

Verkündet am 26. April 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Lorenz S c h [REDACTED] in M [REDACTED], Ny [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsbe-
klagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gräfin Annelie C [REDACTED] in M [REDACTED], Ost-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbe-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 21. April 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das der Klägerin
am 14. Februar 1959 und dem Beklagten am 6. Februar
1959 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
vom 3. Februar 1959 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Beklagten zur
Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Vertrag vom 16. Juni 1951 hat der Beklagte für die Zeit vom 15. August 1951 bis 14. August 1961 von dem Eigentümer des Hauses M[REDACTED] R[REDACTED]platz [REDACTED] Br[REDACTED] die dort befindlichen Räume eines Lichtspieltheaters "gemietet". Im Vertrag wird das Rechtsverhältnis zum Teil auch als Pacht bezeichnet. Ferner hat Br[REDACTED] an den Beklagten das gesamte Inventar des Theaters veräußert. In den Jahren 1952 und 1953 versuchten sowohl Br[REDACTED] als auch der Beklagte vergeblich, einen anderen Mieter zu finden. Br[REDACTED] starb am [REDACTED] 1953. Am 10. März 1954 wurde die Zwangsverwaltung des Grundstücks R[REDACTED]platz [REDACTED] angeordnet, am 12. März 1954 wurde im Grundbuch der Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen. Über den Nachlaß des Br[REDACTED] wurde, wie sich aus den Zwangsverwaltungsakten ergibt, am 15. März 1954 das Konkursverfahren eröffnet.

Am 31. Mai 1954 schlossen der Beklagte und die Klägerin einen Vertrag, dessen hier wesentliche Bestimmungen wie folgt lauten:

"....

3.

Herr L. Sch[REDACTED] verkauft hiermit das R[REDACTED]-Lichtspieltheater an Frau Gräfin A. C[REDACTED] mit der Maßgabe, daß diese mit Wirkung vom 1.6.1954 in die Rechte des Mietvertrages vom 16. Juni 1951 tritt und gleichzeitig die Verpflichtungen aus diesem Vertrag übernimmt.

4.

Weiter verkauft Herr Sch[REDACTED] das gesamte Kino-Inventar lt. Verzeichnis vom 26.8.51 an Frau Gräfin A. C[REDACTED]. Die Übergabe erfolgt mit der Übergabe des Lichtspieltheaters am 1. 6. 54.

5.

Der Preis für das verkaufte Inventar lt. Verzeichnis vom 16.8.1951 beträgt DM 65.000,- (i.W. Fünfundsechzigtausend). Für die Übertragung der Rechte aus dem Mietvertrag vom 16.6.51 und für die Überlassung des Kinos hat die Erwerberin DM 17.000,- (i.W. siebenzehntausend) zu bezahlen.

6.

Die Erwerberin hat davon Kenntnis, daß über das Anwesen R██████platz das Zwangsverfahrensverwaltungs-
verfahren durch das Amtsgericht München angeordnet wurde.

Herr Sch██████ hat den Betrag von DM 17.000,- durch seinen Anwalt zum Konkursverfahren als Forderung vorsorglich anmelden lassen. Herr Sch██████ ist deshalb verpflichtet, eine etwaige Ausschüttung an ihn, abzüglich der ihm in dieser Sache entstandenen Kosten, an die Erwerberin zu vergüten."

Durch Schreiben vom 17. Mai 1954 hatte der Beklagte seine Absicht, das Lichtspieltheater nebst Inventar an die Klägerin und deren Ehemann mit der Maßgabe zu verkaufen, daß die Erwerber in den Mietvertrag einträten, dem Zwangsverwalter mitgeteilt. Der Klägerin erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 31. Mai 1954, er sei Eigentümer des Inventars, das Eigentum gehe mit Abschluß des Kaufvertrages an sie über. Sollte das Anwesen auf Grund des derzeit laufenden Konkursverfahrens zur Zwangsversteigerung kommen, verpflichtete er sich, das Objekt über die Höhe der bestehenden Hypotheken hinaus einzusteigern.

Bemühungen des Beklagten, mit den dinglichen Gläubigern ein Ausbietungsabkommen zu schließen, scheiterten, weil ein Baumeister H██████ aus Me██████ das Grundstück für seine Tochter, Frau N██████, ersteigern wollte.

Am 20. Oktober 1954 fand kurz vor dem Versteigerungstermin eine Besprechung zwischen dem Beklagten und dem von ihm beauftragten Rechtsanwalt Dr. Hu██████ einerseits und dem Baumeister H██████ und seiner Tochter Isolde N██████ andererseits statt. Das Ergebnis dieser Besprechung war, daß der Beklagte versprach, im Versteigerungstermin nicht mitzubieten, wogegen der Baumeister H██████ und seine Tochter sich schriftlich verpflichteten, den Vertrag vom 16. Juni 1951 "in vollem Umfange weiterbestehen zu lassen und anzuerkennen". Mündlich wurde weiter

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



vereinbart, daß mit dem Zuschlage auch das Eigentum an dem Inventar des Lichtspieltheaters auf die Ersteherin N[REDACTED] übergehen solle. Das Grundstück wurde im Versteigerungsverfahren der Frau N[REDACTED] zugeschlagen.

Der Beklagte teilte der Klägerin das Ergebnis des Zwangsversteigerungsverfahrens mit. Am 26. November 1954 richtete er ein Schreiben an die Klägerin, in dem es heißt:

"... Das Mietverhältnis bleibt nach Maßgabe dieses Vertrages (gemeint ist der Vertrag vom 16. Juni 1951) bis 14. August 1961 bestehen. Ich verpflichte mich hiermit, zum Vertragsende, d.i. der 14.8.1961, den seinerzeitigen Wert des Inventars zu ersetzen, sofern ich Ihnen nicht bis zu diesem Tage das Eigentum an dem Inventar verschaffe..."

Die Klägerin und ihr Ehemann erwiderten mit Schreiben vom 9. Dezember 1954:

"Meine Frau und ich haben davon Kenntnis genommen, daß Sie bereit wären, zum Vertragsende den seinerzeitigen Wert des Inventars uns zu ersetzen und danken wir Ihnen für Ihr Entgegenkommen zur Klärung dieser Inventar-Angelegenheit..."

Im Sommer 1955 trat die Klägerin an Frau N[REDACTED] heran und bat sie um ihre Zustimmung zu einem Verkauf des Lichtspieltheaters. Frau N[REDACTED] focht gegenüber dem Beklagten ihre Zusicherung vom 20. Oktober 1954, nach der sie die Pflichten aus dem mit Brückner abgeschlossenen Mietvertrag bis 1961 übernommen hatte, wegen arglistiger Täuschung an, weil der Beklagte ihr die "Untervermietung" an die Klägerin verschwiegen habe. Nachdem Frau N[REDACTED] am 28. November 1955 den Beklagten aufgefordert hatte, sein Untermietverhältnis mit der Klägerin zu lösen, kündigte sie mit Schreiben vom 5. Januar 1956 dem Beklagten gegenüber das Mietverhältnis fristlos wegen Vertragsverletzung, und zwar wegen Mietzinsrückständen und schlechter Bewirtschaftung des Kinos. Ein gleichlautendes Schreiben richtete sie auch an die Klägerin. Am 12. Januar 1956 forder-

te sie von der Klägerin Miete für das Inventar, hilfsweise verlangte sie die Herausgabe der Mieträume. Nachdem die Klägerin dem Beklagten den Rücktritt vom Vertrage vom 31. Mai 1954 erklärt hatte, gab sie am 31. Januar 1956 das Lichtspieltheater an Frau N. heraus.

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises von 65 000 DM für das Inventar und des Entgelts von 17 000 DM für die Überlassung des Mietrechtes. Sie macht mit der Klage einen Teilbetrag von 10 000 DM geltend, von denen 8000 DM auf das Inventar und 2000 DM auf das Mietrecht entfallen. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und erstrebt mit der Widerklage die Feststellung, da der Klägerin derzeit auch über den Klageanspruch hinaus ein Anspruch auf Zahlung weiterer 72 000 DM nicht zusteht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil das Urteil des Landgerichts aufgehoben, soweit die Klage abgewiesen und über die Kosten und die Vollstreckbarkeit erkannt worden ist. Es hat den Beklagten verurteilt, 10 000 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Im Revisionsrechtszuge verfolgt der Beklagte mit dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung, soweit über sie durch das Teilurteil des Berufungsgerichts erkannt worden ist, sein Begehren auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

I. 1. Das Berufungsgericht spricht der Klägerin einen Anspruch auf Schadensersatz zu, weil der Beklagte seine im Vertrag vom 31. Mai 1954 übernommene Verpflichtung,

der Klägerin das Hauptmietrecht am Lichtspieltheater zu verschaffen, bei Vertragsschluß nicht habe erfüllen können und auch später nicht erfüllt habe. Es legt die Vereinbarung der Parteien in der Nr.3 des Vertrags vom 31. Mai 1954, der Beklagte verkaufe das R[REDACTED]-Lichtspieltheater an die Klägerin mit der Maßgabe, daß diese in die Rechte des Mietvertrages vom 16. Mai 1951 trete und die Verpflichtungen aus diesem Vertrag übernehme, dahin aus, daß die Klägerin anstelle des Beklagten als Hauptmieterin in den Mietvertrag habe eintreten und nicht etwa nur Untermieterin des Beklagten habe werden sollen. Dieser "Eintrittsvertrag" habe, so führt das Berufungsgericht in erster Linie aus, einer zusätzlichen Vereinbarung zwischen dem Vermieter und dem Beklagten als bisherigem Mieter bedurft, daß dieser aus dem Verhältnis ausscheide, und einer weiteren Vereinbarung zwischen dem Vermieter und der Klägerin, daß diese nunmehr an die Stelle des bisherigen Mieters trete. Diese zusätzlichen Vereinbarungen hätten Änderungen des Mietvertrages vom 16. Juni 1951 dargestellt, für die durch Bezugnahme auf den Einheitsmietvertrag die Schriftform vereinbart worden sei. Da bei etwaigen Erklärungen des Vermieters Br[REDACTED] oder dessen Rechtsnachfolgers die Schriftform nicht gewahrt worden sei, sei der Eintritt der Klägerin in den Mietvertrag vom 16. Juni 1951 nichtig.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zur Rückzahlung des Entgelts verpflichtet sei, das er für die Übertragung der Rechte aus dem Mietvertrage empfangen hat, hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

Das Berufungsgericht gibt für seine Auffassung, es handele sich bei dem Vertrag vom 16. Juni 1951 um einen Mietvertrag, nicht um einen Pachtvertrag, keine Begründung. Umstände, die zu der Annahme nötigen, es liege ein Pachtvertrag vor, sind nicht hervorgetreten. Für die Entschei-

dung des Rechtsstreits kommt es auf die rechtliche Einordnung des Vertrages vom 16. Juni 1951 auch nicht an. Im folgenden soll daher die Bezeichnung als Mietvertrag übernommen werden.

Die Revision erhebt Bedenken gegen die Auslegung, daß die Klägerin als Hauptmieterin in den Mietvertrag vom 16. Juni 1961 habe eintreten sollen. Sie meint weiter, das Berufungsgericht hätte zumindest nach § 140 BGB den "Eintrittsvertrag", falls er nichtig sein sollte, in einen Untermietvertrag oder in eine Vereinbarung, daß die Klägerin als Zweitverpflichtete neben dem Beklagten in den Mietvertrag eintrete, umdeuten müssen. Die Revision zieht schließlich in Zweifel, daß ein Eintrittsvertrag zu seiner Wirksamkeit auch schriftlicher Vereinbarungen des Mieters mit dem bisherigen Mieter und dem neuen Mieter erfordere. Das alles kann indessen dahingestellt bleiben. Auch die Revision verkennt nicht, daß der Eintritt eines neuen Mieters in einen Mietvertrag der, wenn auch möglicherweise nur mündlichen, Zustimmung des Vermieters bedarf. Das würde im übrigen auch bei einer Untervermietung nach § 549 Abs.1 Satz 1 BGB und einem Eintritt der Klägerin als zweite Mieterin neben dem Beklagten der Fall sein. An einem solchen Einverständnis fehlt es jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts.

Der Vermieter Brückner kann ein ausdrückliches Einverständnis mit einer Vermietung des Lichtspieltheaters an die Klägerin nicht erklärt haben. Bei Abschluß des Vertrages vom 31. Mai 1954 war er bereits verstorben. Unstreitig haben seine Erben dem Eintritt der Klägerin in den Vertrag nicht zugestimmt. Der Beklagte will eine Zustimmung aber in einer allgemeinen Erklärung des Brückner sehen, die er in der Zeit kurz vor seinem Tode mündlich abgegeben habe, und meint, diese Zustimmung habe über seinen Tod hinaus Wirksamkeit behalten. Eine solche Zustimmung ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und der Beweiswürdigung gerade nicht erfolgt.

Das Berufungsgericht prüft nämlich für den Fall, daß von dem Erfordernis der Schriftform abgesehen werden könne, ob der Vermieter Br. sich, wie der Beklagte behauptet, damit einverstanden erklärt habe, daß der Beklagte das Lichtspieltheater nach Maßgabe des Vertrages vom 16. Juni 1951 veräußere, wenn der Erwerber in die Rechte und Pflichten dieses Vertrages eintrete und er ein Fachmann sei. Das Berufungsgericht meint, aus dieser Fassung des Vortrages des Beklagten lasse sich nur entnehmen, daß Br. sich unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Ausscheiden des Beklagten aus dem Mietvertrag einverstanden erklärt habe, jedoch nicht, daß er den Beklagten allgemein habe bevollmächtigen wollen, mit Wirkung für und gegen den Vermieter die Klägerin in den Mietvertrag eintreten zu lassen. Gegen eine solche Auffassung spreche schon die Bedingung, der Dritte müsse ein Fachmann sein. Br. habe sich damit offensichtlich die Prüfung, ob der vom Beklagten beigebrachte Dritte ein Fachmann sei, selbst vorbehalten und von dem Ergebnis dieser Prüfung seine Zustimmung zum Eintritt des Dritten abhängig machen wollen. Aber auch wenn man entgegen dieser Auffassung in dem vom Beklagten vorgetragenen Sachverhalt eine Bevollmächtigung erblicken könnte, mit verpflichtender Wirkung für Br. jeden fachlich geeigneten Dritten in den Mietvertrag aufzunehmen, so wäre diese Vollmacht jedenfalls mit dem Tode des Vollmachtgebers Br. erloschen. Was das Berufungsgericht hier in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Vollmacht, einen Eintrittsvertrag für den Vermieter abzuschließen, erörtert, gilt in gleicher Weise für die Zustimmung zum Übergang des Vertragsverhältnisses. Eine Zustimmung und ein vertragsmäßiger Beitritt zu dem zwischen dem alten und dem neuen Mieter geschlossenen Verträge kommen nicht nur in ihrer Wirkung auf das gleiche hinaus; das Berufungsgericht spricht auch ausdrücklich von der Zustimmung des Br. zum Eintritt eines Dritten in den Vertrag.

Die Revision greift die Feststellung des Berufungsgerichts, Br. [REDACTED] habe sein Einverständnis damit, daß der Beklagte die Vertragsrechte auf einen von ihm auszuwählenden Nachfolger übertragen dürfe, nicht erklärt, mit Verfahrensrügen an. Sie sind aber nicht begründet. Zu Unrecht meint die Revision, die Annahme des Berufungsgerichts, Br. [REDACTED] habe sich die Prüfung, ob der beigebrachte Dritte ein Fachmann sei, vorbehalten und davon seine Zustimmung abhängig machen wollen, finde in dem Prozeßstoff keine Stütze und übergehe den Beweisantrag auf Vernehmung der Ehefrau des Beklagten. Der Beklagte hatte im Schriftsatz vom 18. Juni 1956 in Ergänzung seines im Schriftsatz vom 10. April 1956 enthaltenen Vortrages behauptet, in den Unterredungen im Herbst 1953, insbesondere vor der Einlieferung des Br. [REDACTED] in das Krankenhaus, habe dieser sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, daß der Beklagte jederzeit das Kino nach Maßgabe des Vertrages vom 16. Juni 1951 veräußern könne und dürfe, wenn dieser Dritte in die Rechte und Pflichten dieses Vertrages eintrete und er ein Fachmann sei. Hierfür hatte er seine Ehefrau benannt. Das Berufungsgericht unterstellt, daß dieses Vorbringen richtig sei. Einer Vernehmung der Ehefrau des Beklagten bedurfte es daher nicht. Wenn das Berufungsgericht die Erklärung des Br. [REDACTED] dahin würdigt, er habe sich die Entscheidung vorbehalten, ob er den vom Beklagten beigebrachten Dritten als geeigneten Fachmann annehmen wolle, so ist diese Auslegung einer individuellen Erklärung nur der beschränkten Nachprüfung im Revisionsverfahren zugänglich, die für den Beklagten zu keinem Erfolg führen kann. Auch wenn Brückner und der Beklagte sich einig waren, daß der Beklagte an einen Fachmann den Kinobetrieb übertragen dürfe, so mußte doch entweder Br. [REDACTED] oder der Beklagte entscheiden, ob der in Aussicht genommene Dritte ein geeigneter Fachmann sei. Die Annahme, diese Entscheidung habe Br. [REDACTED] nicht blindlings seinem Mieter überlassen, sondern habe sie sich vorbehalten, ist möglich und läßt einen Verstoß gegen Aus-

legungsvorschriften oder Erfahrungssätze nicht erkennen. Es ist auch entgegen der Ansicht der Revision kein Anlaß ersichtlich, der das Berufungsgericht genötigt hätte, den Beklagten nach § 139 ZPO aufzufordern, Beweis dafür anzutreten, daß Br. [REDACTED] ihm bei der Auswahl seines Nachfolgers völlig freie Hand gelassen habe. Die Revision trägt im übrigen selbst nicht vor, daß Br. [REDACTED] mehr erklärt habe, als der Beklagte im Schriftsatz vom 18. Juni 1956 vorgetragen und das Berufungsgericht als zutreffend unterstellt hat.

Ist demnach davon auszugehen, daß Br. [REDACTED] die vorbehaltlose Einwilligung zum Eintritt eines anderen Mieters nicht gegeben hat, kommt es darauf nicht mehr an, ob eine etwa erteilte Einwilligung durch den Tod des Br. [REDACTED] erloschen wäre (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 183 Anm. 1; Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl. § 183 Anm. 2). Auf die Angriffe der Revision, die sich in dieser Hinsicht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts richten, braucht daher nicht eingegangen zu werden. Ebenso kann unerörtert bleiben, welche Wirkung auf eine Einwilligung, wenn sie erteilt wäre, die Eröffnung des Konkurs- und Zwangsverwaltungsverfahrens gehabt hätte (vgl. §§ 23 Abs. 1 KO, 148 Abs. 2 ZVG i. V. m. § 168 BGB).

II. Das Berufungsgericht nimmt weiter an, der Beklagte habe der Klägerin auch nicht durch Vereinbarungen mit der Ersteherin des Grundstücks, Frau N. [REDACTED], die Rechtsstellung einer Mieterin verschafft. Er habe den Beweis nicht führen können, daß er bei den der Versteigerung unmittelbar vorangehenden Verhandlungen der Frau N. [REDACTED] mitgeteilt habe, die Klägerin sei auf der Grundlage des Vertrages vom 16. Juni 1951 an seine Stelle als Mieterin getreten.

Die Revision rügt einmal, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Ersteherin nach dem Versteigerungstermin und dem Zuschlag sich in keiner Weise darum

gekümmert habe, ob der Beklagte oder die Klägerin ihr Vertragsgegner sei. Sie habe auch die Mietzinszahlung der Klägerin ohne Beanstandungen entgegen genommen und habe ihr mangelndes Interesse am Grundstück dadurch bekundet, daß sie vor der Versteigerung nicht einmal das Grundstück genauer angesehen habe. Sie habe sich auch nicht darum gekümmert, ob der Beklagte die vorbehaltenen Mietrechte persönlich ausübe oder durch einen Dritten wahrnehmen lasse. Dieser Angriff gegen die dem Tatrichter obliegende Beweiswürdigung geht fehl. Ein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts ist nicht zu erkennen. Weshalb das Berufungsgericht den Umstand, daß Frau N. sich möglicherweise um das im ersteigerten Grundstück betriebene Kino nicht gekümmert hat, als Beweisanzeichen dafür hätte verwerten müssen, daß der Rechtsanwalt der Beklagten ihr den Eintritt der Klägerin in den Mietvertrag mitgeteilt habe, lassen die Ausführungen der Revision nicht ersehen. Hinzukommt, daß die Klägerin unstreitig das Lichtspieltheater nicht selbst geführt, sondern durch ihren Bruder W. hat betreiben lassen. Gerade wenn Frau N. sich um das ersteigerte Grundstück nicht gekümmert hat, konnte sie davon ausgehen, der Bruder der Klägerin Widera sei etwa der Geschäftsführer des Beklagten. Soweit die Revision sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Dr. Hu. nicht zugunsten des Beklagten gewertet habe, handelt es sich um einen im Revisionsrechtszuge unbeachtlichen Angriff gegen die Beweiswürdigung. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, daß das Berufungsgericht sich nicht die gesamte Aussage des Zeugen vor Augen geführt habe. Das Berufungsgericht durfte auch bei der Abwägung der widersprechenden Zeugenaussagen der Bekundung des Dr. Hu. deshalb geringeres Gewicht beimessen, weil dieser erklärt hat, er könne nicht mehr mit Bestimmtheit sagen, ob er die Äußerung getan habe, der Beklagte habe das Kino an die Klägerin verkauft. An dieser Würdi-

gung war das Berufungsgericht nicht gehindert, auch wenn der Zeuge weiter bekundet hat, er glaube mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit sagen zu können, daß er bei der Darlegung der ganzen Verhältnisse erklärt habe, der Beklagte habe das Kino mit Inventar verkauft und müsse wegen der dadurch für ihn gegebenen Verpflichtung das Anwesen einsteigern.

III. Das Berufungsgericht meint, dem Beklagten sei bereits zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses mit der Klägerin nicht möglich gewesen, ihr das Hauptmietrecht am Lichtspieltheater zu verschaffen. Dieses dauernde Unvermögen berechtige die Klägerin, Schadensersatz zu fordern. Dem ist mindestens im Ergebnis beizutreten. Das Berufungsgericht ist ersichtlich der Auffassung, der Vertrag vom 31. Mai 1954 enthalte, selbst wenn er mangels Beitritts des Vermieters als Eintrittsvertrag nicht wirksam zustande gekommen sei, zugleich die wirksame Verpflichtung des Beklagten, alles zu tun, um die Zustimmung des Vermieters herbeizuführen. Gegen diese Auslegung bestehen keine Bedenken; sie wird von der Revision auch nicht angegriffen. Spätestens von dem Augenblick an, in dem die Ersterherin sich weigerte, die Klägerin als Hauptmieterin anzuerkennen, war der Beklagte zur Erfüllung seiner Verpflichtung endgültig nicht mehr in der Lage.

Der Beklagte hat allerdings nach dem Tatbestand des Berufungsurteils behauptet, der wahre Grund, aus dem die Klägerin das Theater an Frau N. herausgegeben habe, sei gewesen, daß die Klägerin wegen des schlechten Geschäftsganges das Theater ohnedies habe verkaufen wollen und sich durch erhebliche Mietzinsrückstände und Vernachlässigung des Kinos einer Vertragsverletzung gegenüber Frau N. schuldig gemacht habe, die die Kündigung und das Herausgabeverlangen zur Folge gehabt habe. Das Berufungsgericht

ist auf dieses Vorbringen des Beklagten nicht ausdrücklich eingegangen. Soweit der Beklagte einwendet, Frau N[REDACTED] sei wegen der angeblich von der Klägerin begangenen Vertragsverstöße zu einer Kündigung des zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Mietvertrages berechtigt gewesen, bedurfte es auch eines Eingehens nicht, da nach der rechtsirrtumsfreien Auffassung des Berufungsgerichts ein Vertragsverhältnis zwischen Frau N[REDACTED] und der Klägerin nicht zustande gekommen war.

Dem Vorbringen des Beklagten könnte aber auch entnommen werden, daß er hat behaupten wollen, Frau N[REDACTED] würde sich, nachdem sie erfahren hatte, daß das Lichtspieltheater von der Klägerin betrieben wurde, mit deren Eintritt in das Mietverhältnis einverstanden erklärt haben, wenn die Klägerin die Miete pünktlich gezahlt hätte und das Theater nicht vernachlässigt worden wäre. Der Beklagte hätte damit geltend gemacht, der Umstand, daß die Klägerin nicht mehr in der Lage sei, die Kinoräume zu nutzen, stehe in keinem ursächlichen Zusammenhang mit einer etwaigen Verletzung der ihm aus dem Vertrage vom 31. Mai 1954 erwachsenen Verpflichtungen. Ob der Vortrag des Beklagten in dieser Richtung überhaupt die schlüssige Behauptung von Tatsachen enthält, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn das Berufungsgericht über das Vorbringen des Beklagten, das die Klägerin bestritten hat, unter dem aufgezeigten Gesichtspunkt hätte entscheiden müssen, so läge darin, daß es eine Würdigung unterlassen hat, nur eine Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 286 ZPO, weil nicht der gesamte Inhalt der Verhandlungen berücksichtigt worden wäre. Insoweit hat die Revision aber eine Rüge nicht erhoben. Eine nach § 551 Nr.7 ZPO ohne Rüge zu beachtende Gesetzesverletzung in der Richtung, daß die Entscheidung nicht mit Gründen versehen sei, liegt nicht vor. Davon könnte nur gesprochen werden, wenn das Berufungsurteil ein geltend gemachtes Verteidigungsmittel in seiner Gesamtheit nicht beschieden hätte. Das ist aber

nicht der Fall. Mit der Frage, ob es auf das Verhalten des Beklagten zurückzuführen ist, daß Frau N. sich mit einem Eintritt der Klägerin in den Mietvertrag vom 16. Juni 1951 nicht einverstanden erklärt hat, hat das Berufungsgericht sich vielmehr eingehend befaßt. Es hat möglicherweise dabei nur das Vorbringen des Beklagten in einem bestimmten Punkt nicht gewürdigt. Das Gleiche gilt, soweit der Vortrag des Beklagten etwa auch die Behauptung hat enthalten sollen, die Klägerin habe die Entstehung eines Schadens mit verursacht.

IV. Nicht zu beanstanden ist schließlich die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte für sein Unvermögen, der Klägerin die Stellung als Mieterin zu verschaffen, einzustehen habe. Er hat selbst nicht, wie ihm nach § 282 BGB obgelegen hätte, Umstände vorgetragen, die darauf hätten schließen lassen können, es sei ihm aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen unmöglich gewesen, die Zustimmung der Frau N. zu einem Eintritt der Klägerin in den Vertrag vom 16. Juni 1951 zu erreichen.

V. Es mag dahinstehen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei berechtigt, die Rückzahlung des von ihr für die Übertragung der Mietrechte gezahlten Betrages als Schadensersatz zu fordern, bedenkenfrei ist oder ob die Klägerin, die nach ihrer Erklärung vom Vertrage hat zurücktreten wollen, die Rückgewähr nach §§ 325, 327, 346 BGB verlangen kann. Im Ergebnis ist die Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung des empfangenen Betrages jedenfalls nicht zu beanstanden.

B.

1. Hinsichtlich des Inventars führt das Berufungsgericht aus, durch den Zuschlag vom 20. Oktober 1954 sei das Eigentum der Klägerin, wie unter den Parteien unstreitig

sei, untergegangen. Der Beklagte sei daher seiner im Vertrage vom 31. Mai 1954 übernommenen Verpflichtung, der Klägerin das Eigentum am Inventar im Falle der Zwangsversteigerung zu erhalten, nicht nachgekommen. Er habe es unterlassen, seiner Verpflichtung entsprechend das Anwesen selbst zu ersteigern oder doch zumindest auf der am 20. Oktober 1954 mit der künftigen Ersteherin ursprünglich getroffenen Regelung, daß diese auf Ansprüche auf das Inventar verzichte, zu bestehen. Die Klägerin sei daher mit Recht vom Kaufvertrag zurückgetreten, so daß der Beklagte verpflichtet sei, die empfangene Leistung zurückzugewähren.

Dieser Auffassung ist beizutreten. Wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, hat der Beklagte seine aus § 434 BGB begründete Verpflichtung, der Klägerin das Kinoinventar frei von Grundpfandrechten zu verschaffen, nicht erfüllt. Gegen die Annahme, die Klägerin könne nach §§ 440, 325, 346 BGB Rückgewähr des Kaufpreises verlangen, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Mit der Einwendung, der Beklagte habe seine Verpflichtung nicht schuldhaft verletzt, da er alles in seinen Kräften stehende getan habe, um der Klägerin das Eigentum zu erhalten, verkennt die Revision, daß der Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts gerade nicht alle seine Mittel aufgewendet hat, um seiner Verpflichtung zur dauernden Verschaffung des Eigentums nachzukommen. Im übrigen könnte die Klägerin nach §§ 440, 323 Abs. 3 BGB den geleisteten Kaufpreis selbst dann zurückfordern, wenn die dem Beklagten obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden wäre.

2. Der Beklagte meint, nach der Vereinbarung vom 26. November 1954 sei er der Klägerin zum Ersatz des Wertes des Inventars erst am 14. August 1961, am Tage der Beendigung des vorgesehenen Mietvertrages, verpflichtet. Das Berufungsgericht versagt dem Beklagten die Berufung auf eine in diesem Vertrage liegende Stundung. Es meint, die Klägerin sei bei dieser Vereinbarung von der auch für den Beklagten er-

kennbaren Voraussetzung ausgegangen, daß sie mindestens bis 1961 Mieterin des Lichtspieltheaters bleiben und damit das gesamte Inventar bis zu diesem Zeitpunkt nutzen könne, so daß es ihr habe gleichgültig sein können, ob der Beklagte ihr die Entschädigung für den Eigentumsverlust sofort oder im Jahre 1961 zahle. Dies sei nach der dem Beklagten erkennbaren Vorstellung der Klägerin die Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung vom 26. November 1954 gewesen. Sie habe jedoch von Anfang an gefehlt. Ihr Fehlen sei von der Klägerin aber erst später erkannt worden. Es würde daher gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Beklagte die Klägerin auch jetzt noch an der Vereinbarung festhalten wollte. Die Anwendung der Grundsätze vom Fehlen der Geschäftsgrundlage ergebe, daß der Rückgewähranspruch der Klägerin bereits jetzt fällig sei.

Diese Auffassung bekämpft die Revision ohne Erfolg. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen eine Verken- nung des Begriffes der Geschäftsgrundlage nicht ersehen. Die Revision glaubt zwar, die rechtliche Möglichkeit, daß das Hausgrundstück, in dem sich die Räume und das Inventar befanden, im Wege der Zwangsversteigerung veräußert werden könne, sei eine im Gesetz begründete Tatsache, deren Nicht- eintritt nicht zu den "Geschäftsgrundlagen" zählen könne. Dabei legt die Revision aber eine Auffassung zugrunde, die das Berufungsgericht gar nicht vertreten hat. Sie übersieht, daß das Abkommen nach Durchführung der Zwangsversteigerung geschlossen ist und beiden Parteien bekannt war, daß das Inventar Eigentum der Ersterherin geworden war. Daß das Grundstück bis zum Jahre 1961 nicht zur Versteigerung kommen werde, hat das Berufungsgericht keineswegs als Geschäftsgrundlage angesehen. Wie auch die Revision einräumt, hatte der Beklagte die Verpflichtung übernommen, der Klä- gerin bis zum Jahre 1961 Ersatz für den Eigentumsverlust zu verschaffen, weil angenommen worden war, das Mietverhält- nis dauere bis 1961 und die Klägerin könne bis dahin das

Kino betreiben. Da es jedoch zur Begründung eines Mietverhältnisses bis zum Jahre 1961 nicht gekommen ist, bestehen gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe sich von der Vereinbarung vom 26. November 1954/9. Dezember 1954 lösen können, keine Bedenken.

C.

Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Pagendarm Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner