

Verkündet am 4. November 1958  
Alett, Justizobersekretär als  
Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle

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

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Alfred H. [REDACTED] in G. [REDACTED], G. [REDACTED] str. [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Doris H. [REDACTED] geb. L. [REDACTED], daselbst,

Beklagten, Berufungskläger und  
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. den Kaufmann Erwin Sch. [REDACTED] sen. in L. [REDACTED],  
Im H. [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Maria Sch. [REDACTED] geb. H. [REDACTED], daselbst,

Kläger, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 4. November 1958 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter  
Dr. Spieler, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner  
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-  
senats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom  
27. Februar 1958 wird auf Kosten der Beklagten  
mit folgender Einschränkung zurückgewiesen:

Das Urteil der 2. Zivilkammer des Landge-  
richts in Ulm vom 28. Juli 1956 wird im Kosten-  
punkt dahin ergänzt, daß die Kläger die durch  
die Anrufung des Amtsgerichts Göppingen entstan-  
denen Mehrkosten zu tragen haben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks in U [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED], in dem sich das Filmtheater C [REDACTED] mit Nebenräumen und einer Werkswohnung befindet. Dieses Anwesen hatten sie durch notariellen Kaufvertrag vom 7. Dezember 1955 von einer Frau M [REDACTED] für 153 000 DM gekauft. Schon vorher war in Aussicht genommen, das genannte Kinounternehmen langfristig an die Beklagten zu verpachten. Diese waren, weil sie noch mehrere Lichtspieltheater betrieben und in U [REDACTED] keine Konkurrenz aufkommen lassen wollten, am Betrieb des C [REDACTED]theaters interessiert, konnten es jedoch nicht selbst erwerben, weil ihnen hierzu wegen der von ihnen geplanten Errichtung eines neuen Filmtheaters in S [REDACTED] [REDACTED] die erforderlichen Geldmittel fehlten. Bei Abschluß des Kaufvertrages vom 7. Dezember 1955 waren die Beklagten zugegen. Im § 12 dieses Vertrages heißt es, die Käufer (Kläger) räumen den Eheleuten H [REDACTED] (Beklagten) an dem Kaufgrundstück ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle ein. Gleichzeitig ist, dieses Vorkaufsrecht ins Grundbuch einzutragen, bewilligt und beantragt. Kurze Zeit später verpachteten ihnen die Kläger und ihr Sohn Erwin Sch [REDACTED] durch privatschriftlichen Vertrag vom 12. Dezember 1955 das C [REDACTED] Filmtheater mit den dazu gehörenden Nebenräumen einschließlich Wohnung (§ 1) auf die Dauer von fünfzehn Jahren mit Verlängerungsklausel (§ 2). Im § 6 ist vereinbart:

Die Verpächter geben hiermit dem Pächter das Vorkaufs- und Vorpachtrecht auf ihr U [REDACTED] Unternehmen (dies gilt auch für die Rechtsnachfolger der Verpächter). Des weiteren verpflichten sie sich, eine etwaige Teilhaberschaft oder Geschäftsführung ebenfalls dem Pächter zuerst anzubieten. Die Verpächter erhalten von dem Pächter das Vorkaufsrecht auf ihr G [REDACTED] Unternehmen, jedoch erst nach dem bereits vorhandenen Vorkaufsberechtigten Herrn Max B [REDACTED], G [REDACTED], der stiller Gesellschafter des G [REDACTED] Unternehmens ist.

- 3 -

Wegen des Pachtzinses heißt es im § 3 des Vertrages, die Verpächter hätten für das C in U rund 170 000 DM aufgewandt; der von den Pächtern in S beabsichtigte Neubau werde einschließlich aller Grunderwerbssteuern und Baukosten auf etwa 380 000 DM kommen, so daß insgesamt für S und U etwa 550 000 DM aufgewandt werden würden. Die Pacht für das C-theater in U solle in Prozenten vom Reingewinn beider Betriebe (S/U) den Anteil betragen, wie die 170 000 DM im Verhältnis zum Gesamtaufwand (hier angenommen 550 000 DM) stehen, also 30,9 %. Der endgültige Prozentsatz solle nach Fertigstellung und Abrechnung des G Unternehmens errechnet und dann den Verpächtern mitgeteilt werden. Unter Reingewinn sei der steuerliche Gewinn aus Gewerbebetrieb (nach Abzug sämtlicher Unkosten) zu verstehen. Von der dann zu leistenden Pacht seien die Pächter berechtigt, sich jährlich 4 000 DM in Abzug zu bringen. Sollte ein Betrieb Gewinn und der andere Verlust aufweisen, so erfolge die Errechnung der Pacht nach Aufrechnung des Verlustes mit dem Gewinn. Hätten beide Betriebe Verlust, so könne dieser bei Eintreten eines späteren Gewinnes von diesem in Abzug gebracht werden. Bis zur Eröffnung des S Betriebes sollten die Verpächter den 100 %igen Reingewinn in U -gekürzt um einen monatlichen Betrag von 350 DM- erhalten.

Dem Pachtvertrag entsprechend überließen die Kläger den Beklagten das C-Filmtheater zum Betrieb. Nachdem diese in S das C-Filmtheater im Juni 1956 fertiggestellt und in Betrieb genommen hatten, kam es wegen der Höhe des von ihnen nach § 3 des Pachtvertrages für das C-Theater zu zahlenden Pachtzinses zu Meinungsverschiedenheiten. Bei einer Aussprache am 28. August 1956 teilten die Beklagten mit, ihr Theater in C sei um etwa 50 000 DM teurer geworden, als man nach dem Vertrage vorgesehen habe. Es besteht darüber Streit, was bei dieser Gelegenheit sonst besprochen ist.



Die Kläger behaupten, die Beklagten hätten Lösung des Vertrages vorgeschlagen und sie selbst hätten sich ihre Stellungnahme noch vorbehalten. Am 18. September 1956 schrieb ihr Sohn den Beklagten, er möchte sie im Auftrage der Kläger benachrichtigen, sie seien mit der Lösung der vertraglichen Beziehungen einverstanden und würden das C-Filmtheater zum 1. Oktober 1956, der klareren Trennung wegen ab 28. September 1956 in eigene Regie übernehmen. Die Beklagten antworteten am 19. September 1956, die Kläger hätten bei der früheren Besprechung schließlich selbst gesagt, es bleibe bei den bisherigen Abmachungen und lehnten eine Kinoübergabe ab.

Schließlich erhoben die Kläger im Februar 1957 beim Amtsgericht in Göppingen Räumungsklage. Durch Beschluß vom 21. März 1957 ist der Rechtsstreit wegen sachlicher Unzuständigkeit des Amtsgerichts an das Landgericht in Ulm verwiesen.

Die Klage ist in erster Linie auf Nichtigkeit des ganzen Pachtvertrages gestützt, weil die im § 6 des Vertrages vereinbarte Einräumung eines Vorkaufsrechtes für die Kläger an dem C-Unternehmen, womit auch das Grundstück gemeint gewesen sei, mangels Einhaltung der Form des § 313 BGB nicht rechtswirksam zustandegekommen sei und diese Unwirksamkeit die des ganzen Pachtvertrages nach sich gezogen habe. Hilfsweise ist geltend gemacht, der Vertrag sei in beiderseitigem Einvernehmen bei der Besprechung am 28. August 1956 in Verbindung mit dem Schreiben des Sohnes des Klägers vom 18. September 1956 aufgelöst oder infolge fristloser Kündigung der Kläger aus wichtigem Grunde beendet. Diese Kündigung ist im Laufe des Rechtsstreites auch darauf gestützt, die Beklagten hätten die Kläger sowohl sonst als auch bei ihrer Abrechnung (Schreiben vom 31. März 1957) zu übervorteilen gesucht, u.a., indem sie durch außerordentlich hohe Abschreibungen auf ihr Kino

in G. für beide Kinos für die Zeit vom 15. Juni 1956 bis 31. Dezember 1956 einen Verlust errechnet hätten, so daß sie, die Kläger, (nach § 3 des Vertrages) für das C. Lichtspieltheater - u.U. jahrelang - keine Pacht bekommen würden. Sie sind der Auffassung, bei einer solchen Auslegung des Vertrages, wie sie die Beklagten vornehmen, sei dieser auch wegen sittenwidriger Übervorteilung der Kläger nichtig.

Die Beklagten sind dem Vorbringen der Kläger entgegengetreten. Das Landgericht hat sie antragsgemäß zur Räumung des Kinos mit Nebenräumen einschließlich Werkswohnung verurteilt. Ihre Berufung war erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, erstreben die Beklagten Abweisung der Klage.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision kann mit Ausnahme einer vorzunehmenden Ergänzung des landgerichtlichen Urteils im Kostenpunkt keinen Erfolg haben.

##### A.

Das Berufungsgericht läßt unerörtert, welche Bedeutung der Tatsache zukommt, daß in dem Pachtvertrag vom 12. Dezember 1955 als Verpächter neben den Klägern auch ihr Sohn Erwin Sch. aufgeführt ist. Für die Sachlegitimation der Kläger ist diese Tatsache jedenfalls unerheblich. Soweit sie Ansprüche aus dem Pachtvertrag geltend machen, muß davon ausgegangen werden, daß dies im Einverständnis ihres im Prozeß als Zeuge vernommenen Sohnes geschieht. Ansprüche aus Eigentum können sie bei Nichtigkeit des Pachtvertrages sowieso allein geltend machen, weil nur sie eingetragene Eigentümer des verpachteten Kinogrundstücks sind.

B. (Zur Nichtigkeit des Vertrages).

I. 1.) Das Berufungsgericht geht davon aus, das Verpflichtungsgeschäft zur Einräumung eines dinglichen, aber auch zu der eines persönlichen Vorkaufsrechtes an einem Grundstück bedürfe gemäß § 313 BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH Urt. vom 27. September 1951 I ZR 85/50 - LM BGB§581 Nr. 2 unter I 2 b und Urteile des erkennenden Senats vom 5. Februar 1957 - VIII ZR 27/56 S. 7 und 29. April 1958 - VIII ZR 104/57 S. 4 mit Nachweisen aus der entsprechenden Rechtsprechung des Reichsgerichts).

2.) Der § 6 Satz 3 des Pachtvertrages wird vom Berufungsgericht dahin ausgelegt, die Beklagten hätten sich darin verpflichtet, den Klägern an ihrem G. Unternehmen, worunter auch das Grundstück einschließlich des Hauses, in dem das dortige Kino betrieben werde, zu verstehen sei, ein Vorkaufsrecht einzuräumen. Der Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung (§§ 125, 313 BGB) entnimmt es die des ganzen Vertrages (§ 139 BGB). Es sieht nicht als erwiesen an, die Kläger würden den Pachtvertrag ohne die nichtige Bestimmung über das Grundstücks-Vorkaufsrecht abgeschlossen haben (§ 139 BGB) und hält auch eine Umdeutung (§ 140 BGB) der unwirksamen Vereinbarung über dieses Vorkaufsrecht in die eines Vorkaufs- und Vorpachtrechtes nur am Kinounternehmen (ohne Grundstück) nicht für angängig.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts haben die Auslegung eines Individualvertrages zum Gegenstand und bewe-

gen sich auch weitgehend auf tatsächlichem Gebiete. Sie sind daher der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur beschränkt zugänglich. Einen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten lassen sie nicht erkennen. Sie halten auch gegenüber den von der Revision aus §§ 139, 286 ZPO erhobenen Verfahrensrügen einer Nachprüfung stand. Diese rügt zwar auch Verletzung des materiellen Rechts, insbesondere der Vorschriften der §§ 125, 129, 133, 157, 212, 308, 313, 513 BGB. Ihre Rügen kommen aber im Ergebnis weitgehend auf eine dem Revisionsgericht versagte anderweite tatsächliche Würdigung des dem Berufungsgericht unterbreiteten Sachverhaltes hinaus.

1.) Bei seiner von der Revision angegriffenen Auslegung des § 6 Satz 3 des Pachtvertrages ist das Berufungsgericht vom Wortlaut ausgegangen, nach dem die Kläger ein Vorkaufsrecht an dem G [REDACTED] "Unternehmen" der Beklagten erhalten sollten. Es vertritt die Auffassung, damit hätten die Parteien das Kinunternehmen einschließlich des Grundstücks gemeint. Dazu führt es zunächst aus, die Kläger hätten dem Begriff Unternehmen nur diese Bedeutung beigemessen, sie hätten aber auch nichts anderes darunter verstehen können. Es stellt auch ausdrücklich fest, daß den Beklagten erkennbar war, die Kläger hätten ihre, der Beklagten, Erklärung der Einräumung eines Vorkaufsrechtes nur als die Bestellung eines solchen auch am Grundstück auffassen können.

a) Die Revision meint, der vom Berufungsgericht aus dem Kaufvertrag vom 7. Dezember 1955 auf den Pachtvertrag vom 12. Dezember 1955 gezogene Schluß sei "logisch falsch". Dem ist nicht zu folgen. Wenn das Berufungsgericht ausführt, eine getrennte Betrachtung und Auslegung des Kaufvertrages und des Pachtvertrages sei (hier) nicht möglich, weil es der Natur der Dinge entspreche, daß Parteien, wenn sie sich gegen-

seitig Vorkaufsrechte bestellen, in beiden Fällen die gleichen Vorkaufsrechte im Auge hätten, so hält es sich damit im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens. Soweit die Revision glaubt, es sei kein Grund ersichtlich, warum nicht das in einem Grundstückskaufvertrag in notarieller Form vereinbarte Vorkaufsrecht am Grundstück einen anderen Gegenstand zum Inhalt haben sollte, als das mit dem Pachtvertrag verbundene Vorkaufsrecht an einem anderen Unternehmen, so mag das in anderen Fällen zutreffen. Die Revision beachtet hier aber nicht hinreichend, daß das Berufungsgericht diesen besonderen Grund in dem unstreitigen ausdrücklichen Verlangen des Sohnes der Kläger erblickt hat, die Beklagten sollten diesen ebenfalls ein solches Recht, wie es ihnen, den Beklagten, im Verträge vom 7. Dezember 1955 eingeräumt worden war, d.h. ein Vorkaufsrecht am Grundstück, gewähren. Es war jedenfalls auch insoweit Sache der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts, wenn es feststellt, daß eindeutig - und damit für die Beklagten erkennbar - die Bestellung eines Vorkaufsrechts am Grundstück gemeint gewesen ist.

b) Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, wie die Revision meint, daraus, daß für den stillen Gesellschafter B. kein Vorkaufsrecht an einem Grundstück der Beklagten, sondern nur an ihren Gesellschaftsanteilen bestellt worden war, Schlüsse zu ihren Gunsten zu ziehen, insbesondere nicht dahin, sie selbst könnten das Vorkaufsrecht im § 6 Satz 3 des Vertrages nur auf ihr Unternehmen (ohne ihr Grundstück) bezogen haben. Es hat den entsprechenden Vortrag im Schriftsatz der Beklagten vom 21. November 1957 nicht übersehen, sondern ausdrücklich, allerdings anders, als die Revision ihn gewertet wissen möchte, gewürdigt. Es hält ihn für unerheblich, weil die Beklagten die Kläger nicht über die

Art des Vorkaufsrechts des Gesellschafters B. aufgeklärt haben, so daß letztere von einem Vorkaufsrecht an dem G. Grundstück der Beklagten hätten ausgehen müssen. Darin in Verbindung mit dem vom Berufungsgericht festgestellten eindeutigen Verlangen der Bestellung eines entsprechenden Vorkaufsrechts liegt die Feststellung, daß die Beklagten auch erkannt haben, worauf es den Klägern allein ankam.

c) Nach allem liegt kein Anhalt dafür vor, daß die Kläger, wie die Revision meint, den Begriff "Unternehmen" anders verstanden haben, wie er hier nach den Erklärungen der Beklagten verstanden werden mußte. Das Berufungsgericht hat im Gegenteil Übereinstimmung der beiderseitigen Erklärungen festgestellt und in diesem Zusammenhang auch ohne Rechtsirrtum verwertet, zu einem Unternehmen gehöre grundsätzlich alles, was zur Führung des Geschäftes erforderlich sei, auch die Geschäftsräume und die Gebäude, in denen sie sich befinden, samt den Grundstücken.

d) Nicht zu folgen ist auch der Auffassung der Revision, ein "zweitrangiges Vorkaufsrecht", wie es den Klägern nach dem Vertrage vom 12. Dezember 1955 nach dem stillen Gesellschafter der Beklagten B. habe zustehen sollen, sei von vornherein "rechtlich unmöglich" gewesen. Letzteres folgt weder aus § 513 BGB, wie die Revision meint, noch aus dieser Bestimmung in Verbindung mit § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es heißt im § 513 Satz 1 BGB zwar, ein mehreren gemeinschaftlich zustehendes Vorkaufsrecht könne nur im ganzen ausgeübt werden. Ein solches Vorkaufsrecht kann den mehreren Vorkaufsberechtigten auch nur insgesamt, nicht in Bruchteilsgemeinschaft zustehen (KG JFG 6, 292). Hier kommt jedoch ein solches Recht nicht in Betracht; denn das hier vereinbarte Vorkaufsrecht sollte jedem (den Klägern einerseits und B.)

andererseits) für sich allein zustehen. Es handelte sich also um mehrere (selbständige) Vorkaufsrechte. Da diese naturgemäß nicht nebeneinander ausgeübt werden können, mußte eine Reihenfolge in der Ausübbarkeit festgesetzt werden, wozu schon das Rangverhältnis der Rechte nacheinander genügte (KG aaO S. 293; vgl. auch KG OLG 43, 219 über die Begründung von zwei Vorkaufsrechten). Die Kläger konnten ihr Vorkaufsrecht zwar dann nicht ausüben, wenn B. auf seinem Vorrecht bestand. Trotzdem hatte auch ein zweitrangiges Vorkaufsrecht, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, für sie Sinn, weil es bei der fünfzehnjährigen Dauer des Pachtvertrages nicht ausgeschlossen war, daß Bayer als erster Vorkaufsberechtigter ohne Ausübung seines Rechtes ausschied, sei es, daß er es im Einzelfall nicht ausübte, sei es, daß es überhaupt erlosch.

Schon aus diesen Gründen kommt es nicht darauf an, ob die Schlußfolgerungen, die die Revision daraus ziehen zu können glaubt, daß der Vertrag auf eine "unmögliche Leistung" im Sinne von § 308 BGB gerichtet gewesen sei, richtig sind oder nicht, ganz abgesehen davon, daß für B. überhaupt kein Vorkaufsrecht bestand, das mit dem der Kläger hätte in Widerstreit treten können.

2.) Auch soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Frage, ob der Pachtvertrag vom 12. Dezember 1955 nicht ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde (§ 139 BGB), nicht verneinen dürfen, kann sie keinen Erfolg haben.

a) Es ist ihr zwar zuzugeben, daß mit der Berufung auf die Nichtigkeit eines Miet- oder Pachtvertrages lediglich wegen der rechtsunwirksamen Vereinbarung eines Vorkaufs-

rechts leicht Mißbrauch getrieben werden kann und daß es deshalb - abgesehen von der noch besonders zu behandelnden Frage der unzulässigen Rechtsausübung im Einzelfall - geboten ist, jeweils besonders sorgfältig zu prüfen, ob nicht doch eine Ausnahme von der Regel des § 139 BGB anzunehmen ist. Es kann jedoch ein allgemeiner Satz des Inhalts, im Zweifel handle es sich bei der Vereinbarung eines solchen Vorkaufsrechts um eine Bestimmung von nur untergeordneter Bedeutung, und es stehe damit fest, die Parteien hätten den Bestand des Geschäfts nicht von diesem Teil abhängig machen wollen, nicht anerkannt werden.

Zwar hat das Reichsgericht (RGZ 118, 218, 222) ausgeführt, es sei davon auszugehen, der Erklärende (bei einem Vertrag beide Beteiligte) hätte seine Entscheidung in vernünftiger Abwägung der in Betracht kommenden Verhältnisse getroffen, er würde insbesondere an der Nichtigkeit eines nur unwesentlichen Teiles die Wirksamkeit des ganzen Geschäftes regelmäßig nicht haben scheitern lassen. Bei dem am 20. 1. 1900 vom Reichsgericht entschiedenen Fall handelte es sich jedoch nicht um ein Vorkaufsrecht, sondern um einen anderen Sachverhalt, auf dessen besondere Eigenart die Entscheidung abgestellt ist. Auch bei einem Vorkaufsrecht in einem Miet- oder Pachtvertrag kommt es immer auf den Einzelfall an. Die Übernahme einer entsprechenden Verpflichtung kann jedenfalls nicht von vornherein als unwesentlich angesehen werden. Es ist vielmehr auch in solchen Fällen in der Regel von der Nichtigkeit des ganzen Vertrages auszugehen (RGZ 91, 359, 361 gerade für ein Vorkaufsrecht). Der mutmaßliche Wille beider Geschäftspartner (RGZ 99, 52, 55) muß festgestellt werden, und es bleibt auch bei der allgemein gültigen Beweislastregel, daß derjenige, der sich auf die Gültigkeit des Vertrages beruft, für die Umstände beweispflichtig ist, welche die Ausnahme einer nur teilweisen Nichtigkeit dartun sollen (RGZ 141, 104, 109).

b) Das Berufungsgericht hat die eben erörterten Rechtsgrundsätze beachtet, wenn es ausführt, es möge zwar auf Seiten der Beklagten zutreffen, daß durch den Wegfall des Vorkaufsrechts ihre eigenen Interessen nicht erheblich berührt würden und daß, was diese anbelange, der Sinn und Zweck des Vertrages auch ohne diesen nichtigen Teil verwirklicht werden könne. Es ist aber aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn es zu dem Ergebnis gekommen ist, für die Kläger treffe das nicht zu, weil dem von ihnen den Beklagten eingeräumten Recht auf den Erwerb des (= ihres, der Kläger) Grundstücks nicht Gleichwertiges gegenüberstehe; denn das Recht, den Betrieb ohne das Grundstück zu erwerben, sei nicht so wertvoll. Es kommt hinzu, daß es in dem Zusammenhang, in dem es eine Umdeutung der unwirksamen Vereinbarung eines Vorkaufsrechts in die eines Vorkaufs- und Vorpachtrechtes an dem G. Kinunternehmen der Beklagten abgelehnt hat, ausdrücklich festgestellt hat, die Kläger wären nicht etwa lediglich an der Erlangung eines Kinobetriebes, sondern in erster Linie an der rechtlich gesicherten Aussicht, das Grundstück in G. einmal als Eigentümer zu erwerben, interessiert gewesen. In der gleichen Richtung liegen seine Ausführungen, es sei nicht anzunehmen, die Kläger würden sich, nachdem sie den Beklagten an ihrem Grundstück in U. ein rechtswirksames Vorkaufsrecht eingeräumt hatten, lediglich mit dem Vorrecht auf eine Betriebsübernahme ohne Vorkaufsrecht an dem zugehörigen Grundstück begnügt haben. Das sind ebenso Erwägungen tatsächlicher Art wie seine weiteren Ausführungen zur Umdeutung des Vertrages, die auch im Rahmen von § 139 BGB von Bedeutung sind, nämlich: "Da die Kläger keine Kinounternehmer seien, von einem Kinobetrieb auch nur wenig verstanden, vielmehr eine sichere und lukrative Kapitalsanlage erstrebt hätten, habe ein Verzicht auf das Grundstücksvorkaufsrecht und die Beschränkung auf das Vorrecht zum Kauf des Kino-

betriebes den den Beklagten bekannten Interessen der Kläger nicht entsprochen". Darin liegt übrigens erneut die Feststellung, daß die Beklagten wußten, worauf es den Klägern ankam.

c) Keinen Erfolg kann die Revision auch mit den hier noch erhobenen Einzelangriffen, insbesondere aus § 286 ZPO, haben.

aa) Für die Frage, ob der Abschluß des Geschäfts auch ohne den nichtigen Teil dem mutmaßlichen Willen der Kläger entsprach, kommt es auf den Zeitpunkt seines Abschlusses an. Das Berufungsgericht war nun nicht gehalten, aus der nachträglichen Ablehnung der angebotenen formgerechten Bewilligung eines entsprechenden Vorkaufsrechts einen Rückschluß dahin zu ziehen, diesen wäre es von Anfang an auf ein Vorkaufsrecht am Grundstück überhaupt nicht angekommen.

bb) Ebensowenig war das Berufungsgericht gezwungen, aus der Bestimmung des § 12 des Kaufvertrages einen Rückschluß auf die Bedeutungslosigkeit der Vorkaufsklausel zu ziehen. Es liegt einmal nahe, daß die Parteien nicht ernstlich damit gerechnet haben, es würde in S. [REDACTED] zu Baugenehmigungsschwierigkeiten kommen; denn es heißt aaO, sollten "wider Erwarten" solche auftreten. Im übrigen sollte alsdann der Vertrag "volle Gültigkeit" behalten und auf das dann folgende neue Unternehmen der Beklagten angewandt werden, d.h. einschließlich des Grundstücksvorkaufsrechtes.

cc) Das Berufungsgericht sieht den Beweis dafür, daß den Klägern das Formerfordernis für die wirksame Bestellung eines Vorkaufsrechts (richtiger: für die Übernahme der Verpflichtung dazu) bekannt gewesen ist, nicht als erbracht an. Es brauchte sich deshalb auch nicht mit der Frage auseinander-

zusetzen, ob dadurch allein schon die Anwendung des § 139 BGB ausgeschlossen wäre (RGZ 122, 138, 140 ff). Auch § 286 ZPO hat es in diesem Zusammenhang nicht verletzt, wie die Revision meint. Die Beklagten hatten zwar durch Bezugnahme auf das Zeugnis des Rechtsanwalts und Notars Dr. T. in ihrem Schriftsatz vom 10. Mai 1957 und auch in der Berufungsbegründung vom 30. September 1957 Beweis dafür angetreten, Dr. T. habe anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages am 7. Dezember 1955 beide Parteien darauf aufmerksam gemacht, die Einräumung eines Vorkaufsrechtes in Bezug auf ein Grundstück bedürfe der notariellen Beurkundung. Daraufhin hat das Berufungsgericht jedoch gemäß Beweisbeschluß vom 3. Januar 1958 Beweiserhebung durch Vernehmung des Genannten darüber angeordnet, "was anlässlich des von ihm beurkundeten Grundstückskaufvertrages vom 7. Dezember 1955 mit den Parteien des vorliegenden Rechtsstreites bezüglich der Bestellung von Vorkaufsrechten besprochen worden ist". Damit war dem Beweisantrag hinreichend Rechnung getragen. Dr. T. ist auch im Schlußverhandlungstermin am 10. Februar 1958 als Zeuge vernommen, hat allerdings nichts darüber gesagt, ob er die Parteien über die Formbedürftigkeit belehrt hat, soweit sich nicht etwa seine Erklärung, "er könne sich nicht entsinnen, daß damals davon gesprochen wurde, als Gegenstück für das Vorkaufsrecht der Beklagten solle den Klägern am Grundstück der Beklagten auch ein Vorrecht eingeräumt werden", auch auf diese Belehrung beziehen sollte. Bei dieser Vernehmung waren aber die Beklagten und ihr Prozeßvertreter zugegen. Ihnen stand es frei - ebenso wie der Vertreter der Kläger es getan hat - an den Zeugen selbst weitere Fragen zu richten oder entsprechende Fragen durch den Vorsitzenden des Senates anzuregen. Wenn sie das nicht getan und, wie sich aus dem Protokoll ergibt, obwohl nach Schluß der Beweisaufnahme noch einmal verhandelt ist,

weitere Anträge nicht gestellt haben, kann insoweit eine Verfahrensrüge aus § 286 ZPO nicht mehr erhoben werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nicht sogar nach § 295 ZPO ein Verzicht auf Mängel der Beweisaufnahme angenommen werden müßte. Die Revision kann auch nicht darauf gestützt werden, daß der im Schriftsatz vom 10. Mai 1957 gestellte Antrag auf eidliche Parteivernehmung der Kläger über ihre Kenntnis von der Wirksamkeit der Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechts nur bei notarieller Beurkundung übergangen ist. Auch dieser Antrag hätte spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nach durchgeführter Beweisaufnahme ausdrücklich wiederholt werden müssen (vgl. auch RG HRR 1931, 622). Dazu bestand auch insofern Anlaß, als über die Beeidigung des beklagten Ehemannes und die des Zeugen Erwin Sch[REDACTED] besonders verhandelt worden ist (Protokoll vom 10. Februar 1958).

dd) Schließlich war das Berufungsgericht auch nicht genötigt, aus § 6 Satz 2 des von den Klägern eingereichten Pachtvertragsentwurfes einen Schluß zu Gunsten der Beklagten zu ziehen. In dieser Bestimmung heißt es zwar, "die Verpächter werden dies" (gemeint das Vorkaufs- und Vorpachtrecht an dem U[REDACTED] Unternehmen) "notariell eintragen lassen". Daraus ist aber nicht zu ersehen, daß den Klägern, zumal der Entwurf des Pachtvertrages von den Beklagten stammt, bekannt war, schon der Verpflichtungsvertrag bedürfe der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

#### C. (Unzulässige Rechtsausübung).

I. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch rechtsirrtumsfrei - im wesentlichen aus nicht angreifbaren tatrichterlichen Erwägungen - verneint, daß den Klägern hier eine Berufung auf die Nichtigkeit des

Pachtvertrages versagt werden müsse. Es hat sich im Rahmen der im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone vom Bundesgerichtshof (BGHZ 12, 286, 303 f; 16, 334, 336 f; 23, 249, 254 ff) zu dieser Frage entwickelten Rechtsgrundsätze gehalten, wenn es ausführt, eine solche Berufung sei nur dann unzulässig, wenn die besondere Gestaltung des Falles dem Mangel der Form die Rechtsfolge der Nichtigkeit mit Rücksicht auf Treu und Glauben versage. Ähnlich hat sich der Bundesgerichtshof auch in BGHZ 23, 249, 255 f entsprechend der Fassung in OGHZ 1, 217 ausgedrückt: "In der Regel werde sich die Anwendung des § 242 BGB gegenüber der Formnichtigkeit nur dann rechtfertigen lassen, wenn bei grundsätzlicher Anerkennung der Nichtigkeit des Geschäfts ausnahmsweise gerade die Verweigerung oder Beseitigung des dem Vertrag entsprechenden Erfüllungszustandes (hier Kinobetriebsüberlassung) durch den Vertragsgegner mit Treu und Glauben unvereinbar erscheine".

II. Von dieser ständigen Rechtsprechung abzuweichen, besteht kein Anlaß. Es ist insbesondere nicht geboten, auch nicht angängig, in Fällen, in denen die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts lediglich auf die Nichtbeurkundung einer Vorkaufsrechtsvereinbarung in einem Miet- oder Pachtvertrag zurückzuführen ist, grundsätzlich oder auch nur in der Regel anders zu entscheiden. Der Revision ist zwar auch in diesem Zusammenhang zuzugeben, daß in solchen Fällen mit der Berufung auf die Formnichtigkeit des ganzen Vertrages leicht Mißbrauch getrieben werden kann. Soweit dem nicht schon durch Bejahung der Frage, daß der Pachtvertrag auch ohne die nichtige Vorkaufsabrede abgeschlossen sein würde, entgegengetreten werden kann, muß es aber auch hier bei der allgemeinen Regel bleiben, daß es jedem Vertragspartner grundsätzlich freisteht, Nichtigkeit des ganzen Vertrages geltend zu machen, es sei denn, daß darin aus besonderen

- hier nicht gegebenen - Gründen ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken ist.

Ebensowenig kann die Berufung auf die Formnichtigkeit demjenigen grundsätzlich/<sup>oder</sup> in der Regel versagt werden, der das Angebot seines Vertragsgegners, die Vorkaufsvereinbarung formgerecht nachzuholen, ablehnt. Es ist schon anderweit betont, aus einer solchen Ablehnung folge noch nicht, daß der Ablehnende nicht doch bei Vertragsabschluß entscheidenden Wert darauf gelegt hat, ein Vorkaufsrecht rechtswirksam bestellt zu erhalten. Andererseits ist der Revision zwar darin zu folgen, daß die Ablehnung des Angebots der Nachholung dieser Bestellung dafür spricht, der Ablehnende habe andere Gründe, am Verträge nicht mehr festzuhalten. Das verstößt jedoch auch bei Miet- und Pachtverträgen mit rechtsunwirksamen Vorkaufsrechtsvereinbarungen noch nicht grundsätzlich gegen Treu und Glauben, wie die Revision meint. Die Formvorschrift des § 313 BGB ist im öffentlichen Interesse erlassen und von Amts wegen zu beachten (RGZ 61, 264, 267; 82, 160; RG JW 1933, 1387). Zwar gilt der gesetzgeberische Grund des § 313 BGB, vor Übereilung zu schützen, der übrigens nur Motiv für den Gesetzgeber nicht etwa tatbestandliche Voraussetzung ist (BGH Urt. vom 18. Februar 1955 V ZR 108/53 LM BGB § 313 Nr. 9), vorwiegend für den Verpflichteten. Dieser Schutzgedanke ist jedoch nicht der alleinige Grund für die Einführung des Beurkundungszwanges gemäß § 313 BGB. Es soll vor allem auch der Abschluß und der Inhalt des Rechtsgeschäfts klargestellt und damit der allgemeinen Sicherheit im Rechtsverkehr gedient werden (vgl. auch den in BGHZ 23, 249, 254 ausgesprochenen Gedanken).

III. Es ist nach allem nicht Sache der Kläger, ihre grundsätzlich zulässige Berufung auf die Nichtigkeit des

Vertrages zu rechtfertigen, sondern es liegt den Beklagten ob, näher darzutun, weshalb diese Geltendmachung der Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstößt, wofür, wie bereits dargelegt, die Tatsache allein, daß die Kläger die Entgegennahme der wirksamen Bestellung des Vorkaufsrechts ablehnen, nicht genügt. Es ist auch unerheblich, ob es hier, wie die Kläger in ihrer Revisionserwiderung ausführen, zweifelhaft ist, ob der Vertrag in der vorliegenden Form, insbesondere mit den im § 3 für die Pachtbemessung vorgesehenen Bestimmungen zustandegekommen wäre, wenn die Parteien zur Beurkundung der Vorkaufsverpflichtung einen Notar zugezogen hätten. Ohne Bedeutung ist endlich, ob die Ablehnung der nachträglichen Bestellung des Vorkaufsrechts ihren Grund darin hat, daß die Kläger an der Auslegung des § 3 des Vertrages durch die Beklagten Anstoß genommen haben.

Hierzu ist der Revision zwar darin zu folgen, daß die Meinungsverschiedenheiten über die Berechnung der Pacht einer selbständigen gerichtlichen Entscheidung zugänglich gewesen wären. Das ist aber nicht das grundsätzlich Entscheidende, sondern, ob es den Klägern zuzumuten ist, sich deswegen auf einen langwierigen Prozeß einzulassen, statt sich auf die zu ihren Gunsten sprechende "formale Rechtslage" zu berufen, ohne sich deswegen dem Vorwurf der Arglist oder eines Verstoßes gegen Treu und Glauben auszusetzen. Das ist vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei verneint.

Ihre Weigerung, sich auf die nachträgliche formgerechte Bestellung des Vorkaufsrechtes einzulassen, ist den Klägern umsoweniger anzulasten, als die Beklagten nicht dargetan haben, daß die Kläger etwa das in der Bestimmung des § 3 des Vertrages liegende Risiko der Pachtbemessung bewußt auf sich genommen haben, um selbst hohe Gewinne zu erzielen. Der Vertrag ist auch nicht schon längere Zeit reibungslos durchgeführt

und hat den Klägern auch noch keine Vorteile gebracht, die es treuwidrig erscheinen lassen könnten, wenn sie sich nunmehr auf seine Nichtigkeit berufen (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 5. Februar 1957 - VIII ZR 27/56 S. 7).

Schließlich kommt es für die Beurteilung der Frage, ob sich die Kläger auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen können, auch nicht darauf an, ob die Beklagten, wie sie im Schriftsatz vom 16. Dezember 1957 S. 9 vorgetragen haben, eine Behauptung, die die Revision als übergangen rügt, bereit sind, den Vertrag dahin abzuändern, daß die Kläger das Kino in U selbst betreiben und daß die Beklagten nur die Filmabschlußvollmacht bekommen. Einmal kann ein nichtiger Vertrag nicht geändert werden. Außerdem hat das Berufungsgericht festgestellt, die Kläger, die selbst nichts von der Führung eines Filmtheaters verstanden, seien, jedenfalls ursprünglich, nicht daran interessiert gewesen, selbst Inhaber eines solchen Betriebes zu werden. Endlich liegt kein Anhalt dafür vor, daß es für die Kläger überhaupt zumutbar ist, den Beklagten die von ihnen beanspruchte Filmabschlußvollmacht einzuräumen.

D.

Da das Berufungsurteil in der Sache selbst auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten enthält, mußte ihre Revision mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden. Weil bei der Kostenentscheidung für den ersten Rechtszug die Bestimmung des § 276 Abs. 3 Satz 2

ZPO übersehen ist, war diese Entscheidung jedoch noch dahin zu ergänzen, daß die durch die Anrufung des unzuständigen Amtsgerichts Göppingen entstandenen Mehrkosten den Klägern auferlegt werden.

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner