. August 1968 (BGBl I 939) in der Fassung der Zweiten Verordnung zur Änderung der Apothekenbetriebsordnung vom 19. August 1974 (BGBl I 2060) nicht entsprächen und daß die Benutzung der Räume mit erheblicher Gefährdung der Gesundheit der Benutzer verbunden sei (§ 544 BGB).

Das Berufungsgericht sieht in dem Alter des Beklagten keinen wichtigen Grund zur Kündigung. Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 544 BGB hält es nicht für gegeben. Auch ein Kündigungsrecht nach § 542 BGB verneint das Berufungsgericht. Es unterstellt, daß die Anforderungen, welche nach § 3 Apothekenbetriebsordnung in Bezug auf die Grundfläche der in dieser Bestimmung genannten Betriebsräume gestellt werden, nicht gegeben seien, weil die dem Beklagten vermieteten Räume statt mindestens 110 qm nur 95,02 qm oder gar nur 90,15 qm groß seien. Es verneint aber ein hierauf gestütztes Kündigungsrecht mit der Begründung, der Beklagte habe hierfür selbst einzustehen, weil er auf das ihm vom Kläger

anlässlich des auf dessen Kosten im Jahre 1973 vorgenommenen Umbaus der Apotheke gemachte Angebot, Räume dazuzumieten, wodurch die erforderliche Grundfläche erreicht worden wäre, nicht eingegangen sei. Weiter meint es, die auf Mangelhaftigkeit der Räume gestützte Kündigung sei nach den §§ 542 Abs. 1 Satz 2, 545 Abs. 2 BGB auch unzulässig, weil der Beklagte keine Frist zur Abhilfe gesetzt habe, die möglich gewesen und zu welcher der Kläger bereit gewesen sei. Der Beklagte habe das Recht zur Kündigung im übrigen jedenfalls nach § 543 Satz 1 BGB in Verbindung mit dem entsprechend anzuwendenden § 539 BGB verloren, weil er den Mietvertrag vorbehaltlos erfüllt habe. Es müsse ihm als grobe Fahrlässigkeit angelastet werden, wenn er nicht erkannt haben sollte, daß die Apotheke den Anforderungen des § 3 Apothekenbetriebsordnung nicht mehr genüge.

b) Die Revision wendet sich nicht dagegen, daß das Berufungsgericht angenommen hat, das Alter des Beklagten sei kein wichtiger Grund für eine Kündigung. Sie erhebt auch keine Einwendungen dagegen, daß es die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Kündigungsrecht nach § 544 BGB verneint hat. Die Revision macht aber geltend, das Berufungsgericht habe die Feststellung, die Betriebsräume hätten durch Anmieten weiterer Räume und durch bauliche Maßnahmen den Erfordernissen der Apothekenbetriebsordnung angepaßt werden können, unter Verletzung des § 286 ZPO getroffen. Es habe nämlich die hierzu vom Beklagten gestellten Beweisanträge übergangen. Hätten aber den Erfordernissen der Apothekenbetriebsordnung entsprechende Betriebsräume nicht

geschaffen werden können, entfielen alle weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts. Der Beklagte sei dann nicht verpflichtet gewesen, weitere Räume hinzuzumieten, eine Frist zur Abhilfe zu setzen oder Mängelanzeige zu erstatten. All dies hätte nämlich einen den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Zustand nicht herbeiführen können.

Hiermit hat die Revision keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat es als unstreitig angesehen, daß die technische Möglichkeit der Anpassung der Mieträume an die Erfordernisse der Apothekenbetriebsordnung besteht. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte, was die Revision geltend macht, dies unter Hinweis auf Sachverständigengutachten bestritten hatte, und ob die Revision sich - ohne daß der Tatbestand des Berufungsurteils berichtigt ist - gegen diese Feststellung wenden kann. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich nämlich, daß es von der Möglichkeit der Anpassung überzeugt ist, denn es stellt fest, den Erfordernissen der Apothekenbetriebsordnung hätte durch Entfernen tragender Wände genügt werden können. Solche Maßnahmen hält es für möglich mit der Begründung, die nötige statische Sicherung hätte durch Unterfangen und Setzen von Pfeilern geschaffen werden können. Das ist nicht zu beanstanden. Daß dem Berufungsgericht die für seine Feststellungen notwendige Sachkunde gefehlt habe, macht die Revision nicht geltend. Bestand aber die Möglichkeit, die Mieträume den Erfordernissen der Apothekenbetriebsordnung anzupassen, kann die Kündigung, soweit sie darauf gestützt ist, daß die

Räume nicht den Vorschriften dieser Verordnung entsprächen, nach den §§ 542 Abs. 1 Satz 2, 545 Abs. 2 BGB keinen Erfolg haben, weil der Beklagte dem Kläger keine Frist zur Abhilfe gesetzt hat. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, der Mieter verliere das Kündigungsrecht aus § 542 BGB nicht nur dann, wenn er trotz Kenntnis von einem nach Abschluß des Mietvertrages entstandenen Mangel den Mietzins vorbehaltlos weiter bezahle, sondern auch dann, wenn er den nachträglich entstandenen Mangel zwar nicht erkannt habe, seine Unkenntnis aber auf grober Fahrlässigkeit beruhe, und er den Mietzins weiter entrichte, ohne eine Mängelrüge zu erheben.

4. a) Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei dem Kläger zur Auskunft über den Umsatz verpflichtet, den seine Ehefrau in der von ihr betriebenen Apotheke erziele. Es leitet den Auskunftsanspruch aus § 242 BGB her mit der Begründung, der Beklagte sei dem Kläger wegen der ungerechtfertigten Kündigung und der Aufgabe der Apotheke zum Schadensersatz verpflichtet und er schulde nach Treu und Glauben die verlangte Auskunft, weil der Kläger durch sein Verhalten unverschuldet über die Höhe des Schadensersatzanspruches im Unwissen sei. Er könne unschwer Auskunft erteilen, weil er und seine Ehefrau gemeinsame Steuererklärungen abgäben. Daß seine Ehefrau mit der Auskunftserteilung nicht einverstanden sei, habe er nicht geltend gemacht. Im übrigen sei es zweifelhaft, ob ein Widerspruch der Ehefrau beachtlich sei, weil der Ehegatte, der sich zur Abgabe einer gemeinsamen Steuererklärung entschließe, in Kauf nehmen müsse, daß der andere

Ehegatte einem Dritten Auskunft über das gebe, was er aus der gemeinsamen Steuererklärung wisse. In diesem Zusammenhang sei auch von Bedeutung, daß die Ehefrau des Beklagten den Nachtrag zum Mietvertrag unterschrieben habe. Die Unterschrift decke den Inhalt des Vertrages vom 9. März 1960, nach dessen § 10 der Vermieter berechtigt sei, die Umsatzsteuerbescheide des Finanzamts einzusehen.

b) Hiergegen wendet die Revision sich mit Erfolg.

Bereits der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, der Anspruch, über dessen Umfang der Kläger Auskunft begehre, sei ein Schadensersatzanspruch, ist nicht richtig. Die Forderung ist vielmehr ein Erfüllungsanspruch, wie sich aus den Ausführungen zu 2 b) ergibt. Allerdings kann auch der Gläubiger eines solchen berechtigt sein, vom Schuldner die zur Feststellung der Forderung nötige Auskunft zu verlangen. Es ist nahelegend, daß der Beklagte, wie das Berufungsgericht angenommen hat, bei Fortführung seiner Apotheke den gleichen Umsatz erzielt hätte, den seine Ehefrau in der von ihr betriebenen Apotheke erreicht, und daß deshalb der Umsatz, den die Ehefrau des Beklagten in ihrer Apotheke erzielt, ein geeigneter Vergleichsmaßstab für die Feststellung des Zahlungsanspruchs des Klägers sein kann. Voraussetzung für den Auskunftsanspruch ist aber immer, daß der Schuldner zur Erteilung der Auskunft, die der Gläubiger begehrt, in der Lage ist (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 38. Aufl. § 261 Anm. 2 d aa m.Nachw.). Das trifft nicht zu, wenn er zur Auskunfterteilung nicht befugt ist. Der Beklagte ist aber nicht befugt,

Angaben über den Umsatz zu machen, den seine Ehefrau in der von ihr betriebenen Apotheke erzielt. Daran ändert sich nichts dadurch, daß seine Ehefrau den Nachtrag zum Mietvertrag mit unterzeichnet und daß sie sich, wie der Kläger geltend macht, an dem Vertragsbruch des Beklagten beteiligt hat. Es kann dahingestellt bleiben, wie zu entscheiden wäre, wenn die Ehefrau des Beklagten sich generell verpflichtet oder, wie offenbar der Kläger meint, zu erkennen gegeben hätte, die Zahlung der Umsatzmiete sichern zu wollen. Davon ist hier aber nicht die Rede. Die Ehefrau des Beklagten hat sich lediglich verpflichtet, für den Fall des vorzeitigen Ablebens ihres Ehemannes in den Mietvertrag einzutreten. Die vom Berufungsgericht offenbar bejahte, durchaus zweifelhafte Frage, ob die Abgabe gemeinsamer Steuererklärungen durch Ehegatten die Befugnis des einen Ehegatten zur Mitteilung der in der Steuererklärung über die Einkünfte des anderen Ehegatten gemachten Angaben einschließt, bedarf keiner Entscheidung; denn gemeinsame Steuererklärungen über den Umsatz eines Ehegatten, den nur dieser erzielt, kennt das Steuerrecht nicht. Ob der Beklagte und seine Ehefrau gemeinsame Einkommensteuer-erklärungen abgeben, was nach den Steuergesetzen möglich wäre, wenn nur einer von ihnen Einkünfte erzielt, kann dahingestellt bleiben, weil sich daraus der Umsatz, den die Ehefrau des Beklagten erzielt, nicht ergibt.

5. Demnach ist die Revision unbegründet, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten auf dessen Kosten zurückgewiesen hat. Begründet ist sie, soweit das Berufungsgericht den Beklagten auf die Anschlußberufung verurteilt hat, Auskunft

über den Umsatz seiner Ehefrau zu erteilen und die entsprechenden Umsatzsteuerbescheide des Finanzamts vorzulegen oder mit ihrer Einsicht durch den Kläger einverstanden zu sein. Eine abschließende Entscheidung über die Anschlußberufung ist dem Senat nicht möglich, weil noch über den mit der Anschlußberufung geltend gemachten Hilfsantrag des Klägers auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 37 371,10 DM zu entscheiden ist und insoweit der Sachverhalt noch der Aufklärung bedarf.

Auf die Revision des Beklagten war deshalb unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Berufungsurteil im Ausspruch über die Kosten des Berufungsverfahrens und insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht über die Anschlußberufung des Klägers entschieden hat. Mit dem Auskunftsbegehren war der Kläger abzuweisen. Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Hilfsantrag aus der Anschlußberufung (den Zahlungsantrag) und die Kosten des Berufungsverfahrens war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

6. Der Senat hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, über den Teil der Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden, der auf den Wert der vom Berufungsgericht mit Recht zurückgewiesenen Berufung entfällt. Das sind rund 4/5. Diese Kosten hat der insoweit unterlegene Beklagte zu tragen (§ 91 ZPO). Über den Rest der Kosten des Revisionsverfahrens hat das Berufungsgericht zu befinden.

Braxmaier

Claßen

Wolf

Merz

Treier