

18

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 433, 549

Der Verkäufer einer in gemieteten Räumen betriebenen Gaststätte, der sich im Kaufvertrag verpflichtet, mit dem Käufer einen Untermietvertrag über die Gaststättenräume zu schließen, erfüllt seine Vertragspflichten nicht, wenn er die im Mietvertrag vorgesehene schriftliche Einwilligung des Hauptvermieters zur Untervermietung nicht beibringt.

BGH, Urt. v. 9. Oktober 1985 - VIII ZR 198/84 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

18

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 198/84

URTEIL

Verkündet am
9. Oktober 1985
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Axel Titus M[REDACTED], K[REDACTED]-F[REDACTED]-Straße 40
in B[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Kauffrau Christa R[REDACTED] geb. S[REDACTED], K[REDACTED]weg 72
in B[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

18

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 29. März 1984 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Schadensersatzansprüche geltend, die ihrem Sohn Hans S. [REDACTED] gegen den Beklagten aus einem Untermietverhältnis zugestanden haben sollen.

Der Beklagte mietete aufgrund eines im wesentlichen vorformulierten maschinenschriftlich ergänzten Vertrages vom 14. Februar 1980 von der Eigentümergemeinschaft P. [REDACTED] und D. [REDACTED] die im zweiten Obergeschoß des Hauses C. [REDACTED]allee 356 in B. [REDACTED]-Z. [REDACTED] gelegenen Gaststättenräume für die Dauer von zehn Jahren mit Verlängerungsmöglichkeit zu einem monat-



lichen Mietzins von 5.062,40 DM. In dem Mietvertrag ist u.a. bestimmt:

"§ 9 Benutzung der Mieträume, Untervermietung

1. ...

2. ...

Bei Veräußerung des gesamten Betriebes oder eines Teilbetriebes des Mieters bedarf es wegen des Überganges dieses Mietvertrages auf den Rechtsnachfolger des Mieters einer vorherigen Vereinbarung mit dem Vermieter.

3. Untervermietung oder sonstige Gebrauchsüberlassung an Dritte darf nur mit schriftlicher Einwilligung des Vermieters erfolgen. Die Einwilligung kann widerrufen werden. Die Anwendung des § 549 BGB Abs. 1, zweiter Hauptsatz, ist ausgeschlossen.

4. Bei unbefugter Untervermietung kann der Vermieter verlangen, daß der Mieter sobald wie möglich, spätestens jedoch binnen Monatsfrist das Untermietverhältnis kündigt. Geschieht dies nicht, so kann der Vermieter das Hauptmietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Dieses Recht kann der Vermieter nur binnen eines Monats geltend machen, nachdem er von der unbefugten Untervermietung Kenntnis erlangt hat.

..."

In einer Anlage zum Mietvertrag, ebenfalls vom

14. Februar 1980, heißt es unter Nr. 17:

"Mieter ist berechtigt, den Vermietern während der Dauer des Mietverhältnisses einen Nachfolgemietler zu den gleichen Vertragsbedingungen zu stellen, sofern sachliche Einwände gegen diesen nicht erhoben werden können und dessen Bonität und Solvenz außer Zweifel stehen. Vermieter sind in jedem Fall berechtigt, ihre Genehmigung von einer nicht verzinslichen

Mietsicherheit in Höhe von drei Monatsmieten abhängig zu machen."

Der Beklagte beließ die Gaststätte dem bisherigen Hauptmieter Ditmar R [REDACTED], der das Unternehmen - wie bis dahin - unter der Bezeichnung "D [REDACTED] D [REDACTED]" weiterführte, nach Darstellung des Beklagten, die die Klägerin mit Nichtwissen bestritten hat, als Untermieter bis zum 19. Januar 1982.

Am 29. Dezember 1981 veräußerte der Beklagte die Gaststätte an den Sohn der Klägerin, Hans S [REDACTED], zum Preise von 110.000 DM. Die Klägerin übernahm in dem schriftlichen von ihr mitunterzeichneten Kaufvertrag die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Kaufpreisschuld. In dem Kaufvertrag ist u.a. bestimmt:

"§ 6: Der Käufer verpflichtet sich, die vom Verkäufer bei der Hausverwaltung hinterlegte Mietkaution i.H.v. DM 18.000 ... bis zum 15. März 1982 an den Verkäufer zu zahlen.

§ 7: Der Untermietvertrag wird sofort nach Freiwerden der o.g. Gaststätte zwischen den Parteien geschlossen, ein Datum kann noch nicht genannt werden. Als Untermietzins, den Herr S [REDACTED] monatlich im voraus an Herrn M [REDACTED] zu entrichten haben wird, wird der Betrag vereinbart, den Herr M [REDACTED] seinerseits an den Vermieter zu zahlen hat."

Die erste Kaufpreisrate von 55.000 DM und die Mietkaution von 18.000 DM hat der Beklagte erhalten. Für die Vermittlung

des Gaststättenkaufvertrages zahlte die Klägerin für ihren Sohn 9.600 DM Maklerprovision. Am 20. Januar 1982 schlossen der Beklagte und Hans Stahl den in § 7 des Gaststättenkaufvertrages genannten Untermietvertrag für die Zeit bis zum 28. Februar 1990. Das Ausscheiden von Herrn R [REDACTED] und die Betriebsübernahme durch den neuen Untermieter Hans S [REDACTED] zeigte der Beklagte der Eigentümergeinschaft an.

Als der Untermieter S [REDACTED] sich am 15. März 1982 mit der Bitte um Zustimmung zur Erneuerung von Werbeanlagen für die Gaststätte an die Eigentümergeinschaft wandte, wurde ihm erklärt, der Beklagte sei zur Untervermietung nicht berechtigt gewesen, eine nachträgliche Genehmigung komme nicht in Betracht. Vom Beklagten verlangte die Eigentümergeinschaft mit Schreiben vom 15. März 1982 die Beendigung der nicht erlaubten Untervermietung binnen Monatsfrist. Darin heißt es einleitend:

"Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 22.2.1982 und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Wir sind äußerst verwundert darüber, daß Sie uns mit einem Mal mitteilen, die Gaststätte habe einen neuen Betreiber und wir würden dies wissen.

Ihr Herr R [REDACTED] ist uns als Ihr Vormieter bekannt und später als Ihr Angestellter. Das haben Sie hier bei Vertragsschluß behauptet. ..."

Die in diesem Schreiben mit Fristsetzung zur Beendigung des Untermietverhältnisses angedrohte fristlose Kündigung sprachen die Vermieter am 21. April 1982 aus. Zur Begründung heißt es in dem Kündigungsschreiben u.a.:

"Sie verstoßen laufend gegen die mietvertraglich übernommenen Pflichten, indem Sie nicht nur an Herrn R [REDACTED] - ohne unsere Zustimmung -, sondern auch an Herrn S [REDACTED] die Räume untervermietet haben.

Trotz unseres Schreibens vom 15.3.1982 haben Sie das letzte Untermietverhältnis bis heute nicht beendet. ..."

Am 26. April 1982 reichten die Hauseigentümer und Vermieter Räumungsklage gegen den Beklagten beim Amtsgericht Schöneberg ein.

Der Untermieter S [REDACTED] verlangte mit Anwaltsschreiben vom 5. Mai, 26. Mai und 1. Juli 1982, unverzüglich die Genehmigung der Hauptvermieter zur Untervermietung einzuholen; die Genehmigung sollte bis spätestens 15. Juli 1982 vorgelegt werden. Im Schreiben vom 1. Juli 1982 heißt es u.a.:

"Da unstreitig seinerzeit die Wirksamkeit des Untermietvertrages Geschäftsgrundlage für den Kaufvertrag war, wird unser Mandant nach erfolglosem Ablauf der vorgenannten Frist von dem Vertrag zurücktreten und den bisher gezahlten Kaufpreis zurückfordern."

Der Beklagte ließ mit Anwaltsschreiben vom 6. Juli 1982 antworten, er habe seine Verpflichtungen aus dem Gaststättenkaufvertrag und dem Untermietvertrag ordnungsgemäß erfüllt. Die Tatsache, daß der Vermieter wahrheitswidrige Behauptungen aufgestellt habe, berechtige nicht dazu, den fälligen Restkaufpreis von 55.000 DM nicht zu zahlen. Ein Vergleichsvorschlag des Beklagten hatte keinen Erfolg, vielmehr ließ der Untermieter Hans S. mit Anwaltsschreiben vom 20. Juli 1982 unter Hinweis auf die nicht nachgewiesene Genehmigung der Hauseigentümer zur Untervermietung fristlos kündigen und den Untermietvertrag sowie den Gaststättenkaufvertrag vorsorglich wegen arglistiger Täuschung anfechten. Außerdem verlangte er Rückzahlung der ersten Kaufpreisrate (55.000 DM), Erstattung der Mietkaution (18.000 DM) und Erstattung der Maklerprovision (9.600 DM), insgesamt 82.600 DM. Der Beklagte ist der fristlosen Kündigung und der Anfechtung entgegengetreten.

Die ihr von ihrem Sohn abgetretene Forderung von 82.600 DM hat die Klägerin - zuzüglich Zinsen - mit der Klage geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und im zweiten Rechtszuge geltend gemacht, aus Anlaß des Abschlusses des Gaststättenkaufvertrages vom 29. Dezember 1981 habe er den Käufer auf die

Einzelheiten der vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und den Hauseigentümern hingewiesen. Er habe ihm erklärt, daß er zur Untervermietung berechtigt sei, hierfür allerdings sicherlich eine Erlaubnis der Hauseigentümer benötige, diese aber problemlos erhalten werde. Er habe zwar nicht vor Überlassung der Räumlichkeiten an den Käufer die Erlaubnis zur Untervermietung bei den Hauseigentümern eingeholt. Aufgrund der zwischen ihm und den Hauseigentümern bestehenden Absprachen habe aber festgestanden, daß er für einen von ihm ausgewählten Untermieter eine Untervermieterlaubnis erhalten werde. Gescheitert sei die Erteilung der Untervermieterlaubnis zugunsten des Käufers S. [REDACTED] ausschließlich an den Unzuträglichkeiten, die dieser verursacht bzw. zu verantworten habe. Deswegen sei dieser nicht zu einer vorfristigen Kündigung des Untermietvertrages berechtigt gewesen.

Der Beklagte hat im Betrage von 9.600 DM (Maklerprovision) die Klageabweisung erreicht, im übrigen hat das Oberlandesgericht seine Verurteilung bestätigt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß der Abschluß eines auf Dauer bestehenden Untermietvertrages Geschäftsgrundlage des Gaststättenkaufvertrages vom 29. Dezember 1981 gewesen sei. Im Hinblick auf die Unsicherheit, die durch das Schreiben der Hauseigentümer vom 15. März 1982 an den Beklagten und die Erhebung der Räumungsklage entstanden sei, sei der Sohn der Klägerin berechtigt gewesen, den Untermietvertrag aus wichtigem Grunde zu kündigen und, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, vom Gaststättenkaufvertrag zurückzutreten. Dies sei durch Anwaltsschreiben vom 20. Juli 1982 geschehen. Damit sei der Beklagte zur Rückzahlung der Kaufpreiskasse von 55.000 DM und der Mietkaution von 18.000 DM verpflichtet.

Die Vorinstanz hat als unstreitig angesehen, daß der Beklagte bei Abschluß des Untermietvertrages vom 20. Januar 1982 die Erlaubnis zur Untervermietung an den Sohn der Klägerin nicht gehabt habe. Gemäß § 9 Nr. 3 Hauptmietvertrag habe Untervermietung nur mit schriftlicher Einwilligung der Vermieter erfolgen dürfen. Sie habe nicht vorgelegen.

Dahingestellt sein lassen hat das Berufungsgericht, ob der Beklagte dem Sohn der Klägerin bei Kaufvertragsabschluß erklärt hat, er habe die Erlaubnis der Hauseigentümer zur Untervermietung an ihn (so der Vortrag der Klägerin), oder ob der Beklagte

(so seine Behauptung) den Sohn der Klägerin darauf hingewiesen habe, daß er zwar grundsätzlich zur Untervermietung befugt sei, hierfür aber sicherlich noch eine Erlaubnis der Hauseigentümer benötige, die er aber fraglos erhalten werde. Auch unter Zugrundelegung der zuletzt genannten Fallgestaltung, hat das Berufungsgericht gemeint, sei der Sohn der Klägerin berechtigt gewesen, dem Beklagten eine Frist zur Beibringung der Untervermietungserlaubnis zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf den Untermietvertrag zu kündigen sowie vom Gaststättenkaufvertrag zurückzutreten. Daran ändere der Umstand nichts, daß auch ein ohne Erlaubnis des Hauptvermieters abgeschlossener Untermietvertrag wirksam sei. Es habe die Gefahr bestanden, daß die Hauseigentümer den Sohn der Klägerin auf Räumung und Herausgabe verklagen würden (§§ 556 Abs. 3, 985 BGB). Das habe er nicht abzuwarten brauchen.

Die dem Beklagten gesetzte Frist, die Erlaubnis bis zum 15. Juli 1982 beizubringen, hat das Berufungsgericht als angemessen gewertet.

II. Das angefochtene Urteil hält den Revisionsangriffen im Ergebnis stand.

1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein auf Dauer wirksamer Untermietvertrag sei die Geschäftsgrundlage für den Gaststättenkauf gewesen, wird zwar von der Revision nicht ange-

griffen; aus Rechtsgründen bestehen gegen diesen Ausgangspunkt seiner Erwägungen indessen durchgreifende Bedenken, weil das Berufungsgericht als Geschäfts g r u n d l a g e gewertet hat, was Verkäufer und Käufer zum I n h a l t des Gaststättenkaufvertrages gemacht haben. Mit anderer Begründung hat das angefochtene Urteil jedoch Bestand.

2. Der Beklagte und der Sohn der Klägerin haben in § 7 des Gaststättenkaufvertrages vereinbart, sofort nach dem Freiwerden der Gaststätte, d.h. nach dem Ausscheiden des seitherigen Untermieters oder Angestellten des Beklagten, R [REDACTED], solle "der Untermietvertrag" geschlossen werden. Die Vertragsparteien waren sich bereits bei Abschluß des Kaufvertrages darüber einig, daß der Sohn der Klägerin den Betrag als Untermietzins zu entrichten haben werde, den der Beklagte seinerseits an die Eigentümergemeinschaft aufgrund des Hauptmietvertrages zu zahlen hatte. Über die unterzuvermietenden Räume bestand ohnehin kein Zweifel, und es lag auf der Hand, die Laufzeit des Untermietvertrages derjenigen des Hauptmietvertrages anzupassen. Nur der Zeitpunkt für den Abschluß des Untermietvertrages war am 29. Dezember 1981 noch offen. § 7 Gaststättenkaufvertrag ist danach als Untermietvorvertrag zu werten.

3. Zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung, den Untermietvertrag abzuschließen, hat der Beklagte nicht alles Geschuldete getan.

a) Der Beklagte und der Sohn der Klägerin haben am 20. Januar 1982 einen Untermietvertrag geschlossen. Unstreitig lag eine schriftliche Einwilligung der Eigentümergemeinschaft zur Untervermietung nicht vor.

aa) Die Revision macht geltend, einer schriftlichen Einwilligung habe es entgegen § 9 Nr. 3 Hauptmietvertrag nicht bedurft. Die Hauseigentümer hätten bei Abschluß des Hauptmietvertrages sowohl die Veräußerung der Gaststätte als auch die Gebrauchsüberlassung an Dritte "grundsätzlich genehmigt". Die Vertragsparteien könnten jederzeit - auch mündlich und konkludent - über das vertraglich festgelegte Formerfordernis disponieren.

Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Richtig ist zwar, daß die vereinbarte Schriftform zur Disposition der Vertragspartner steht. Darum geht es hier indessen nicht, wie der eigene Sachvortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen ergibt. Danach waren die Parteien des Hauptmietvertrages darüber einig, daß der Beklagte nicht gezwungen sein sollte, die Gaststätte selbst zu betreiben. Dies sollte er vielmehr - auch durch Veräußerung des Unternehmens - einem Dritten überlassen dürfen. Eine weitergehende Bedeutung kann der Absprache bei den Vertragsverhandlungen nicht beigelegt werden. Dafür, daß die Parteien bei Vertragsschluß eine mündliche Vereinbarung getroffen haben (generelle Genehmigung einer Untervermietung), die der im

selben Atemzuge schriftlich niedergelegten (§ 9 Nr. 3 Hauptmietvertrag) nicht entspricht, besteht weder ein Anhaltspunkt noch ein einsichtiger Grund. Der schriftliche Vertrag, der die 24 Nummern umfassende Anlage vom selben Tage einschließt, enthält so differenzierte Regelungen, daß für die Annahme, daneben hätten auch noch mündliche Absprachen gelten sollen, kein Raum ist. Hinzu kommt schließlich, daß die Parteien für den Fall der Veräußerung des Unternehmens in § 9 Nr. 2 Hauptmietvertrag vorgesehen hatten, der Erwerber solle in den Mietvertrag **n a c h v o r h e r i g e r V e r e i n b a r u n g** mit den Vermietern eintreten.

bb) Das Berufungsgericht hat mithin rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Untervermietung an den Sohn der Klägerin nicht erlaubt war.

Zwar berührt das Fehlen der Erlaubnis des Hauptvermieters zur Untervermietung die Wirksamkeit des Untermietvertrages, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, nicht. Der Abschluß eines nur formell rechtswirksam zustande gekommenen, in seinem Bestand im Hinblick auf die fehlende Einwilligung der Hauptvermieter aber gefährdeten Untermietvertrages (§§ 553, 556 Abs. 3 BGB) reicht zur Erfüllung der Verpflichtung des Beklagten aus § 7 Gaststättenkaufvertrag indessen nicht aus. Der Untervermieter übernimmt mit der Verpflichtung zur Gewährung der Mieträume auch die Pflicht, die Voraussetzung für diese ver-

tragsmäßige Leistung, die Erlaubnis des Vermieters zur Untervermietung, zu beschaffen und hat hierfür nicht minder wie für seine sonstigen Vertragspflichten einzustehen (RGZ 81, 59, 63). Der Sohn der Klägerin hatte mithin Anspruch auf erlaubte Untermiete, denn in dem dem Beklagten erkennbaren Vertrauen auf eine gesicherte Nutzungsbefugnis für die Gaststättenräume hat er "Didis Dachgarten" erworben. Der Beklagte wußte auch, daß er die schriftliche Einwilligung der Eigentümergemeinschaft beizubringen hatte. Nach seinem eigenen Vorbringen in der Berufungsinstanz hat er den Sohn der Klägerin auf die Einzelheiten der vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und den Hauseigentümern hingewiesen und ihm erklärt, daß er zur Untervermietung eine Erlaubnis der Hauseigentümer benötige. Die Verpflichtung des Beklagten zur Beschaffung der Erlaubnis ist nicht dadurch entfallen, daß er dem Sohn der Klägerin erklärt hat, die Erlaubnis m ü s s e erteilt werden. Der Untermieter, der sich um die Erlaubnis nicht zu kümmern braucht, wird und kann trotzdem davon ausgehen, daß der Untervermieter seine Pflicht, die Erlaubnis zu beschaffen, erfüllen werde (RGZ aaO).

b) Der Beklagte ist mit der Erfüllung seiner Vertragspflicht, für die er einstehen muß, in Verzug geraten. Der Sohn der Klägerin hat ihn gemahnt und ihm mit Anwaltsschreiben vom 1. Juli 1982 eine Nachfrist gesetzt. Für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Nachfrist hat er angekündigt, daß er die Erfüllung alsdann ablehnen und vom Verträge zurücktreten werde.

Damit hat er alle Voraussetzungen für eine wirksame Ausübung des Rücktrittsrechts geschaffen, die im Anwaltsschreiben vom 20. Juli 1982 - für den Beklagten erkennbar - zu sehen ist, auch wenn darin von einer Anfechtung des Gaststättenkaufvertrages wegen arglistiger Täuschung die Rede ist. Das Berufungsgericht hat dieses Schreiben ohne Rüge der Revision zutreffend als Rücktritt gewertet.

Folge des Rücktritts ist, daß der Beklagte die empfangene Leistung, d.h. die erste Kaufpreisrate von 55.000 DM, zurückzugewähren hat (§§ 326, 327, 346 BGB).

4. Der Beklagte schuldet auch die Rückzahlung der Untermietkaution von 18.000 DM.

Die enge Verknüpfung von Gaststättenkaufvertrag und Untermietvertrag, die daraus herrührt, daß die Gaststätte nicht ohne die Räumlichkeiten betrieben werden konnte und andererseits die Untermiete ohne den darin eingerichteten Gewerbebetrieb sinnlos war, legt es nahe, die Unwirksamkeit des Untermietvertrages nach erfolgtem Rücktritt vom Gaststättenkaufvertrag aus § 139 BGB herzuleiten. Abschließend braucht dies jedoch nicht entschieden zu werden, denn die Befugnis des Sohnes der Klägerin, vom Gaststättenkaufvertrag zurückzutreten, gibt ihm wegen der engen wirtschaftlichen Verknüpfung der Verträge zugleich das Recht, den Untermietvertrag gemäß § 242 BGB zu kündigen. Ihm war nicht

zuzumuten, die Räume ohne den zugehörigen Gaststättenbetrieb zu nutzen. Die Kündigung hat er im Schreiben seines Rechtsanwalts vom 20. Juli 1982 ausgesprochen.

III. Der Revision mußte danach der Erfolg versagt bleiben. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels treffen den Beklagten (§ 97 ZPO).

Braxmaier

Wolf

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch