

= 12

Für das Nachschlagewerk !

2340 018

Nicht für die Amtliche Sammlung !

---

Gesetz: GVG § 200; ZPO § 223

Rechtssatz: a) Pachtsachen und Klagen auf Feststellung eines Mietverhältnisses sind keine Feriensachen.

b) Ob ein Rechtsstreit Feriensache ist, richtet sich allein nach dem Klagbegehren. Ist er danach keine Feriensache, so wird er es auch nicht dadurch, daß mit der Widerklage ein Anspruch geltend gemacht wird, der als Klageanspruch den Rechtsstreit zur Feriensache bestimmen würde.

Aktenzeichen: VIII ZR 39/57

Urt. des BGH v. 28. Januar 1958

OLG Frankfurt a.M.

VIII ZR 39/57

Verkündet am 28. Januar 1958  
[REDACTED], Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Kauffrau Anna B [REDACTED] in F [REDACTED], S [REDACTED]  
straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Witwe Johanna B u [REDACTED] geb. Be [REDACTED] in F [REDACTED],  
Sch [REDACTED] Straße [REDACTED] als Alleinerbin ihres Ehemannes,  
des Gastwirtes Friedrich Bu [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 14. Januar 1958 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Artl,  
Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zi-  
vilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom  
17. Januar 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entschei-  
dung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch  
die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens  
übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der im Laufe des Revisionsverfahrens verstorbene ursprüngliche Beklagte, der Gastwirt Bu (Erblasser), der von seiner Ehefrau, der jetzigen Beklagten, allein beerbt worden ist, war Eigentümer eines Lichtspieltheaters. Dieses Theater war an eine Ehefrau W verpachtet, welche in Konkurs geriet. Das Konkursverfahren wurde mangels Masse eingestellt. Die Klägerin hatte mit Frau W einen als Vorvertrag bezeichneten schriftlichen Vertrag vom 19. Januar 1953 abgeschlossen, nach welchem sie das Kino von ihr (unter-) pachten sollte. Sie hat an Frau W einen Teilbetrag von 30 000,- DM gezahlt und von ihr das Theater übergeben erhalten, das sie seitdem betreibt. Der Erblasser hat den Vertrag der Klägerin mit Frau W, der von seiner Genehmigung abhängig war, nicht genehmigt.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe im Jahre 1953 mit dem Vertreter des Erblassers, dem inzwischen ebenfalls verstorbenen Rechtsanwalt Dr. de la F, einen mündlichen "Mietvertrag" über das Lichtspieltheater für die Dauer von fünf Jahren mit einem Optionsrecht für weitere zehn Jahre abgeschlossen. Außerdem sei ein Vorvertrag zustandegekommen, welcher den Abschluß dieses "Mietvertrages" zum Gegenstand gehabt habe. Es sei zwar eine schriftliche Niederlegung des Mietvertrages vereinbart worden, jedoch sei es dazu nicht gekommen; denn der Vertreter des Erblassers habe erklärt, die Beurkundung sei nur eine Formsache, der Vertrag sei ohnedies für die Parteien verbindlich. Als sie, die Klägerin, auf die Formvorschrift des § 566 BGB hingewiesen habe, sei vereinbart worden, die Beurkundung solle erst stattfinden, wenn die Bereicherungsansprüche der Vorpächterin W (aus dem Aufbau des Kinos) festständen. Das sei bis jetzt nicht der Fall. Der Erblasser der Beklagten habe zwar den Mietvertrag am 11. Januar 1954 gekündigt. Diese Kündigung sei jedoch unwirksam, weil der Vertrag auf die angegebene Zeit abgeschlossen und die Berufung auf die Formnichtigkeit arglistig sei.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Die Klägerin hat Feststellung begehrt, daß zwischen den Parteien ein Mietvertrag über das Kino Sch[REDACTED] Straße [REDACTED] in F[REDACTED] bestehe und daß dem Vermieter ein Kündigungsrecht zu einem früheren Termin als dem 30. April 1958 nicht zustehe

Der Erblasser der Beklagten hat bereits im ersten Rechtszuge im Wege der Widerklage Verurteilung der Klägerin zur Herausgabe des Grundstücks (Lichtspieltheaters) mit allen Räumen und Nebenräumen beantragt. Er hat sowohl den Abschluß eines Mietvertrages und Vorvertrages als auch die Vollmacht seines Vertreters zu einem solchen Vertragsabschluß bestritten. Er hat sich auch darauf berufen, der Vertrag sei von ihm vorsorglich gekündigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Räumungswiderklage stattgegeben. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit ihrer Revision erstrebt sie Feststellung nach ihren Klaganträgen und Abweisung der Widerklage. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels, in erster Linie mit der Maßgabe, daß die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil als unzulässig verworfen wird.

#### Entscheidungsgründe:

##### A. Zulässigkeit der Berufung.

I. Diese ist als Prozeßvoraussetzung, von der das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung der Berufung, also auch noch das Verfahren des Revisionsrechtszuges in seiner Gültigkeit und Rechtswirkung abhängt, auch vom Revisionsgericht noch von Amts wegen zu prüfen. Dabei hat es den für die Frage der Zulässigkeit der Berufung maßgebenden Sachverhalt selbständig festzustellen und zu würdigen, ohne an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden zu sein (RGZ 159, 83, 84; BGHZ 6, 369, 370).

. II. Die hier von der Revisionsbeklagten gegen die Zulässigkeit der Berufung erhobenen Bedenken greifen jedoch im Ergebnis nicht durch.

Die am 20. Juni 1956 eingelegte Berufung ist zwar erst am 11. September 1956 begründet worden. Das war jedoch noch rechtzeitig, weil es sich bei dem Rechtsstreit nicht um eine Feriensache im Sinne von § 200 Abs. 2 Nr. 4 GVG gehandelt hat, so daß der Lauf der Berufungsbegründungsfrist, die keine Notfrist ist, während der Gerichtsferien gehemmt war (§§ 223, 519 ZPO).

1) § 200 Abs. 2 Nr. 4 GVG, nach dem bestimmte Streitigkeiten zwischen einem Vermieter und einem Mieter kraft Gesetzes Feriensachen sind, findet nämlich auf Pachtstreitigkeiten nach einhelliger Meinung keine Anwendung (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 1 Anm. II 2 a, Note 27; Baumbach-Leuterbach ZPO 25. Aufl. § 200 GVG Anm. 4; Wieczorek ZPO Band V § 200 GVG Anm. D I a Nr. 4, Zöllner, ZPO, 8. Aufl. § 200 GVG Anm. 2 b, Rosenberg, Lehrbuch 7. Aufl. § 24 II 2 b, OLG (München) 29, 77). Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Miete gemäß § 581 BGB bezieht sich nur auf die sachlichrechtlichen des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst, aber nicht auf die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kommt aber, wenn überhaupt ein Rechtsverhältnis bestanden hat, nach dem der Erblasser zur Gebrauchsüberlassung an die Klägerin verpflichtet war, nur ein Pachtverhältnis in Betracht, weil Gegenstand des Vertrages nicht die Überlassung leerer Räume gewesen ist, sondern die eines voll eingerichteten und ausgestatteten Lichtspieltheaters, das geeignet ist, als unmittelbare Quelle für Erträgnisse zu dienen (BUS 4). In diesem Falle liegt Pacht vor (Palandt BGB 16. Aufl. Einf. vor § 535 Anm. 1 B a, aa mit weiteren Nachweisen).

Die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß es sich um einen Pachtvertrag handelte, werden von der Beklagten angegriffen. Soweit sie in diesem Zusammenhang darauf verweist, die Klägerin habe ebenso wie der Erblasser in den früheren Schriftwechsel immer nur von Miete und Mietvertrag gesprochen und die Klage habe sich ausdrücklich auf die Feststellung gerichtet, daß ein Mietvertrag bestehe, ist das allerdings unerheblich; denn für die rechtliche Einordnung eines Vertrages ist es nicht entscheidend, wie ihn die Parteien bezeichnet haben. Der Klageantrag müßte entsprechend umgedeutet werden; denn der Klägerin kam es mit ihrer Klage nicht darauf an, gerade einen Mietvertrag festgestellt zu sehen, sondern, wie das Berufungsgericht angenommen hat, überhaupt einen Vertrag, der den Erblasser verpflichtete, ihr das Kino zu überlassen und zu belassen, mag sich dieser Vertrag nun rechtlich als Miet- oder als Pachtvertrag darstellen.

Die Revisionsbeklagte meint, ihr Erblasser habe der Klägerin überhaupt kein eingerichtetes Kino verpachtet, sondern habe ihr nur die leeren Räume vermieten können, weil er nach seinem eigenen Vertrag mit Frau W. nicht Eigentümer der Kinoeinrichtung gewesen, Frau W. vielmehr Eigentümerin sowohl des Kinoinventares als auch des Kinogebäudes, das sie selbst habe errichten und einrichten müssen, geworden und geblieben sei. Ob das zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Der Rechtsstreit ist nämlich, auch wenn es sich um ein Mietverhältnis handeln sollte, aus anderen Gründen nicht als Feriensache anzusehen.

2) Die Klage war hier auf Feststellung des Bestehens des Mietverhältnisses als ganzem gerichtet. Das ist jedoch nach dem klaren Wortlaut des § 200 Abs. 2 Nr. 4 GVG, der insoweit wörtlich mit dem die sechliche Zuständigkeit des Amtsgerichts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten regelnden § 23 Nr. 2 Buchstabe a GVG übereinstimmt, keine Streitigkeit zwischen dem

Vermieter und dem Mieter "wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung"; denn durch eine solche Feststellungsklage wird noch nicht unmittelbar die Pflicht zur Überlassung, Benutzung und Räumung der richterlichen Entscheidung unterbreitet. Inso- weit besteht auch in Rechtsprechung und Schrifttum Übereinstim- mung. (RG SeuffArch 46, 207; OLG Frankfurt SeuffArch 48, 338; OLG Köln JW 1929, 3258; Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 1 Anm. II 2 a, Baumbach-Lauterbach ZPO 25. Aufl. zu § 23 GVG Anm. 4 C, Zöllner, ZPO, 8. Aufl. zu § 23 GVG Anm. 3 zu Nr. 2 a; Wicczorek ZPO V Band § 23 GVG Anm. B III a 2). Soweit sich die hier angezogenen Entscheidungen und Schrifttumsstellen auf die amtsgerichtliche Zuständigkeit (§ 23 GVG) beziehen, tref- fen sie auch auf die im Wortlaut gleiche Vorschrift des § 200 Abs. 2 Nr. 4 GVG zu. Amtsgerichtliche Zuständigkeit und Eigen- schaft als Feriensache sollten in diesem Punkte ersichtlich übereinstimmend geregelt werden. Die für Streitigkeiten wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung unwiderlegbare Vermutung der Eilbedürftigkeit ist im übrigen bei einer das Mietverhält- nis als solches betreffenden Feststellungsklage nicht ohne weiteres gegeben.

3) Es bleibt zu prüfen, ob durch die Erhebung der Wider- klage auf Räumung der ganze Rechtsstreit Feriensache geworden ist oder ob der Rechtsstreit wenigstens hinsichtlich der Widerklage als Feriensache behandelt werden muß, vorausge- setzt, daß es sich bei ihr um eine solche handelt.

a) Für die hier angedeutete Spaltung des Verfahrens dahin, daß es in einem solchen Falle wegen der Klage Nichtferiensache und wegen der Widerklage Feriensache sei, tritt ersichtlich nur Stein-Jonas-Schönke (ZPO 18. Aufl. § 223 Anm. II 1) ein, welcher aaO auch die Auffassung vertritt, daß eine solche Tren- nung ebenfalls erfolgen müsse, wenn Ferien- und Nichtferiensachen in einer Klage verbunden geltend gemacht werden. Darüber daß eine solche Spaltung abzulehnen und daß ein Rechtsstreit nur

einheitlich Ferien- oder Nichtferiensache sein kann, besteht aber sonst Einhelligkeit (RGZ 78, 316, 319; 118, 28, 31; BGHZ 9, 22, 28; Baumbach-Lauterbach ZPO 25. Aufl. GVG § 200 Anm. 1; Wieczorek ZPO Band V GVG § 200 Anm. D I c 1 und andere). Wie das Reichsgericht (RGZ 118, 28, 31, 32) dargelegt hat, würden andernfalls, wenn über die mehreren Ansprüche oder über Klage und Widerklage in einem Urteil entschieden ist, unter Umständen zwei verschiedene Berufungsbegründungsfristen laufen, was als Ergebnis unannehmbar und mit der Prozeßordnung nicht vereinbar ist, wie das Reichsgericht aaO überzeugend ausgeführt hat.

b) Diese eben erörterten Bedenken würden allerdings nicht hindern, einen Rechtsstreit, bei dem nur die Widerklage Feriensache ist, insgesamt als Feriensache zu behandeln (dafür Wieczorek ZPO Band V. § 200 GVG Anm. D I c 2). Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten. Ob eine Sache Feriensache ist oder nicht, ist vielmehr immer und einheitlich nach der Klage zu bestimmen (KG JW 1931, 1106), deren Schicksal die Widerklage teilt. Ebensowenig wie einer Klage, die nach ihrem Inhalt Feriensache ist, diese Eigenschaft dadurch wieder genommen werden kann, daß der Beklagte eine Widerklage erhebt, die keine Feriensache ist (RGZ 118, 28, 34), kann umgekehrt die Klage, die Nichtferiensache ist, durch die Erhebung einer Widerklage, die für sich betrachtet Feriensache wäre, zu einer solchen werden. In diesem Falle ist vielmehr auch die Widerklage als Nichtferiensache zu behandeln (ebenso Zöllner ZPO 8. Aufl. zu GVG § 200 Anm. 2 a; Rosenberg, Lehrbuch 7. Aufl. § 24 II 2 b und KG aaO). Einem Beklagten, der dieses Ergebnis nicht wünscht, muß es überlassen bleiben, von der Erhebung einer solchen Widerklage in einem Rechtsstreit, der der Klage nach nicht Feriensache ist, abzusehen und in einem besonderen Verfahren zu klagen oder den Antrag zu stellen, die Sache mit Rücksicht auf die Eilbedürftigkeit der Widerklage zur Feriensache zu erklären.

4) Nach allem kann an sich dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Widerklage nach der Begründung, die ihr der Erblasser im ersten Rechtszuge gegeben hat, überhaupt um eine Feriensache gehandelt hat. Auch das ist jedoch zu verneinen. Dem Vorbringen im Widerklageschriftsatz vom 19. September 1955 konnte zwar möglicherweise nicht ganz eindeutig entnommen werden, auf welchen Rechtsgrund die Widerklage gestützt werden sollte. In dem Schriftsatz vom 11. Januar 1956 S. 3 hat der Erblasser jedoch ausdrücklich klarstellen lassen, der Herausgabeanspruch werde in erster Linie auf - von Anfang an - rechtlosen Besitz der Klägerin, mithin auf Eigentum des Erblassers, und nur hilfsweise auf (gekündigten) Mietvertrag gestützt. Eine auf Eigentum gestützte Räumungsklage ist aber keine Feriensache. Sie wird auch dann nicht dazu, wenn ihr eine Hilfsbegründung beigelegt wird, die den Rechtsstreit nach § 200 Abs. 2 GVG zur Feriensache machen würde, wenn sie als Alleinbegründung vorgetragen wäre (BGHZ 9, 22 entgegen BGHZ 8, 47).

B.

Die Revision mußte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führen.

I. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum bejaht, die Klägerin habe trotz erhobener Widerklage auf Räumung noch ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung eines Pacht- (oder Miet-)vertrages.

Seine Ausführungen insoweit werden auch von keiner der Parteien angegriffen.

II. Das Berufungsgericht hält jedoch die Feststellungsklage für sachlich unbegründet und die Räumungswiderklage für gerechtfertigt.

1) Es unterstellt zunächst zu Gunsten der Klägerin als richtig, es sei mündlich ein Vertrag des von ihr behaupteten Inhaltes (auf fünf Jahre, mit einem Verlängerungsrecht auf weitere zehn Jahre) im Jahre 1953 abgeschlossen worden. Dieser Vertrag habe, so führt es aus, mangels Schriftform (§§ 581, 566 BGB) als nur für unbestimmte Zeit abgeschlossen gegolten und sei deshalb kündbar gewesen. Durch die unstreitig am 11. Januar 1954 ausgesprochene Kündigung sei er auf jeden Fall im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung beendet gewesen.

Das Berufungsgericht meint hierzu, der Erblasser habe nicht arglistig gehandelt, wenn er sich auf die Nichteinhaltung der Form des § 566 BGB berufen habe. Dazu führt es aus, die Klägerin habe in Kenntnis dieser Gesetzesbestimmung mit seinem Bevollmächtigten einen späteren Zeitpunkt für die Einhaltung der Schriftform vereinbart, nämlich schriftliche Niederlegung des Vertrages erst dann, wenn die Bereicherungsansprüche der Frau W. gegen den Erblasser aus dem Kinoaufbau festständen. Sie habe mithin gewußt, der Pachtvertrag gelte als für unbestimmte Zeit abgeschlossen, wenn der Zeitpunkt für die schriftliche Niederlegung nicht binnen Jahresfrist eintrete und die Schriftform deshalb nicht innerhalb dieser Zeit gewahrt werden könne.

2) Das Berufungsgericht ist weiterhin der Auffassung, die Feststellungsklage sei auch dann nicht begründet, wenn die Parteivereinbarungen lediglich als ein mündlicher Vorvertrag über den Abschluß eines Pachtvertrages anzusehen sein sollten, der, auch wenn er die Verpflichtung zum Abschluß eines Pachtvertrages auf längere Zeit als ein Jahr enthalte, nicht der Schriftform bedürfe. Dazu führt es aus, ein solcher Vertrag ersetze den Pachtvertrag nicht. Solange er nicht abgeschlossen sei, sei die Klage auf Feststellung des Bestehens des Pachtverhältnisses unbegründet.

3) Zur Widerklage legt es dar, diese würde dann keinen Erfolg haben können, wenn ein Vorvertrag bestünde, auf Grund dessen der Erblasser zum Abschluß eines Pachtvertrages mit einer Pachtzeit von fünf Jahren verpflichtet sei. Nach dem eigenen Vortrage der Klägerin bestehe eine solche Verpflichtung jedoch erst dann, wenn die Bereicherungsansprüche der Frau W. festständen. Da dieser Zeitpunkt aber noch nicht eingetreten sei, sei der Erblasser auch noch nicht zum Abschluß des Vertrages verpflichtet gewesen und sein Herausgabeverlangen deshalb gegenwärtig nicht arglistig.

III. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts, insbesondere zur Widerklage, halten schon für sich betrachtet einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es kommt hinzu, daß das angefochtene Urteil dem tatsächlichen Vorbringen der Klägerin nicht voll gerecht geworden ist, wie die Revision mit Recht rügt.

Daß bei einem mündlich abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrag, der für eine längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen worden ist und noch schriftlich niedergelegt werden soll, die Kündigung eines Vertragsteiles für einen früheren Zeitpunkt, als nach dem Vertrage vorgesehen ist, wegen unzulässiger Rechtsausübung nichtig sein kann, hat der Bundesgerichtshof in der von der Revision angezogenen Entscheidung ausgesprochen (Urt. vom 15. April 1955 - V ZR 118/53 - LM BGB § 242 (C a) Nr. 1). In dieser Entscheidung ist zwar zutreffend hervorgehoben, daß bei der Frage, ob gegenüber einer Berufung auf den Formmangel des § 566 BGB unzulässige Rechtsausübung geltend gemacht werden kann, allgemein eine etwas größere Zurückhaltung als sonst geübt werde, weil der Mangel der Schriftform nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, sondern nur zur Umdeutung in einen für unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag führt. Aber auch wenn man von der in der Rechtsprechung sonst entwickelten Formulierung ausgeht,

unzulässige Rechtsausübung sei dann anzunehmen, wenn die Berufung auf den Formmangel oder die Lossagung vom Vertrage nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen, insbesondere dem bisherigen Verhalten des sich lossagenden Teiles mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar sei, d. h. Treu und Glauben widerspreche (RGZ 153, 59; 157, 207, 209; 169, 65, 73; 170, 203, 205; RG JW 1938, 1023; BGHZ 12, 286, 303, 304; 16, 334, 337), so läßt sich das hier für die durch den Erblasser ausgesprochene Kündigung nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts verneinen.

Die Klägerin hatte nicht nur behauptet, der Erblasser habe sie - vertreten durch seinen Anwalt - in den Glauben versetzt, der Vertrag sei auf fünf Jahre mit zweimaligem Optionsrecht fest abgeschlossen und die schriftliche Festlegung sei lediglich eine Formsache und habe mit der Rechtsgültigkeit nichts zu tun (Schriftsatz vom 10. September 1956 S. 3 mit Beweisantritten), sondern weiterhin auch noch, der Anwalt des Erblassers habe ihr erklärt, sie brauche sich keine Sorgen zu machen, er gebe ihr sein Ehrenwort, daß sie endgültig Pächterin sei, er sei bereit, ihr das schriftlich zu geben, und habe sie damit beruhigt, daß er mit ihr eine zusätzliche Vereinbarung dahin getroffen habe, er werde mit ihr den schriftlichen Pachtvertrag zu den "vereinbarten" Bedingungen schließen, "sobald" die Bereicherungsansprüche der Frau W. feststünden (Schriftsatz vom 10. September 1956 S. 4 mit Beweisantritten).

Nach der Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts wie auch des Bundesgerichtshofes ist aber sowohl ein Vorvertrag auf den späteren Abschluß eines schriftlichen Mietvertrages (RGZ 86, 30; 97, 219, 223; BGH Urt. vom 7. Oktober 1953 - VI ZR 20/53 - IM BGB § 566 Nr. 1) als auch im Zusammenhang mit dem mündlichen Abschluß eines Mietvertrages, sei es gleich-

zeitig oder später, eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, dieser Mietvertrag solle noch schriftlich beurkundet werden, rechtlich möglich und auch dann formlos gültig, wenn es sich um einen mehrjährigen Vertrag handelt (RGZ 97, 219, 223; 104, 131; RG JW 1938, 1247, BGH Urt. vom 15. April 1955 - V ZR 118/53 - LM BGB § 242 (C a) Nr. 1 Bl. 2 R). Liegt eine solche Vereinbarung vor, dann kann der Mieter auf Abschluß des schriftlichen Mietvertrages klagen und sich einer vorzeitigen Kündigung gegenüber auf Arglist berufen (BGH aaO Bl. 2 R mit Nachweisen). Hier ist eine solche Klage noch nicht möglich, weil der Zeitpunkt für den Abschluß des schriftlichen Vertrages noch nicht gekommen ist. Dem Berufungsgericht kann aber darin nicht beigetreten werden, daß weder die Kündigung noch das Herausgabeverlangen des Erblassers aus diesem Grunde gegenwärtig nicht arglistig gewesen seien. Ist er dazu verpflichtet gewesen, wovon nach den Unterstellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist, mit der Klägerin einen schriftlichen Vertrag abzuschließen, sobald die Bereicherungsansprüche der Frau W. feststehen, so mußte er ihr auch bis dahin das Kino belassen, und es war deshalb sowohl arglistig, wenn er sich dieser Verpflichtung dadurch entziehen wollte, daß er Herausgabe des Kinos verlangte, um es anderweit zu verpachten, was seine ausgesprochene Absicht gewesen ist, als auch, daß er den mündlichen Vertrag gekündigt hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er den Rechtsstreit mit Frau W. in die Länge gezogen hatte, wofür allerdings kein Anhalt vorliegt. Auch konnte die lange Dauer dieses Rechtsstreits ihm für sich allein noch keinen Grund geben, sich nicht mehr an die getroffenen Abmachungen zu halten.

Die Entscheidung des Rechtsstreites hängt nach allem davon ab, ob, wovon nach den Unterstellungen des Berufungsgerichts und dem nicht berücksichtigten Vortrag der Klägerin

zunächst einmal auszugehen ist, ein Mietvertrag, ein Vorvertrag oder eine Vereinbarung auf Abschluß eines schriftlichen Mietvertrages tatsächlich zustandegekommen sind, was auch voraussetzt, daß der Anwalt des Erblassers, wofür die Klägerin aber ebenfalls Beweis angetreten hatte, dazu Vollmacht gehabt hat.

IV. Das Urteil des Berufungsgerichts läßt sich auch weder mit einer anderen Begründung aufrechterhalten, noch kann das Revisionsgericht sonst abschließend entscheiden.

1) Ein Recht zur Klage auf den Abschluß eines späteren schriftlichen Miet- (oder Pacht)- vertrages würde zwar voraussetzen, daß sich die Klägerin mit dem - dazu bevollmächtigten - Anwalt des Erblassers so weit geeinigt hätte, daß im Streitfall der Inhalt des Vertrages richterlich festgestellt werden könnte (so für Vorverträge RGZ 156, 129, 138; BGH Urt. vom 17. Dezember 1952 - II ZR 19/52 - LM BGB § 705 Nr. 3). Das mag hier zweifelhaft sein, insbesondere auch im Hinblick auf § 154 BGB, läßt sich aber angesichts der weitgehenden Behauptungen der Klägerin ohne weitere tatrichterliche Erörterungen und möglicherweise auch nicht ohne eine weitere Beweisaufnahme abschließend entscheiden.

Einigung über den Pacht- oder Mietgegenstand, die Vertragsdauer und über das Entgelt - die wesentlichsten Merkmale eines Pacht- oder Mietvertrages - lagen - nach den Behauptungen der Klägerin - vor, wenn auch schon im Laufe des Prozesses Streit über die Höhe des Entgeltes im Hinblick darauf bestand, daß die Einrichtung (Maschinerie und Bestuhlung) von Gläubigern der Frau W. beansprucht wurde. Nach ihrem Vortrag, Schriftsatz vom 10. September 1956 S. 2, will es die Klägerin auch übernommen haben, nach Feststellung der Bereicherungsansprüche der Frau W. "diese zu gewissen Bedingungen vorzufinanzieren unter Verrechnung auf die zu zahlende Pacht". Auch darüber

soll eine Einigung erfolgt sein. Einzelheiten sind dazu zwar nicht an dieser Stelle, aber im Schriftsatz vom 30. April 1956 unter II vorgetragen. Dabei mag es sich vielleicht nur um Versuche gehandelt haben, nach der schon Anfang 1954 ausgesprochenen Kündigung doch noch zu einer Einigung insbesondere über die Ablösung dieser Bereicherungsansprüche zu kommen, die in einer noch nicht sicher zu übersehenden Höhe geltend gemacht wurden. Auch das läßt sich jedoch nicht ohne weitere tatrichterliche Erörterungen entscheiden, die das Berufungsgericht vornehmen muß, wobei es u. U. die Klägerin auch zu einer Ergänzung ihres Vorbringens zu veranlassen hat.

2) Das Revisionsgericht vermag auch von sich aus nicht abschließend zu beurteilen, ob die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin zur Räumung auf die Widerklage sich etwa mit der Begründung des landgerichtlichen Urteils hätten aufrechterhalten lassen. Das Landgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen darauf abgestellt, die Klägerin sei mit Pachtzinszahlungen deshalb im Rückstand gewesen, weil sie statt 8 nur 6 % des Umsatzes gezahlt habe. Dazu hat diese jedoch mit Schriftsatz vom 21. Juli 1956 S. 6 behauptet, das träfe nicht zu, weil außer den 6 % an den Erblasser unmittelbar noch 2 % an seinen bevollmächtigten Rechtsanwalt unter Anrechnung auf den Pachtzins zur Verrechnung auf Forderungen des Anwalts gegen den Erblasser, also im Ergebnis doch zu dessen Gunsten, gezahlt worden seien. Das ist nicht aufgeklärt und könnte Verzug ausschließen. Es bedarf noch weiterer tatsächlicher Erörterungen, insbesondere, ob es sich bei diesen 2 % nicht doch um die Zahlung von 2 % der Nettopacht laut Schriftsatz der Klägerin vom 11. Oktober 1955 S. 6 an Rechtsanwalt Dr. de la F. für "Beratung der Klägerin" in der Kinosache handelt. Der Schriftsatz vom 21. Juli 1956 ist nun zwar nur ein Vortrag des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zu einem Antrag des Erblassers

auf Aufhebung des Beschlusses über die Einstellung der Zwangsvollstreckung. Dieser Vortrag ist auch nicht in die Berufungsbegründung vom 10. September 1956 übernommen. Der Schriftsatz ist aber im Tatbestand des angefochtenen Urteils ausdrücklich als sachlicher Parteivortrag der Klägerin in Bezug genommen, so daß im Revisionsverfahren davon auszugehen ist, daß er vorgetragen ist.

V. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Messner