

13

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 455, 347

Zur Ersatzpflicht des Vorbehaltskäufers für gezogene oder entgangene Nutzungen der Kaufsache, wenn der Verkäufer gemäß § 455 BGB von einem nicht dem Abzahlungsgesetz unterliegenden Kaufvertrag zurücktritt.

BGH, Urt. v. 16. Mai 1984 - VIII ZR 18/83 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 18/83

URTEIL

Verkündet am
16. Mai 1984
K a n i k,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Renate I [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED] in D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

g e g e n

Regina F [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED] in D [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Dezember 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Hauptantrag der Klägerin und über die Kosten des Revisionsverfahrens an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch schriftlichen Vertrag vom 24. November 1981 verkaufte die Klägerin der Beklagten das Inventar einer von ihr in gemieteten Räumen errichteten, allerdings noch nicht in Betrieb genommenen Imbißstube zum Preise von 67 800 DM, der Zug um Zug bei Übergabe der Sachen zu zahlen war, soweit nicht eine Anzahlung von 3 000 DM schon bei Vertragsschluß geleistet werden



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



mußte. Durch gesonderten Vertrag vom selben Tage vermietete sie der Beklagten zugleich die entsprechenden Räumlichkeiten, was ihr nach dem Inhalt des Hauptmietvertrages gestattet war. Der Kaufvertrag enthielt die Abrede, daß die Verkäuferin bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises Eigentümerin der Sachen bleiben solle. Nach Übergabe des Geschäftslokals nebst Inventar nahm die Beklagte den Grillimbiß am 15. Dezember 1981 in Betrieb.

Durch Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 19. Januar 1982 forderte die Klägerin die Beklagte unter Hinweis darauf, daß sie sich mit einem Kaufpreisrest von 54 800 DM seit dem 15. Dezember 1981 in Verzug befinde, zur Zahlung bis 31. Januar 1982 auf. Nach Fristablauf, heißt es in dem Schreiben weiter, werde die Klägerin die Durchführung des Kaufvertrags ablehnen. In der mündlichen Verhandlung eines zwischen den Parteien parallel zum vorliegenden Rechtsstreit geführten einstweiligen Verfügungsverfahrens erklärte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin am 2. April 1982 in ihrer und der Beklagten Gegenwart, die Klägerin trete vom Kaufvertrag zurück (vgl. Bl. 16 der Beiakten 11 O 172/82 LG Düsseldorf).

Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung von 28 500 DM nebst Zinsen in Anspruch. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde ihr Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sie müsse sie so stellen, als ob ihr die Imbißstube nicht übergeben worden sei. Den ihr dadurch entstan-

denen Schaden berechnet die Klägerin im einzelnen auf der Basis des fiktiven Gewinns, den sie bei einem eigenen Betrieb der Gaststätte in der Zeit vom 15. Dezember 1981 bis zum 15. März 1982 hätte erzielen können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht unter Abweisung auch des in zweiter Instanz erhobenen Hilfsantrags auf Zahlung eines Kaufpreisrestes von 64 800 DM zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin in der Sache nur noch ihren Hauptantrag weiter, die Beklagte - unter dem Gesichtspunkt eines Nutzungsersatzes nach dem Rücktritt vom Kaufvertrag - zur Zahlung von 28 500 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Jedoch begehrt sie auch eine förmliche Aufhebung der Entscheidung über den Hilfsantrag mit der Begründung, sie habe eine solche nur für den nicht eingetretenen Fall begehrt, daß das Berufungsgericht den am 2. April 1982 erklärten Rücktritt für unwirksam halten sollte.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

A) Zum Hauptantrag

I. 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, § 326 BGB scheide als Rechtsgrundlage für den primär geltend gemachten Anspruch auf einen Teil des negativen Interesses aus. Lügen nämlich die Voraussetzungen dieser Vorschrift vor, so habe die am 2. April 1982 namens der anwesenden Klägerin abgegebene, ihr jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht zuzurechnende Rücktrittserklärung das Vertragsverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt und damit einem Schadensersatzanspruch die Grundlage entzogen.

Insoweit hält das Berufungsurteil einer Prüfung stand. Denn es entspricht gefestigter Rechtsprechung, daß das dem Gläubiger nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB eröffnete Wahlrecht, beim Verzug des Schuldners mit einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungspflicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten, nicht unbegrenzt gilt. Hat er sich für den Rücktritt entschlossen und diesen wirksam erklärt, woran er durch ein vorheriges Schadensersatzverlangen nicht gehindert ist, so ist das Schuldverhältnis aufgelöst (RGZ 85, 280, 282; 109, 184, 186; BGHZ 16, 388, 393; Senatsurteil vom

17. Januar 1979 - VIII ZR 304/77 = WM 1979, 231, 232 = NJW 1979, 762). Die Leistungsbeziehungen der Parteien wandeln sich dann in ein Rückgewährschuldverhältnis um mit der Folge, daß die bereits empfangenen Leistungen zurückzuerstatten sind (§§ 327 Satz 1, 346 BGB). Ein Schadensersatzanspruch nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB ist ausgeschlossen.

2. a) Unter Zugrundelegung des wirksamen Rücktritts hat das Berufungsgericht den von der Klägerin erhobenen Anspruch ausschließlich daran gemessen, ob die Beklagte mit ihrer Rückgewährverpflichtung als solcher in Verzug geraten sei, und den Anspruch auch unter diesem Gesichtspunkt verneint. Denn die Klägerin habe eine das Rückgewährschuldverhältnis begründende Rücktrittserklärung nicht schon durch das Anwaltsschreiben vom 19. Januar 1982, sondern frühestens am 2. April 1982 abgegeben. Ein von diesem Zeitpunkt ab etwa eingetretener Verzug der Beklagten mit der Rückgewährverpflichtung vermöge einen für die Zeitspanne vom 15. Dezember 1981 bis zum 15. März 1982 geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht zu rechtfertigen.

b) Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen, soweit Ansprüche aus Verzug in Rede stehen. Hiermit hat das Berufungsgericht den ihm zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt aber nicht erschöpfend materiell-rechtlich gewürdigt, weil für die genannte Zeitspanne ein Anspruch der Klägerin auf Nutzungsersatz in Betracht kommt. Sein Urteil auf Abweisung des Hauptantrags der

Klage ist aufzuheben, damit es die Prüfung unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nachholt.

aa) Die Klägerin hat freilich nach Ablauf der mit der Ablehnungsandrohung versehenen Nachfrist zum 31. Januar 1982 mit der Klageschrift vom 1. März 1982 zunächst Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des ihr entgangenen Gewinns verlangt. Nach Abgabe der Rücktrittserklärung am 2. April 1982 hat sie sich jedoch bereits in dem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 11. Mai 1982 - wenn auch unter Hinweis auf das Rückgabeverlangen im Anwaltsschreiben vom 19. Januar 1982 - auf das "vertragliche Rückabwicklungsverhältnis" bezogen. Sie hat außerdem im Schriftsatz vom 23. Juni 1982 an das Landgericht - der nicht nachgelassen war, dessen Inhalt aber aufgrund der Bezugnahme in der Berufungsbegründung als vorgetragen anzusehen ist - die Klage als "maßgeblich auf §§ 326, 327, 347 Satz 2, 989 BGB" beruhend erklärt. Wie die Revision mit Recht geltend macht, bedeutet dieses Vorbringen der Klägerin, daß sie ihren Zahlungsanspruch auf das durch das Rückgewährschuldverhältnis und den sich aus ihm ergebenden Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen hat stützen wollen, die die Beklagte in der Zeit vom 15. Dezember 1981 bis zum 15. März 1982 gezogen oder entgegen den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft schuldhaft zu ziehen unterlassen habe.

bb) Die Klägerin hat den Vortrag der Beklagten bestritten,

die Gegenstände seien von ihr - der Beklagten - nicht genutzt worden und überhaupt unbrauchbar. Hiermit hat sie geltend gemacht, die Beklagte habe die Sachen tatsächlich benutzt oder jedenfalls die ihr mögliche Benutzung für den Betrieb der Imbißstube unterlassen. Das genügt unter den Umständen des Falles, die Voraussetzungen für einen Nutzungsersatzanspruch aus §§ 347 Satz 2, 987 Abs. 1 oder 2 BGB - wie sie nach dem unten zu II. 1 Ausgeführten zu beurteilen sind - als schlüssig vortragen anzusehen. Zur Höhe des Anspruchs enthält der Prozeßstoff hinreichende Anhaltspunkte. Aus ihm ist nicht nur zu entnehmen, für welchen konkreten Verwendungszweck die verkauften Gegenstände vorgesehen waren und welchen Kaufpreis die Parteien insgesamt vereinbart haben, sondern auch, um welche Gegenstände es sich im einzelnen handelte (Inventarliste als Anlage I zur Berufungserwiderung). Welcher Wert der Nutzung sich hiernach für die Zeit vom 15. Dezember 1981 bis zum 15. März 1982 ergibt, ist eine Frage der Begründetheit des Anspruchs. Jedenfalls liegen genügend Anhaltspunkte vor, damit das Gericht - erforderlichenfalls unter Zuziehung eines Sachverständigen - nach § 287 ZPO die Höhe eines Anspruchs auf Nutzungsersatz schätzen kann. Die Anforderungen an die Substantiierungslast, die hier wegen eines Anspruchs auf Nutzungsersatz an die Klägerin zu stellen sind, wurden nicht dadurch erhöht, daß die Berechnung der Klageforderung von 28 500 DM einen Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB zum Gegenstand hatte und die Klägerin - auch in der Berufungsinstanz - eine neue Berechnung nicht vorgelegt hat.

Ausschlaggebend ist, daß sich dem Prozeßstoff - wie zuvor ausgeführt - auch ohne eine darauf bezogene zahlenmäßige Herleitung schlüssig ein Anspruch auf Nutzungsersatz entnehmen läßt.

II. 1. Voraussetzung für einen sich aus dem gesetzlichen Rückabwicklungsverhältnis ergebenden Anspruch auf Nutzungsentschädigung ist zunächst, daß die Klägerin wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.

a) Ein Rücktrittsrecht ergab sich für die Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, unabhängig von § 326 Abs. 1 BGB bereits unmittelbar aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag. Die Klägerin hatte sich nach § 3 des Kaufvertrages vom 24. November 1981, der nicht dem Abzahlungsgesetz unterlag (BGHZ 70, 378), das Eigentum an den verkauften Einrichtungsgegenständen bis zur völligen Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises vorbehalten. Mangels entgegenstehender Abmachungen der Parteien war sie daher nach der Auslegungsregel des § 455 BGB berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, wenn die Beklagte mit der Kaufpreiszahlung in Verzug geriet. Den Eintritt des Verzugs hat das Berufungsgericht auf der Grundlage der Behauptung der Klägerin angenommen, den ausstehenden Kaufpreisrest mit persönlichem Schreiben vom 15. Januar 1982 "angemahnt" zu haben. Auch wenn die Klägerin zum Inhalt dieses Schreibens Näheres nicht vorgetragen hat, sind dagegen

Bedenken nicht zu erheben, weil nichts dafür ersichtlich ist, daß die Klägerin den Inhalt des Rechtsbegriffs "Mahnung" verkannt haben könnte. Jedenfalls aber enthielt das Anwaltschreiben vom 19. Januar 1982 eine unmißverständliche Zahlungsaufforderung mit der Ankündigung rechtlicher Konsequenzen und stellte damit eine Mahnung im Sinne von § 284 Abs. 1 BGB dar. Worauf sich die Zweifel des Berufungsgerichts stützen, dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin könnte u.U. die Vollmacht zur Abgabe der in diesem Schreiben enthaltenen Erklärung gefehlt haben, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat eine Vollmacht nicht in Abrede gestellt.

b) Das somit entstandene Rücktrittsrecht hat die Klägerin durch die in ihrem Beisein abgegebene, unmißverständliche Erklärung ihres Prozeßbevollmächtigten im Termin des einstweiligen Verfügungsverfahrens vom 2. April 1982 wirksam ausgeübt. Wenn das Berufungsgericht dazu ausgeführt hat, die Erklärung sei der Klägerin jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht zuzurechnen, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

c) Anders als bei einem auf § 326 Abs. 1 BGB gestützten Rücktritt, für den nach § 327 BGB die §§ 346-356 BGB nur entsprechende Anwendung finden, richten sich die Rechtsfolgen beim Rücktritt des Eigentumsvorbehaltsverkäufers unmittelbar

nach den genannten Bestimmungen, da es sich um ein im Sinne von § 346 Satz 1 BGB vertraglich vorbehaltenes Rücktrittsrecht handelt (Staudinger/Kaduk, BGB, 10./11. Aufl., Vorbem. § 346 ff Rdn. 46 und § 346 Rdn. 8; Staudinger/Honsell, 12. Aufl., § 455 Rdn. 30; RGRK-Ballhaus, BGB, 12. Aufl., § 346 Rdn. 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., Einf. vor § 346 Anm. 2; Vollkommer in: Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Vollkommer, BGB, 2. Aufl., § 455 Anm. 3 b aa; AK-Reich, BGB, § 455 Rdn. 19; MünchKomm-Janßen, BGB, § 346 Rdn. 2 (anders derselbe vor § 346 Rdn. 9: § 346 ff nur entsprechend anwendbar)). Mithin ist auch § 347 BGB anwendbar. Nach dessen Satz 2 bestimmt sich der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen im Falle des Rücktritts bereits von dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an gelten, d.h. nach § 987 BGB. Aufgrund dieser Vorschrift hat der Besitzer dem Eigentümer nicht nur diejenigen Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit tatsächlich gezogen hat (§ 987 Abs. 1 BGB), vielmehr hat er auch Ersatz zu leisten für solche Nutzungen, die er zwar nicht gezogen hat, aber nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen können, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt (§ 987 Abs. 2 BGB). Diese strenge Haftung beruht auf dem Gedanken, daß der Rücktrittsgegner wegen des vertraglichen Rücktrittsvorbehalts mit dem Rücktritt rechnen und sich darauf einstellen konnte (BGH, Urteil vom 20. Mai 1983

- V ZR 291/81 = NJW 1983, 2024, 2025; MünchKomm-Janßen, aaO, § 347 Rdn. 7; Soergel/Reimer Schmidt, BGB, 10. Aufl., § 347 Rdn. 2; RGRK-Ballhaus, aaO § 347 Rdn. 12; Staudinger/Kaduk, aaO, § 347 Rdn. 2; Larenz, Schuldrecht I, 13. Aufl., § 26 b 2, S. 381). Dabei faßt die herrschende Meinung das in § 987 Abs. 2 BGB aufgestellte Verschuldenserfordernis zwar als "echtes" Verschulden im Sinne von § 276 BGB auf. Sie nimmt zutreffend dessen Vorliegen aber für den Regelfall mit der Begründung an, daß von dem zur Rückgewähr Verpflichteten eben wegen seiner Kenntnis der Rücktrittsmöglichkeit eine zumutbare Rücksicht auf die Interessen des anderen Teils erwartet werden könne (Staudinger/Kaduk, aaO, § 347 Rdn. 8; MünchKomm-Janßen, aaO, § 347 Rdn. 7; Larenz, aaO, § 26 b 2; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 6. Aufl. 1984, § 19 III 2; anders Wolf AcP 153, 97, 124 ff, 128, der auf ein Verschulden verzichtet; vermittelnd Raisch, Festschrift Friedrich Weber, 1975, S. 337, 342).

Das gilt auch für den Käufer, der das Eigentum an der Kaufsache erst mit vollständiger Bezahlung des Kaufpreises erwirbt und bis dahin dem Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers ausgesetzt ist. Denn auch ohne Kenntnis des Inhalts von § 455 BGB weiß er, daß er bei Nichtzahlung des Kaufpreises die Sache zurückgeben muß.

2. An einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat gehin-

dert, weil das Berufungsgericht noch weitere Feststellungen sowohl zum Grund als auch zum Umfang des erhobenen Anspruchs zu treffen haben wird.

a) Was den Anspruchsgrund betrifft, wird das Berufungsgericht der im einzelnen substantiierten und unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten nachzugehen haben, die ihr übergebenen Geräte seien mangelhaft und für den beabsichtigten Betrieb einer Imbißstube samt und sonders unbrauchbar gewesen. Träfe dies zu und greift auch kein Gewährleistungsausschluß ein (s. § 4 des Kaufvertrags), so wäre die Beklagte berechtigt gewesen, die Zahlung des Restkaufpreises zu verweigern (vgl. § 478 BGB). Ihre berechtigte Zahlungsweigerung hätte zugleich verhindert, daß sie mit der Kaufpreiszahlung in Verzug geriet. Nach allgemeiner Auffassung kommt der Schuldner nämlich nicht in Verzug, wenn er sich auf eine Einrede stützen kann, die ihm ein dauerndes oder wenigstens zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht gewährt (MünchKomm-Walchshöfer, BGB, § 284 Rdn. 13; RGRK-Alff, BGB, 12. Aufl., § 284 Rdn. 6; Erman/Battes, BGB, 7. Aufl., § 284 Rdn. 14; Soergel/Reimer Schmidt, aaO, § 284 Rdn. 2; Esser/Schmidt, aaO, § 28 I 1 a; Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl., § 45 II 4). Dabei bedarf es keines Eingehens auf die im übrigen umstrittene Frage, ob schon das bloße Bestehen der Einrede (RGZ 59, 23, 25; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., § 51 II 1; Schlosser JuS 1966, 257, 264 ff m.w.Nachw.) oder erst ihre

Geltendmachung dem Gläubiger gegenüber den Verzug ausschließt (so Staudinger/Löwisch, BGB, 12. Aufl., § 284 Rdn. 9 m.w.Nachw.; Planck/Siber, BGB, 4. Aufl., § 284 Anm. 3 a; Jahr JuS 1964, 293, 301 f) und ob und wie sich gegebenenfalls ihre fehlende Geltendmachung im Rechtsstreit zu Lasten des Schuldners auswirken kann (hierzu insbesondere Jahr, aaO, S. 303 f; Larenz, Schuldrecht I, 13. Aufl., § 23 I c, S. 321 f). Denn es ist zwischen den Parteien nicht im Streit, daß die Beklagte sich der Klägerin gegenüber bereits im Januar 1982 auf Mängel des übernommenen Inventars berufen hat. Es fand deshalb am 14. Januar 1982 eine gemeinsame Besichtigung statt, die mit der Aufnahme eines Mängelprotokolls verbunden war. Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Beklagte die Zahlungsweigerung auf die von ihr behaupteten Mängel gestützt. Sollten sie zur Überzeugung des Berufungsgerichts feststehen, entfielen damit mangels Verzuges das Rücktrittsrecht der Klägerin nach § 455 BGB, so daß der erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag unwirksam und auch ein Anspruch nach §§ 347 Satz 2, 987 BGB nicht entstanden wäre.

b) Sollte das Berufungsgericht dagegen die Mängel nicht feststellen können, so wird es zum Umfang des der Klägerin zustehenden Anspruchs auf Nutzungsentschädigung allerdings nicht auf die Schadensberechnung in der Klageschrift abstellen können. Es kommt dann nicht darauf an, welcher Gewinn der Klägerin infolge der Rückabwicklung des Vertrags entgangen ist.

Herausgabe- bzw. vergütungsfähig im Sinne von § 987 BGB sind nur diejenigen Nutzungen, die gerade die Beklagte gezogen hat bzw. zu ziehen unterlassen hat. Diese Nutzungen sind auch nicht etwa - wie die Revision meint - mit dem Gewinn identisch, den die Beklagte selbst aus dem Betrieb der Imbißstube gezogen hat oder bei Verwendung der ihr übergebenen Geräte hätte ziehen können. Etwas anderes sucht die Revision vergeblich aus den Entscheidungen des V. Zivilsenats vom 12. Mai 1978

- V ZR 67/77 = LM § 347 BGB Nr. 7 = NJW 1978, 1578 und des erkennenden Senats in BGHZ 63, 365, 368 herzuleiten. In beiden Entscheidungen ging es um den Verkauf bzw. die Verpachtung eines Gewerbebetriebs. Für einen solchen Fall haben beide Senate - und zwar auch nur mit Einschränkungen - entschieden, daß zu den herauszugebenden Nutzungen im Sinne von § 987 BGB auch die aus dem Betrieb gezogenen Geschäftsgewinne gehören. So aber liegt es hier nicht. Gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages war nicht etwa die Veräußerung eines bereits werbend tätigen Gewerbebetriebs als der Zusammenfassung persönlicher und sachlicher Mittel einschließlich der dazugehörigen Güter, wie etwa Warenbestand, Recht zur Firmenfortführung, Kundenstamm und Ruf. Die Vertragspflicht der Klägerin bestand ausschließlich darin, der Beklagten das zum Betrieb der Imbißstube in den zugleich vermieteten Räumen erforderliche Inventar zu verschaffen, wenn auch in eingebautem und gebrauchstauglichem Zustand. Den Geschäftsbetrieb dagegen hatte die Klägerin selbst noch nicht begonnen. Der von der

Beklagten etwa geschuldete Nutzungsersatz kann sich demnach allein auf die reinen Gebrauchsvorteile des ihr überlassenen Inventars erstrecken (§ 100 BGB).

B) Zum Hilfsantrag

Das Berufungsgericht hat den hilfsweise erhobenen Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises mit der Begründung abgewiesen, wegen des von der Klägerin am 2. April 1982 erklärten Rücktritts sei der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen. Dabei hat es, was die Revision mit Recht rügt, übersehen, daß der Hilfsantrag ersichtlich nur für den Fall gestellt war, daß das Berufungsgericht den von dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 2. April 1982 erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag als unwirksam ansehen werde (zu der hier nicht weiter interessierenden Frage, ob insoweit ein Verstoß gegen § 300 ZPO oder § 308 ZPO vorliegt, vgl. Merle ZZP 83, 436, 444). Das folgt aus einer Auslegung des Hilfsantrags als Prozeßhandlung, die das Revisionsgericht ohne Bindung an die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegende Auffassung vornehmen kann (BGHZ 4, 328, 334).

1. Es kann nicht angenommen werden, daß die anwaltlich vertretene Klägerin in Verkennung der Rechtslage das Erfüllungsverlangen auch für den Fall eines wirksamen Rücktritts vom Kaufvertrag für durchsetzbar gehalten und seine Verfolgung bezweckt

haben könnte. Das gilt insbesondere, nachdem der Vorsitzende des Berufungsgerichts sie bereits mit der Ladungsverfügung darauf hingewiesen hat, daß der Rücktritt dem Erfüllungsverlangen entgegenstehen dürfte. Wenn die Klägerin unter diesen Umständen den von ihr in der Berufungsbegründung angekündigten Hilfsantrag mit dem Bemerken in die mündliche Verhandlung eingeführt hat, "die Wirksamkeit des Rücktritts sei vom Berufungsgericht zu prüfen", so offenkundig aus prozessualer Vorsicht für den Fall, daß das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen könnte, der Rücktritt sei - aus welchen Gründen auch immer - unwirksam. Gestützt wird diese Auslegung auch dadurch, daß die Klägerin die Erhebung des Hilfsantrags in der Berufungsbegründung als "vorsorglich" bezeichnet hat. Denn nur bei Unwirksamkeit des Rücktritts war ein Rückgriff auf die primäre Leistungspflicht der Beklagten aus dem Kaufvertrag überhaupt sinnvoll, obwohl er auch dann nicht hätte zum Erfolg führen können, wenn der Erfüllungsanspruch unabhängig von der Wirksamkeit des Rücktritts bereits dadurch erloschen war, daß die Beklagte auf eine ihr ihm Schreiben vom 19. Januar 1982 mit Recht gesetzte, mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Nachfrist nicht reagiert hatte (§ 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB).

2. Über die mit dieser Auslegung verbundene Beschränkung des Hilfsbegehrens hat das Berufungsgericht sich zu Unrecht hinweggesetzt. Es hätte allenfalls erwägen können, ob das Hilfsbegehren in der gestellten Form etwa wegen Verstoßes gegen den

Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Prozeßhandlungen unstatthaft sein könnte. Indessen handelt es sich bei der Verknüpfung von Haupt- und Hilfsantrag im vorliegenden Falle um eine zulässige Art der Klagehäufung. Eine solche (eventuelle) Klagehäufung ist immer dann unbedenklich, wenn die Antragstellung vom Ergebnis der Sachentscheidung des Gerichts über den Hauptanspruch abhängig sein soll (RGZ 144, 71, 72 ff; Zöllner/Stephan, ZPO, 13. Aufl., § 253 Anm. I 1; Merle ZZP 83, 436, 445; Brox, Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, S. 121, 122; Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl., § 260 Anm. 2 c; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 260 II B 2 a; vgl. auch BGHZ 21, 13 f und Senatsurteile vom 17. Juli 1961 - VIII ZR 64/60 = NJW 1961, 1862 LS = JR 1961, 499 = LM § 33 ZPO Nr. 5 und vom 16. Dezember 1964 - VIII ZR 47/63 = NJW 1965, 440 für den Fall einer vom Erfolg der Klage abhängig gemachten Hilfswiderklage; s. jüngst auch zur zulässigen Eventualstellung bei der unselbständigen Anschlußberufung, BGH, Urteil vom 10. November 1983 - VII ZR 72/83, WM 1984, 349, 350 unter I. 3).

Im Umfang des Erkenntnisses über den - von der Revision der Sache nach nicht weiterverfolgten - Hilfsantrag war daher das angefochtene Urteil ersatzlos aufzuheben (§ 564 BGB), ohne daß es einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht bedurfte.

Weil der Erfolg des Rechtsmittels im übrigen von dem Ausgang der weiteren Sachprüfung durch das Berufungsgericht abhängt, war diesem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Paulusch

Groß