

Verkündet am 29. September 1954
[REDACTED] Justizassistent als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers H. F U [REDACTED] in D [REDACTED],
S [REDACTED] strasse,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Anna T a [REDACTED] in D [REDACTED], V [REDACTED] strasse [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. September 1954 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar,
Hanebeck, Dr. Bode und Dr. Haub

für Recht erkannt:

- I. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 24. April 1953 wird zurück-
gewiesen.
- II. Mit Rücksicht auf den eingetretenen Partei-
wechsel wird das Teilurteil der 1. Zivilkammer
des Landgerichts in M.-Gladbach vom 21. Februar
1952 in Ziff 1 wie folgt neu gefasst:

- 2 -

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin alle Rechte, die sich aus dem zwischen dem Beklagten und dem verstorbenen Heinrich De [REDACTED] geschlossenen Mietvertrag am 1. Mai 1938 ergeben, insbesondere den Besitz des für den Tankstellenbetrieb S [REDACTED] strasse [REDACTED] benötigten Gebäudes einschliesslich Garagen, Unterstellraum, Hofraum und Waschrampe zu verschaffen.

III. Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

22

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks S ██████████
██████████ strasse in D ██████████, auf dem sich eine Olextankstelle
und Garagen befinden. Er "vermietete" Tankstelle und
Garagen durch Vertrag vom 1. Mai 1938 an Heinrich De ██████████
██████████, den ersten Ehemann der jetzigen Klägerin. Im § 3
des Vertrages wurde De ██████████ gestattet, auf dem Mietgrund-
stück auch eine Standard-Tankstation zu errichten und zu
betreiben. Ferner enthält der Vertrag u.a. folgende Be-
stimmungen:

§ 4

Der Vertrag tritt sofort in Kraft und endet erst-
malig am 31. Dezember 1950. Er verlängert sich
jeweils um 5 Jahre, falls nicht mit halbjährlicher
Frist zum Schluss des Jahres unter Einschreiben
durch eine der Parteien gekündigt wird.

Die Mietzahlung beginnt jedoch erst, wenn die Tank-
stellenangelegenheit geklärt ist, d.h., wenn die
Errichtung einer Standard-Tankstelle in jeder Be-
ziehung gesichert ist und in Ordnung.

Eigentümer ist zur sofortigen fristlosen Aufhebung
des Vertrages berechtigt, wenn Mieter mit der Miet-
zahlung länger als 6 Wochen im Rückstand bleibt.
In diesem Falle übernimmt Eigentümer die Garage
wieder in eigene Verwaltung. Ein Rechtsstreit
hierüber ist nicht angänglich.

Beiden Parteien steht ein ausserordentliches sofor-
tiges Kündigungsrecht zu, wenn einer der Vertrags-
schliessenden in Konkurs gerät. Eine Aufhebung des
Vertrages kommt jedoch nicht infrage, falls einer
der Vertragspartner stirbt. Der Vertrag geht dann
auf die Erben des betreffenden Vertragspartners
über.

§ 5

Der Mietpreis für das gesamte Mietobjekt beläuft
sich auf RM 200.- und ist im voraus am 1. eines
Monats zu zahlen. Vom Tag der Inbetriebnahme der

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tankstelle an erhöht sich der monatliche Mietpreis auf RM 250.--.

§ 7

Eigentümer räumt Mieter das Vorkauf- und Vorpachtrecht ein.

De[REDACTED] liess Tankstelle und Garagen durch seinen Tankwart He[REDACTED] betreuen und zahlte an den Beklagten monatlich 200 RM Miete. Die vorgesehene Errichtung einer Standardtankstelle unterblieb. Als De[REDACTED] am 12. Januar 1940 zur Wehrmacht einberufen wurde, gestattete er seinem Tankwart He[REDACTED], auf eigene Rechnung die Tankstelle weiterzubetreiben und die Garagen zu vermieten. Den Mietzins zahlte He[REDACTED] an den Beklagten. Am 10. November 1940 wurde auch He[REDACTED] eingezogen. Von diesem Zeitpunkt ab erhielt der Beklagte keine Miete mehr. Er nahm Tankstelle und Garagen wieder in eigenen Besitz; jedoch wurde die Tankstelle stillgelegt.

Nachdem der Beklagte im August 1948 aus der Kriegsgefangenschaft zurückgekehrt war, nahm er die Tankstelle wieder in Betrieb und setzte den Tankwart He[REDACTED] als ihren Betreuer ein. Dieser betreibt sie seit dem 13. Januar 1949 in eigener Konzession. Inzwischen hatte die jetzige Klägerin im Herbst 1948 die Nachricht erhalten, dass ihr Mann am 21. Januar 1946 in der Gefangenschaft gestorben sei. Sie nahm unter Berufung auf § 4 Abs 4 des Mietvertrages die Tankstelle für sich in Anspruch.

Der zweite Ehemann der Klägerin, der Kaufmann Hermann Ta[REDACTED], mit dem sie in gesetzlichem Güterstand lebt, hat auf Grund der ihm damals noch zustehenden Prozessführungsbefugnis als Ehemann gegen den Beklagten Klage erhoben und vorgetragen, zwischen De[REDACTED] und dem Beklagten sei Ende 1940 vereinbart worden, der Beklagte solle Tankstelle und Garagen bis zur Rückkehr seines Mieters in eigene Verwaltung nehmen und der Mietvertrag

während der Dauer der Einberufung ruhen.

Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen

1. seiner Ehefrau alle sich aus dem zwischen dem Beklagten und dem verstorbenen Ehemann Heinrich De[REDACTED] geschlossenen Mietvertrag vom 1. Mai 1938 ergebenden Rechte, insbesondere den Besitz des für den Tankstellenbetrieb S[REDACTED]strasse benötigten Gebäudes einschliesslich Garagen, Unterstellraum, Hofraum und Waschrampe zu verschaffen, im Unvermögensfalle festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, seiner Ehefrau allen zukünftigen Schaden zu ersetzen, der ihr seit Zustellung der Klage aus der Vorenthaltung der Rechte aus dem Mietvertrage vom 1. Mai 1938 zunächst bis zum 31.7.1952 entsahe,
2. an seine Ehefrau einen Betrag von 2400.- DM nebst 4 % Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der Mietvertrag sei wegen Formmangels nichtig, weil er ein Vorkaufsrecht enthalte und dessen Nichtigkeit den ganzen Vertrag ergreife. Der Vertrag sei auch niemals in Kraft getreten, weil die geplante Standardtankstelle nicht errichtet worden sei.

Ferner hat der Beklagte vorgebracht, De[REDACTED] habe anlässlich seiner Einberufung im Januar 1940, spätestens aber nach der Einberufung seines Tankwarts He[REDACTED] die Tankstelle aufgegeben und auf seine Mietrechte verzichtet; jedenfalls habe er diese Rechte verwirkt. De[REDACTED] sei vergebens aufgefordert worden, den Mietzins weiter zu zahlen; statt dessen habe er sogar eingebaute Geräte ent-

fernt. Der [REDACTED] und die Klägerin hätten sich in der langen Zeit bis 1948 wenigstens einmal um den Betrieb kümmern müssen, wenn sie ihrer Rechte nicht hätten verlustig gehen wollen. Die Klägerin habe nach dem Kriege mehrmals erklärt, die Tankstelle gehöre He [REDACTED]; erst im Frühjahr 1949 habe sie Einspruch erhoben.

Der Beklagte meint, er habe schon nach § 4 Abs 3 des Mietvertrages das Recht gehabt, den Vertrag zu beenden, weil Der [REDACTED] keine Miete mehr gezahlt habe. Jedenfalls habe der Vertrag zum 31. Dezember 1950 durch Kündigung sein Ende gefunden, denn er habe der Klägerin bei ihrer ersten Vorstellung im Frühjahr 1949 erklärt, er sehe den Vertrag als beendet an.

Schliesslich hat der Beklagte geltend gemacht, die Erfüllung des Vertrages sei unmöglich geworden, weil die jetzige Klägerin, die bereits Inhaberin einer Esso-Tankstelle sei, von der Firma O [REDACTED] keine Genehmigung zum Betriebe der Tankstelle auf dem Grundstück des Beklagten erhalten werde. Auf den Vertrag, den ihr erster Ehemann im Jahre 1943 mit der Firma O [REDACTED] abgeschlossen habe, könne sie sich nicht berufen, weil sie die Rechte aus diesem Vertrag nicht geerbt habe.

Dem Vorbringen des Beklagten ist der zweite Ehemann der Klägerin als ursprünglicher Kläger entgegengetreten. Auf dessen Klage hat das Landgericht in einem Teilurteil den Beklagten verurteilt, der jetzigen Klägerin alle Rechte aus dem Mietvertrag, insbesondere den Besitz an dem Tankstellenbetrieb und den Garagen zu verschaffen. Soweit der Ehemann der Klägerin für den Fall des Unvermögens die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten begehrt hatte, ist die Klage abgewiesen worden. Die Entschei-

dung über den bezifferten Schadensersatzanspruch hat das Landgericht dem Schlusssurteil vorbehalten.

Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt er seinen Klageabweisungsantrag weiter. Im Verlauf des Revisionsverfahrens ist die Klägerin an Stelle ihres zweiten Ehemannes in den Rechtsstreit eingetreten. Sie beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Gegen ihre Zulässigkeit bestehen keine Bedenken.

In der Revisionsinstanz ist nur der Anspruch auf Verschaffung der Rechte aus dem Mietvertrag, insbesondere des Besitzes an den gemieteten Sachen in Streit. Da der Streit der Parteien um das Bestehen des Mietverhältnisses geht, ist der Streitwert im Kosteninteresse nach § 10 Abs 1 GKG, für die hier in Betracht kommende Frage, ob die Revisionssumme gegeben ist, jedoch nach § 8 ZPO zu beurteilen. Hiernach ist der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit fallenden Zinses für die Wertberechnung massgebend. Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre beginnt die Wertberechnung frühestens mit dem Zeitpunkt der Klageerhebung; sie endet bei bestimmter Mietdauer mit Ablauf der Mietzeit und bei unbestimmter Dauer regelmässig mit dem Tage, zu dem frühestens gekündigt werden kann (Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 8 Anm II 2; Baumbach-Lauterbach ZPO 22. Aufl § 8 Anm 3). Da die Klage am 6. Dezember 1951 zugestellt worden ist und eine Kündigung des Vertrages frühestens zum 31. Dezember 1955

möglich ist, kommt für die Frage der Zulässigkeit der Revision der Mietzins für 4 Jahre und 1 Monat, also einen Betrag von 9 800 DM (49 x 200 DM) als Streitwert in Betracht.

II. Die Klagebefugnis des ursprünglichen Klägers (§ 1380 BGB) ist nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, die am 27. März 1953 stattgefunden hat, erloschen, denn die Bestimmungen über das Recht des Mannes zur Verwaltung und Nutzniessung am eingebrachten Gut der Frau, zu denen auch § 1380 BGB gehört, sind mit dem in Art 3 GrundG ausgesprochenen Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht vereinbar und, was auch im Revisionsverfahren beachtet werden muss, nach Art 117 Abs 1 GrundG mit Ablauf des 31. März 1953 unanwendbar geworden (BGHZ 10, 266 sowie die Urteile des erkennenden Senats vom 14. Oktober 1953 - VI ZR 96/52 - Der Betrieb 1953, 1014 und vom 21. Oktober 1953 - VI ZR 320/53 - VersR 1953, 481). Mit dem Erlöschen der Prozessführungsbefugnis des Mannes ist die volle Klagebefugnis der Ehefrau, wie sie vor dem gesetzlichen Güterstand bestanden hatte, wieder aufgelebt. Die Klägerin war daher, wie der Bundesgerichtshof bereits in BGHZ 1, 65 ausgesprochen hat, befugt, den schwebenden Rechtsstreit im eigenen Namen fortzusetzen. Von dieser Möglichkeit hat sie Gebrauch gemacht, indem sie angezeigt hat, dass sie an Stelle ihres Ehemannes den Rechtsstreit fortführe. Damit ist sie Klägerin geworden, ohne dass es einer besonderen Zulassung bedurfte (vgl BGHZ 1, 65 [70]).

III. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne auf Grund des Mietvertrages, den ihr verstorbener Ehemann mit dem Beklagten abgeschlossen hatte, von diesem nach § 535 BGB verlangen, dass er ihr den Besitz an den gemieteten Sachen, insbesondere an der Tankstelle und den Garagen einräume.

1. Seine Annahme, die Formnichtigkeit des vereinbarten Vorkaufsrechts habe die Wirksamkeit des übrigen Vertrages nicht beeinträchtigt, ist auf Grund der Feststellung gerechtfertigt, dass De [REDACTED] und der Beklagte den Mietvertrag auch ohne Einräumung eines Vorkaufsrechts abgeschlossen hätten (§ 139 BGB).

2. Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsirrtum den §§ 4 und 5 des Mietvertrages entnommen, dass die Wirksamkeit des Vertrages nicht von der Inbetriebnahme der Standardpumpe abhängig gemacht worden ist. Da unstreitig De [REDACTED] von 1938 bis 1940 Miete gezahlt und der Beklagte sie widerspruchslos angenommen hat, ohne dass die Errichtung der Standardtankstelle sichergestellt war, lässt auch die tatsächliche Gestaltung der Beziehungen der Parteien, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, keinen Zweifel zu, dass die nach § 535 BGE für das Vorliegen eines Mietvertrages wesentlichen Merkmale - Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung gegen Entgelt - ohne Rücksicht auf das Schicksal der geplanten Standard-tankstelle gegeben sind (vgl. BGHZ 10, 171 /175/ sowie die Urteile des erkennenden Senats vom 28. Oktober 1953 - VI ZR 217/52 - insoweit in BGHZ 11, 27 nicht abgedruckt, und vom 24. Oktober 1953 - VI ZR 226/52 -).

3. Dass De [REDACTED] anlässlich seiner Einberufung zur Wehrmacht oder bei der späteren Einberufung seines Tankwarts He [REDACTED] auf die Rechte aus dem Mietvertrag verzichtet habe, hält das Berufungsgericht nicht für bewiesen. Es stellt vielmehr auf Grund eines Schreibens des Zentralbüros für Mineralöl vom 20. Dezember 1940 und eines Schreibens, das der Kläger am 16. Dezember 1940 an die Firma O [REDACTED] gerichtet hat, fest, dass der Beklagte Anfang Dezember

1940, also nach der Einberufung des Tankwarts He[REDACTED], seinem Mieter De[REDACTED] versprochen hat, Tankstelle und Garagen solange in eigene Verwaltung zu nehmen, bis De[REDACTED] aus dem Kriege zurückkehre. Diese Vereinbarung ist vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei dahin ausgelegt worden, dass nach dem Willen der Parteien die Rechte und Pflichten des Mieters ruhen und nach dessen Rückkehr ohne weiteres wieder aufleben sollten.

4. Das Berufungsgericht hat der Heimkehr des De[REDACTED] seinen Tod in der Kriegsgefangenschaft gleichgesetzt und ist davon ausgegangen, dass mit seinem Tode seine Rechte als Mieter nach § 4 des Vertrages auf die Klägerin übergegangen seien. Da die Klägerin, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, als alleinige Erbin ihres Mannes ungehindert in der Lage sei, die Rechte aus dem Mietvertrag auszuüben, sei der Grund für die Verwaltung des Beklagten aus einem anderen Grunde weggefallen, als von den Beteiligten angenommen worden sei. Dieser Wegfall habe die gleiche Bedeutung wie das vereinbarte Ende der Verwaltung. Daher müsse nach § 157 BGB angenommen werden, dass die gleiche Regelung getroffen worden wäre, wenn die Vertragspartner an den Fall, dass De[REDACTED] vor seiner Rückkehr starb, gedacht hätten.

Dieser ergänzenden Auslegung des Vertrages, die das Berufungsgericht nach § 157 BGB vorgenommen hat, kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass der Tankstellenvertrag, den De[REDACTED] mit der Firma O[REDACTED] abgeschlossen habe, nicht vererblich und daher mit dem Tode De[REDACTED] beendet gewesen sei. Sie meint, unter diesen Umständen sei durch den Tod

des De[REDACTED] eine ganz andere Sachlage geschaffen worden als im Falle seiner Heimkehr. Die Rückgabe der Tankstelle vom Beklagten an einen Erben De[REDACTED] habe keinen Sinn gehabt, wenn zwar der Beklagte, nicht aber der Erbe die Tankstelle habe betreiben können.

Diese Rüge ist nicht begründet, denn der Umstand, dass der Tankstellenvertrag keine Bestimmung über die Vererblichkeit der aus ihm sich ergebenden Rechte enthält, steht entgegen der Ansicht der Revision der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung nicht entgegen. Auch wenn De[REDACTED] vor seiner Einberufung zur Wehrmacht oder nach seiner Rückkehr und nach Wiederinbetriebnahme der Tankstelle gestorben wäre, würde sich die gleiche Situation ergeben haben, denn auch in diesen Fällen wären nach den klaren Bestimmungen des Vertrages die Rechte De[REDACTED] aus dem Mietvertrag auf die Klägerin übergegangen, während ihr Rechtsverhältnis zu der Firma O[REDACTED] durch Verhandlungen mit dieser Firma hätte geklärt werden müssen. Es ist daher nicht einzusehen, dass dieser Umstand die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung als unmöglich erscheinen lässt. Ist die Auslegung aber rechtlich möglich, so ist das Revisionsgericht an sie gebunden.

6. Das Berufungsgericht hat weiter im Ergebnis zutreffend verneint, dass das Mietverhältnis durch Kündigung beendet worden sei. Ob der Beklagte der Klägerin gegenüber die von ihm behaupteten Erklärungen abgegeben hat, die als eine Kündigung des Mietverhältnisses zum 31. Dezember 1950 gewertet werden könnten, kann dahingestellt bleiben. Das Mietverhältnis der Parteien genoss bis zum Inkrafttreten des Geschäftsraummietengesetzes vom 25. Juni 1952

(BGBI I, 338) und der ihm vorausgegangenen Verordnung über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27. November 1951 (BGBI I, 926) Kündigungsschutz nach dem Mieterschutzgesetz. Daher würde eine vorher ausgesprochene Kündigung der Rechtswirksamkeit entbehren. Soweit in Erklärungen, die der Beklagte nach Aufhebung des Mieterschutzes abgegeben hat, insbesondere in seinen Prozesserkklärungen eine Kündigung zu erblicken ist, könnte sie nach § 4 des Mietvertrages erst zum 31. Dezember 1955 eine Beendigung des Mietverhältnisses herbeiführen.

7. Mit Recht hält das Berufungsgericht auch den Einwand der Verwirkung für unbegründet. Es hat hierzu folgendes ausgeführt:

Bis zum Eintreffen der Nachricht vom Tode ihres Mannes habe die Klägerin keinen Anlass gehabt, sich um die Tankstelle und die Garagen zu kümmern, denn bis dahin habe die Vereinbarung bestanden, dass der Beklagte Tankstelle und Garagen verwalte. Unbestritten habe die Klägerin erst im Herbst 1948 die Nachricht erhalten, dass ihr Mann gestorben sei. Dass sie daraufhin nicht alsbald Ansprüche auf die Tankstelle erhoben habe, könne der Beklagte nicht nachweisen. Vielmehr habe die Zeugin He [REDACTED] bekundet, dass es sofort nach der Wiedereröffnung der Tankstelle zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu Zwistigkeiten gekommen sei. Auch wenn man der Darstellung des Beklagten folge, dass die Klägerin erst im Frühjahr 1949 bei ihm vorstellig geworden sei, sei dies noch rechtzeitig gewesen, wenn man beachte, dass die Klägerin sich nach dem Eintreffen der Todesnachricht auch noch um andere Dinge habe kümmern müssen und dass He [REDACTED] nach dem letzten Schriftsatz des Beklagten die Tankstelle erst seit dem 13. Januar 1949 in eigener Konzession betreibe.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe den Sachverhalt nicht vollständig gewürdigt und daher § 286 ZPO verletzt. Diese Rüge ist unbegründet. .

a) Die Revision irrt, wenn sie meint, das Berufungsgericht habe berücksichtigen müssen, dass für die Klägerin ein Interesse an der O-Tankstelle auf dem Grundstück des Beklagten nicht in Betracht gekommen sei, weil sie als Inhaberin einer Esso-Tankstelle wegen der Ausschliesslichkeitsklausel der Tankstellenverträge zum Betrieb einer O-Tankstelle auf dem Grundstück des Beklagten der Genehmigung der Esso-Mineralölgesellschaft bedurft hätte und deren Genehmigung nur bei gleichzeitiger Errichtung einer Esso-Tankstelle auf dem Grundstück des Beklagten erreichbar gewesen wäre. Mit diesem Vorbringen hat der Beklagte in den Vorinstanzen nur nachweisen wollen, dass die Errichtung einer Esso-Tankstelle (Esso-Standard) auf dem Grundstück des Beklagten Vertragsbedingung gewesen sei. Das Berufungsgericht hat diesem Vorbringen mit Recht keine Bedeutung beigemessen, weil die tatsächliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen in den Jahren 1938 - 1940 ergeben hat, dass die Vertragsbedingungen der Treibstofflieferanten nicht im Wege standen, denn De hat in dieser Zeit sowohl die O-Tankstelle auf dem Grundstück des Beklagten durch He betreiben lassen als auch die Esso-Tankstelle auf einem anderen Grundstück betrieben. Unter diesen Umständen bestand für das Berufungsgericht keine Veranlassung, dieses Vorbringen des Beklagten auch im Zusammenhang mit der Frage zu würdigen, ob die Klägerin ihre Rechte aus dem Vertrage verwirkt habe. Hierzu bestand umsoweniger Anlass, als der Beklagte die behauptete Verwirkung auch nicht mit diesem Vorbringen begründet hat.

b) Soweit die Revision unter Hinweis auf die Aussage des Zeugen He[REDACTED] behauptet, die Klägerin habe der Erteilung der Konzession an den Zeugen zugestimmt und dem Abschluss eines Tankstellenvertrages zwischen He[REDACTED] und der Firma O[REDACTED] widerspruchslös zugesehen, handelt es sich um tatsächliches Vorbringen, das der Beklagte in dieser Art in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen hat. Es kann daher auch in dieser Form im Revisionsrechtszug nicht berücksichtigt werden (§ 561 ZPO). Der Beklagte hat sich, wie sein Schriftsatz vom 31. März 1953 zeigt und ersichtlich auch vom Berufungsgericht angenommen worden ist, in dieser Hinsicht die Aussage der Eheleute He[REDACTED] zu eigen gemacht, von denen der Ehemann He[REDACTED] bekundet hat. er habe schon im Jahre 1945 die Konzession zum Betriebe der Tankstelle beantragt; die Klägerin habe davon gewusst und sei damit einverstanden gewesen; sie habe im Jahre 1947 gesagt: "Nun hast Du es ja erreicht; wenn eine Tankstelle in D[REDACTED] eröffnet wird, so ist das Deine". Nach der Aussage der Ehefrau He[REDACTED] soll die Klägerin wiederholt erklärt haben: "Das ist Eure Tankstelle". Das Berufungsgericht hat diese Zeugenaussagen gewürdigt, ihnen jedoch, wie es wörtlich ausführt, "weder eine rechtsgeschäftliche noch eine beweisfördernde Bedeutung beigemessen". Es meint, die von den Zeugen bekundeten Bemerkungen der Klägerin müssten sich nicht auf eine Inhaberschaft eigener Mietrechte, sondern könnten sich ebenso gut auf eine Betreuung beziehen, wie sie He[REDACTED] vor 1940 ausgeübt habe. Es liege näher anzunehmen, dass die Klägerin mit ihren Äusserungen die Sicherung der Existenz und weniger die rechtliche Stellung He[REDACTED] gemeint habe. Da diese Erwägungen des Berufungsgerichts im Rahmen der dem Tatrichter obliegenden Beweiswürdigung liegen,

erweisen sich die Angriffe, die die Revision in diesem Zusammenhang erhebt, als Angriffe gegen die Beweiswürdigung. Indes hat das Berufungsgericht eine sachentsprechende Würdigung vorgenommen, die keinen Rechtsfehler erkennen lässt. Wenn man berücksichtigt, dass He[REDACTED] auch im Jahre 1940 im Einverständnis mit dem Mieter De[REDACTED] die Tankstelle auf eigene Rechnung geführt hat, so zwingen die Aussagen der Eheleute He[REDACTED] nicht zu dem Schluss, dass die Klägerin auf die Rechte aus dem Mietvertrag verzichtet oder diese Rechte verwirkt habe. Das ist umso weniger der Fall, als die angeblichen Äusserungen der Klägerin in eine Zeit fallen, in der sie noch keine Kenntnis von dem Tode ihres Mannes hatte und daher nicht rechtswirksam auf dessen Rechte verzichten konnte.

c) Ebenso hat das Berufungsgericht auch die sonstigen von der Revision hervorgehobenen Umstände bei seiner Entscheidung nicht ausser acht gelassen, wie die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergeben. Der Frage, ob die Klägerin sich bereits mit der Firma O[REDACTED] in Verbindung gesetzt hatte, hat das Berufungsgericht keine Bedeutung beigemessen, weil es ein Übereinkommen mit der Firma O[REDACTED] für verfrüht gehalten hat, solange der Beklagte der Klägerin den Besitz an der Tankstelle vorenthielt. Diese Erwägung liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist daher der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen.

Die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, dass eine Verwirkung nicht bewiesen sei, ist daher für das Revisionsgericht bindend.

8. Schliesslich sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob die Erfüllung des Anspruchs unmöglich geworden ist, aus Rechtsgründen nicht zu bean-

standen. Nach der zu billigenden Annahme des Berufungsgerichts berührt die Frage, ob die Klägerin von der Firma O. die Erlaubnis zum Betrieb der Tankstelle erhalten werde, nur die Verwertung des Mietgegenstandes durch den Mieter, sie hindert aber nicht, dass der Mietgegenstand an den Mieter herausgegeben werde.

9. Da das angefochtene Urteil auch sonstige Verletzungen des sachlichen Rechts, die seine Aufhebung begründen könnten, nicht erkennen lässt, war die Revision des Beklagten zurückzuweisen. Mit der teilweisen Neufassung des landgerichtlichen Urteils ist dem inzwischen eingetretenen Parteiwechsel Rechnung getragen worden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Kleinewefers

Dr. Gelhaar

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Haus