

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES 2088 067

VIII ZR 122/66

URTEIL

Verkündet am
12. April 1967
Klett,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

- 1) der Firma Pelzmodenhaus L. [REDACTED] & Co. in M. [REDACTED],
R. [REDACTED] Straße [REDACTED],
- 2) des Kaufmanns Juma M. [REDACTED], persönlich haftenden Ge-
sellschafter der Beklagten zu 1, in M. [REDACTED], R. [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED],
- 3) der Ehefrau Bronia M. [REDACTED], persönlich haftender Ge-
sellschafterin der Beklagten zu 1, in L. [REDACTED], R. [REDACTED]-
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Leder-F. [REDACTED] Max F. [REDACTED], Inhaber Dipl.-Kauf-
mann Raimund N. [REDACTED] in M. [REDACTED], K. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 1 gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 16. März 1966 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision und die Berufung der Beklagten zu 2 und 3 werden das erwähnte Urteil teilweise aufgehoben und das Urteil der 6. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts München I vom 27. Juli 1965 teilweise abgeändert:

Die Klage wird als unzulässig abgewiesen, soweit sie gegen die Beklagten zu 2 und 3 gerichtet ist.

Von den Gerichtskosten des ersten Rechtszuges tragen die Klägerin 1/37 und die Beklagte zu 1 36/37, von den Gerichtskosten des zweiten Rechtszuges die Klägerin 1/20 und die Beklagte zu 1 19/20, von den Gerichtskosten des dritten Rechtszuges die Klägerin 1/15 und die Beklagte zu 1 14/15.

Von den außergerichtlichen Kosten fallen zur Last: Der Klägerin die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 und 3 in allen Rechtszügen sowie von ihren eigenen außergerichtlichen Kosten 1/37 des ersten Rechtszuges, 1/20 des zweiten Rechtszuges und 1/15 des dritten Rechtszuges.

Die übrigen außergerichtlichen Kosten fallen der Beklagten zu 1 zur Last.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1 (im folgenden als Beklagte bezeichnet), deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten zu 2 und 3 sind, unterhält eine Filiale ihres Pelzgeschäftes in M■■■■■, T■■■■■straße ■■■ (Hauptgeschäft R■■■■■ Str. ■■■) in einem der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank (im folgenden: Hypo-Bank) gehörenden Grundstück. In dem mit der Hypo-Bank geschlossenen Mietvertrage wird in I bestimmt:

"In den Räumen dürfen nur Pelzmoden zum Verkauf angeboten werden. Andere Waren, insbesondere Handschuhe, sind im Hinblick auf die anderen Mieter im Hause der Bank vom Verkauf ausgeschlossen."

Der Mietvertrag läuft noch bis zum 31. Juli 1969. Die Parteien schlossen am 27. August 1964 einen Vertrag, in dem die Beklagte ihre Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag zum 28. Februar 1965 auf die Klägerin übertrug. Die Klägerin verpflichtete sich, einen Abfindungsbetrag von 145 000 DM zu zahlen, von dem sie 50 000 DM sofort zahlte. Weitere 50 000 DM, die sie bei einer Bank hinterlegte, sollte die Beklagte nach einer Zusatzvereinbarung vom 12. Januar 1965 am Tage des Einzuges, dem 1. März 1965, erhalten. Den Rest von 45 000 DM sollte die Klägerin in Raten von 10 000 DM, zuletzt 15 000 DM, beginnend am 1. September 1965, entrichten. Am 7. Oktober 1964 schrieb die Hypo-Bank der Klägerin, daß sie mit deren Eintritt in das Mietverhältnis mit der Beklagten einverstanden sei. Zur Vorbereitung ihres Auszuges erhielt die Beklagte am 26. Januar 1965 die Erlaubnis der zuständigen Behörde, im Laufe des Monats Februar einen Räumungsausverkauf durchzuführen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Am 27. Januar 1965 erwirkte die Firma "Damenmoden Elisabeth S. [REDACTED]", die ebenfalls in dem der Hypo-Bank gehörenden Häuserblock einen Laden betrieb, eine einstweilige Verfügung, durch die der Hypo-Bank untersagt wurde, die Geschäftsräume der Beklagten zu 1 der Klägerin zum Zwecke des Vertriebes von Lederwaren zu überlassen. Die Hypo-Bank teilte der Beklagten mit Schreiben vom 28. Januar 1965 den Inhalt dieser Entscheidung mit und verbot ihr, die Geschäftsräume an die Klägerin zu übergeben. Daraufhin ließ die Beklagte der Klägerin durch Schreiben vom 15. Februar 1965 des von ihr beauftragten Rechtsanwalts folgendes mitteilen:

"Ich nehme Bezug auf die zwischen Ihnen getroffene Vereinbarung, wonach Sie den Laden des Herrn M. [REDACTED] in der T. [REDACTED]straße übernehmen sollen.

Durch die jüngsten Ereignisse sieht sich mein Herr Mandant leider nicht in der Lage, den Vertrag einzuhalten. Die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank hat mit Schreiben vom 28. Januar 1965 meinem Herrn Mandanten die Überlassung des Ladens an Sie verboten. Ob es bei diesem Verbot bleibt oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Mein Herr Mandant muß sich zu seinem Bedauern geschäftlich darauf einrichten, daß das Verbot bestehen bleibt. Die hierdurch erforderlichen Maßnahmen machen es aber meinem Herrn Mandanten unmöglich, selbst wenn sich die Lage wieder ändern sollte, den Laden an Sie am 1. April 1965 zu übergeben. Das Geschäft meines Herrn Mandanten läßt eine derart kurzfristige Umdisponierung nicht zu. Mein Mandant bedauert diese Entwicklung aufrichtig, ist aber hieran völlig unbeteiligt.

Auf § 361 BGB wird verwiesen."

Die Klägerin antwortete am 4. März 1965 durch Schreiben der von ihr beauftragten Rechtsanwälte wie folgt:

"Unsere Mandantin hat uns Ihr Schreiben vom 15.2.1965 übermittelt. Wie Ihnen bekannt sein wird, hat die

Bayerische Hypotheken- und Wechselbank gegen die einstweilige Verfügung, welche die Firma S [REDACTED] erwirkt hat, Widerspruch erhoben.

Unsere Mandantin verzichtet keineswegs auf ihre Rechte aus den abgeschlossenen Verträgen. Es ist also erforderlich, daß sich auch Ihre Partei auf eine eventuelle Aufhebung der ergangenen einstweiligen Verfügung einstellt."

Die Firma S [REDACTED] verzichtete im Termin vom 13. März 1965 auf ihre Rechte aus der einstweiligen Verfügung. Der Rechtsanwalt der Beklagten schrieb daraufhin am 24. März 1965 an die Klägerin:

"In der Sache Leder-F [REDACTED] ./.. M [REDACTED] hat meine Partei inzwischen ein Schreiben der Bayer. Hypotheken- und Wechselbank erhalten, wonach gegen die Übertragung des Geschäftes unter Beachtung von Ziffer I des Mietvertrages keine Bedenken bestehen.

In Ziffer 1 des Mietvertrages ist festgelegt, daß Herr M [REDACTED] in den Geschäftsräumen nur Pelzmoden zum Verkauf anbieten darf. Andere Waren, insbesondere Handschuhe, sind im Hinblick auf die anderen Mieter im Hause vom Verkauf ausgeschlossen.

Unter diesen Umständen dürfte beiderseits die Geschäftsgrundlage für den Vertrag weggefallen sein, da Ihr Herr Mandant ja nie die Absicht hatte, in den M [REDACTED] schen Geschäftsräumen Pelzmoden zu verkaufen.

Im übrigen verweise ich auf mein Schreiben vom 15. Februar 1965. Der in diesem Schreiben dargestellte Standpunkt bleibt in vollem Umfang aufrecht erhalten.

Da unter diesen Umständen für meine Partei keine Veranlassung besteht, länger im Besitz der DM 100 000 (DM 50 000 bezahlt, DM 50 000 aufs Sperrkonto) zu bleiben, werden die entsprechenden Beträge zurücküberwiesen bzw. freigegeben."

Die Klägerin erklärte sich in ihrem Schreiben vom 6. April 1965 mit einer Hinausschiebung des Räumungstermins auf den 15. Mai 1965 einverstanden und verlangte im übrigen Erfüllung des Vertrages, während die Beklagte in ihrem Antwortschreiben vom 21. April 1965 auf ihrem Standpunkt beharrte. Daraufhin erhob die Klägerin Klage mit dem Antrag, die Beklagte zu 1 zur Räumung und die Beklagten zu 1 bis 3 gesamtschuldnerisch zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

Das Landgericht hat dem Klageantrag entsprochen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß alle drei Beklagten die Kosten beider Rechtszüge zu tragen haben, und zwar in vollem Umfange, nicht nach Kopfteilen, dabei die Beklagten zu 2 und 3 untereinander als Gesamtschuldner. Mit der Revision deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt die Frage unentschieden, ob in dem Schreiben der Beklagten vom 15. Februar 1965 eine Rücktrittserklärung enthalten ist. Es gelangt zu dem Ergebnis, daß der Beklagten kein Recht zustand, von dem Vertrage vom 27. August 1964 zurückzutreten, und daß sie an den Vertrag vom 27. August 1964 gebunden ist, weil ihr auch ein sonstiges Leistungsverweigerungsrecht nicht zur Seite steht.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten entgegen den Angriffen der Revision einer rechtlichen Nachprüfung stand.

Durch den Vertrag vom 27. August 1964 hat die Beklagte ihre Rechte und Pflichten aus dem mit der Grundstückseigentümerin (der Hypo-Bank) abgeschlossenen Mietvertrag mit Wirkung vom 28. Februar 1965 auf die Klägerin übertragen. Der Nachtragsvertrag vom 12. Januar 1965 enthält die ausdrückliche Verpflichtung der Beklagten, die Mieträume am 28. Februar 1965 zugunsten der Klägerin zu räumen und ihr in diesem Zeitpunkt die Schlüssel zu übergeben. Die Gültigkeit des Vertrages sollte davon abhängen, daß die Klägerin binnen einer Frist von 8 Wochen seit dem 27. August 1964 einen Mietvertrag mit der Hypo-Bank abschloß. Diese Bedingung ist erfüllt, da die Hypo-Bank in dem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 7. Oktober 1964 ihre Zustimmung zu dem Mieterwechsel erteilt hat. Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum kommt nämlich ein Mietverhältnis auch dadurch zustande, daß sich der bisherige Mieter mit einem Dritten darüber einigt, dieser solle von einem gewissen Zeitpunkt an alle Rechte und Pflichten des bisherigen Mieters übernehmen, und daß der Vermieter dieser Vereinbarung zustimmt (Urt. des erkennenden Senats vom 24. September 1959 - VIII ZR 112/58 = LM BGB § 535 Nr. 21 a m.N.). Dieses Mietverhältnis, das die Voraussetzung für die Gültigkeit des Übertragungsvertrages der Parteien vom 27. August 1964 bildete, ist auch nicht dadurch wieder beseitigt worden, daß die Hypo-Bank in dem an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 28. Januar 1965 ihre Zustimmung wieder zurückzog und ihr verbot, der

Klägerin die Mieträume zu überlassen. Nachdem das Mietverhältnis einmal begründet war, konnte sich die Hypo-Bank nicht ohne weiteres davon lösen. Das war auch ersichtlich nicht der Sinn ihres Schreibens, das nur der einstweiligen Verfügung Rechnung tragen wollte. Die Beklagte hat auch nicht dargetan, daß der Mietvertrag durch eine Rücktrittserklärung der Hypo-Bank, die der Klägerin gegenüber hätte abgegeben werden müssen (§ 349 BGB) rückwirkend wieder beseitigt worden wäre.

Damit steht fest, daß sich die Beklagte wirksam verpflichtet hat, die Mieträume zum 28. Februar 1965 an die Klägerin herauszugeben. Die Revision hat hiergegen auch keine Bedenken geltend gemacht.

11. Den Erwägungen des Berufungsgerichts, das der Beklagten kein Recht zum Rücktritt von dem Vertrage vom 27. August 1964 zur Seite steht, ist jedenfalls im Ergebnis zu folgen.

Mit Recht lehnt das Berufungsgericht die Ansicht der Beklagten ab, es handele sich bei dem Vertrage vom 27. August 1964 insofern um ein Fixgeschäft, als die Überlassung der Mieträume unter keinen Umständen später als zum 1. März 1965 habe stattfinden dürfen. Der Standpunkt des Berufungsgerichts, der Termin vom 1. März 1965 sei für die Parteien nicht so wesentlich gewesen, daß mit seiner Einhaltung das Geschäft stehe oder falle, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Insbesondere ist die Erwägung des Berufungsgerichts, der Umstand, daß der Übergabe der Mieträume ein Totalausverkauf habe vorangehen sollen, reiche nicht aus, um den Übergabezeitpunkt als fixen Termin anzusehen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Unbedenklich ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß Nr. 4 der Zusatzvereinbarung vom 12. Januar 1965 nur den Zweck habe, die alsbaldige Freigabe der hinterlegten 50 000 DM am 1. März 1965 sicherzustellen, und daß auch die Angabe einer Uhrzeit für die Mitteilung der Räumung an den Makler allein aus dieser Sicht zu beurteilen sei.

III. Mit Recht verwirft das Berufungsgericht ferner die Ansicht der Beklagten, sie sei wegen Unmöglichkeit der Leistung (Übergabe der Räume an die Klägerin) von ihrer Verpflichtung freigeworden. Die Übergabe der Räume ist der Beklagten ohne weiteres möglich. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Übergabe ohne einen vorangegangenen Totalausverkauf als eine überobligationsmäßige Schwierigkeit angesehen werden müßte, die der Unmöglichkeit gleichzustellen wäre. Denn eine solche Unmöglichkeit bestand nur vorübergehend. Sie ist, weil sie behebbar war, nicht einer dauernden von der Schuldverpflichtung befreienden Unmöglichkeit gleichzusetzen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hatte die Beklagte bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht Zeit genug, den Ausverkauf nachzuholen. Ihrer Leistung standen daher zumindest in diesem Zeitpunkt keine unzumutbaren Schwierigkeiten mehr entgegen.

IV. Die Beklagte kann sich zur Begründung ihres in Anspruch genommenen Rücktrittsrechts auch nicht auf die Grundsätze berufen, die unter bestimmten Voraussetzungen dem Schuldner bei Veränderung der Vertragsgrundlage gestatten, sich vom Vertrage zu lösen. Es bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Ansicht des Berufungsgerichts (daß eine Veränderung der Vertragsgrundlage

unterstellt), der Beklagten sei es zuzumuten gewesen, den Totalausverkauf binnen Jahresfrist nachzuholen und anschließend die Räume an die Klägerin zu übergeben, die bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht an ihrem Räumungsbegehren festgehalten hatte. Dabei ist es entgegen der Ansicht der Revision unerheblich, daß die Klägerin bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der bis zum 31. Juli 1969 begrenzten Mietzeit ein Mietjahr verloren hatte. Denn hierdurch ist die Beklagte nicht beschwert worden, die im Gegenteil aus diesem Umstand allenfalls Vorteile ziehen konnte. Bei seinen Erwägungen hat das Berufungsgericht auch die von der Revision vermißten Gesichtspunkte erörtert. Es hat sowohl dem geänderten Geldwert als auch der möglicherweise veränderten Marktlage und dem Umstand Rechnung getragen, daß auch die Witterungsverhältnisse für den Verkauf und Einkauf der Beklagten Bedeutung gehabt haben mögen.

Nicht zu folgen ist der Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe nicht einseitig die Leistung der Beklagten den veränderten Verhältnissen anpassen dürfen, ohne gleichzeitig zu prüfen, ob und wie die Gegenleistung zu bemessen sei. Die Revision beachtet nicht, daß diese Gegenleistung nicht Gegenstand des Rechtsstreites ist, da die Beklagte weder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben noch die Gegenleistung im Wege der Widerklage in den Rechtsstreit eingeführt hat. Falls sich die Parteien daher über Höhe und Zahlungsmodalitäten der Gegenleistung nicht einigen können, muß es der Beklagten überlassen bleiben, in einem neuen Rechtsstreit hierüber eine Klärung herbeizuführen.

Nach alledem hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 zu Recht verurteilt, die Mieträume an die Klägerin herauszugeben.

V. Die Kostenentscheidung beider Vorinstanzen unterlag indes der Aufhebung. Denn Landgericht und Oberlandesgericht haben nicht beachtet, daß die Räumungsklage sich nur gegen die Beklagte zu 1 richtet und daher eine nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen ergehende Kostenentscheidung nur hinsichtlich der Beklagten zu 1 zulässig und möglich ist. Bei dem Antrag der Klägerin, den Beklagten zu 2 und 3 gesamtschuldnerisch mit der Beklagten zu 1 die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, handelt es sich um einen sachlich-rechtlichen Anspruch gegen diese beiden Beklagten, der seine Rechtfertigung in § 128 HGB findet. Denn nach dieser Bestimmung haften die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft den Gläubigern der Gesellschaft als Gesamtschuldner und somit auch für die durch einen Rechtsstreit eines Gläubigers mit der Gesellschaft entstandenen Kosten. Für die Frage, ob die Klägerin diesen Erstattungsanspruch in demselben Rechtsstreit geltend machen kann, indem sie die Beklagten zu 2 und 3 zusammen mit der Beklagten zu 1 als Streitgenossen verklagte, ist es nicht von Bedeutung, ob man annimmt, der Anspruch entstehe als bedingter bereits mit Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses (vgl. RGZ 145, 15; Baumbach/Lauterbach ZPO 29. Aufl., Übers § 91 Anm. 3 B) oder ob zunächst nur eine Anwartschaft entsteht (vgl. RAG in JW 1937, 2614). Auch ein bedingter Anspruch ist der Höhe nach ungewiß. Er wird nicht durch die Kostenentscheidung, sondern erst im Kostenfestsetzungsverfahren der Höhe nach festgelegt. Unbedingt wird er, wie immer man seine Rechtsnatur beurteilt, erst mit der Rechtskraft des Urteils.

Wie jeder andere auf Leistung eines Geldbetrages gerichtete Anspruch bedarf er jedoch der genauen Bezifferung (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Einen solchen Antrag kann die Klägerin nicht stellen, da die Höhe der ihr entstandenen Kosten erst mit rechtskräftigem Abschluß des gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Rechtsstreits festgestellt werden kann. In der vorliegenden Form ist die Klage gegen die Beklagten zu 2 und 3 deshalb unzulässig (BGH Urteil vom 6. Dezember 1956 - VII ZR 39/56 = NJW 1957, 303). Sie ist daher abzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 97, 91, 92 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber