

V ZR 160/51

Verkündet am 13. Februar 1953
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Paul F. [REDACTED] in Bad O. [REDACTED],
K. [REDACTED] strasse [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
gegen

die Hotelbesitzerin Henny F. [REDACTED] geb. A. [REDACTED] in
Bad O. [REDACTED], K. [REDACTED] strasse [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -
hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Februar 1953 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrich-
ter Dr. v. Normann, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Piepenbrock
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Hamm vom 6. November 1951 wird auf Ko-
sten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Sohn der Beklagten. Der Vater des Klägers und Ehemann der Beklagten ist am 14. April 1943 gestorben. Er hatte auf dem Grundstück K[REDACTED]strasse in Bad O[REDACTED] eine Bäckerei sowie eine Gast- und Schankwirtschaft betrieben. Acht Fremdenzimmer waren zur Überlassung an Pensions- und Hotelgäste eingerichtet. Er hatte dazu eine Erlaubnis seit 9. Januar 1926 bzw. 27. Mai 1938. Am 8. Juli bzw. 20. September 1943 setzte sich die Beklagte mit dem Kläger und drei weiteren Kindern auseinander. Sie übernahm den Nachlass und das Grundstück gegen Zahlung von je 4000 RM an ihre Kinder. Nachdem am 30. April 1947 der Kläger die Meisterprüfung als Bäcker abgelegt hatte, schlossen die Parteien am 12. Juni 1947 einen notariellen Vertrag, wonach die Beklagte dem Kläger den Grundbesitz überliess, sich aber auf Lebenszeit Verwaltung und Nutzniessung vorbehielt. Der Kläger wurde ermächtigt, nach dem Tode seiner Mutter das Grundstück an sich selbst aufzulassen. Dazu wurde ihm Auflassungsvormerkung bestellt. Damit sollte er gleichzeitig vom väterlichen Nachlass abgefunden sein. Schliesslich heisst es unter § 9:

"Auf dem übertragenen Grundbesitz befindet sich ein Gastwirtschaftsbetrieb sowie Bäckerei, die infolge der Evakuierung der Stadt Bad O[REDACTED] belegt sind. Sollten die Räume der Gastwirtschaft und die Bäckerei frei werden, verpflichtet sich die Ersterschienene [die Beklagte], diese Betriebe sowie die dazugehörigen Räume dem Zweiterschiedenen [dem Kläger] gegen eine angemessene Entschädigung zu überlassen."

Am 27. September 1947 verheiratete sich die Beklagte wieder mit dem Bademeister Heinrich K[REDACTED]. Dadurch erlosch die Konzession für den Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb, die nach dem Tode ihres ersten Mannes zunächst auf die Beklagte übergegangen war. Am 30. Juli 1948 wurde

die zweite Ehe der Beklagten geschieden, und diese nahm wieder den Familiennamen ihres ersten Mannes an. Damit lebte aber die Konzession nicht wieder auf. Der Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb ruhte zunächst. In den Fremdenzimmern waren verdrängte Einwohner von Bad O [REDACTED] untergebracht. Die im Keller gelegenen Schankräume waren an eine Lebensmittelhandlung G [REDACTED] vermietet. Im Jahre 1947 nahm die Beklagte den Beherbergungsbetrieb wieder auf. Sie baute in der Folgezeit im Erdgeschoss nach rückwärts zwei Räume zur Bewirtung ihrer Gäste an. Dazu erbat sie am 27. Dezember 1949 eine neue Konzession, die ihr am 30. Juni 1950 für zwei Schankräume und fünf Fremdenzimmer im Erdgeschoss und zwei Fremdenzimmer im Obergeschoss erteilt wurde.

Der Kläger verlangte von der Beklagten unter dem 30. November 1950 Erklärung, ob sie zur Erfüllung des § 9 des Vertrages vom 12. Juni 1947 bereit sei. Sie liess am 4. Dezember 1950 antworten, der Kläger könne die beiden Räume, in denen früher die Gastwirtschaft betrieben worden sei, nach ihrem Freiwerden übernehmen. Der Kläger forderte aber, dass die Beklagte diese Räume vorher her- und einrichte und ihm ausserdem einen Küchenraum und anteiligen Keller überlasse. Er hatte sich inzwischen an die Stadtverwaltung wegen einer Konzession gewandt. Diese antwortete unter dem 29. Dezember 1950, dass wegen der für die Beklagte bereits bestehenden Konzession ein Bedürfnis für die Zulassung einer weiteren für dasselbe Haus nicht anerkannt werde. Nunmehr verlangte er im Januar 1951 von seiner Mutter Aufgabe ihrer Konzession und drohte ihr gleichzeitig Schadensersatzansprüche an.

Am 6. Februar 1951 hat der Kläger Klage erhoben und den Antrag gestellt,



die Beklagte zu verurteilen,

1. zu seinen Gunsten auf die ihr erteilte Konzession zum Betrieb einer Gastwirtschaft im Hause K[REDACTED]-strasse Nr. [REDACTED] zu verzichten und
2. zwei Räume im Erdgeschoss des Hauses mit Küche und Kellerraum an ihn herauszugeben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 21. März 1951 der Klage stattgegeben.

Am 30. März 1951 hat die Beklagte die Erlaubnis zur Erweiterung der Gastwirtschaft auf die zwei im Kellergeschoß gelegenen Räume, die bisher das Lebensmittelgeschäft G[REDACTED]-[REDACTED] innehatte und die frei geworden waren, beantragt. Diese Erlaubnis ist ihr am 7. Juli 1951 erteilt worden. Vorher hatte sie schon Anfang März unter der Bezeichnung "Altdeutsche Bierstuben" den Betrieb eröffnet und dessen Führung einem gewissen L[REDACTED] übertragen.

In der Berufungsinanz hat die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Kläger hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen,

- a) zu seinen Gunsten auf die ihr erteilte Konzession zum Betrieb einer Gastwirtschaft im Hause K[REDACTED]-strasse [REDACTED] in Bad O[REDACTED] gegenüber der zuständigen Behörde zu verzichten,
- b) mit ihm folgenden Pachtvertrag über den in Bad O[REDACTED] K[REDACTED]-strasse [REDACTED] befindlichen Gastwirtschaftsbetrieb abzuschliessen:

§ 1.

Verpachtet wird der Betrieb der Gastwirtschaft nebst zugehörigen Räumen, Anlagen und Einrichtungen, bestehend aus 2. Gasträumen mit Nebenräumen und Küche

im Kellergeschoss, 1 Vorratskeller, Herren- und Damentoilette in Keller- und Erdgeschoss (diese eventuell zur Mitbenutzung) sowie der zugehörige Garten mit folgenden Einrichtungsgegenständen: 1 Biertheke, komplett mit Glas- aufsatz für EBwaren, 1 Gläserschrank, 6 kleine Tische für vier Personen, 2 grosse Tische für sechs Personen, 1 Stammtisch, ca. 40 Stühle, 10 Tische im Garten, ca. 30 Stühle im Garten.

§ 2.

Das Pachtverhältnis ist nur aus einem wichtigen Grunde kündbar.

§ 3.

Als Pacht wird ein Entgelt in Höhe von 6% des Umsatzes vereinbart.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht lässt es dahingestellt, ob die Abmachungen der Parteien vom 12. Juni 1947 einen Übergabevertrag oder einen Erbvertrag darstellen. Auch im letzteren Falle sei es zulässig gewesen, mit ihm einen Vertrag unter Lebenden zu verbinden. Bei den Bestimmungen des § 8 - dabei ist offensichtlich § 9 gemeint - handle es sich um einen Vorvertrag für einen noch abzuschliessenden Pachtvertrag.

Die Revision hält es nicht für zweckmässig, dass die

rechtliche Beurteilung des Vertrags vom 12. Juni 1947 offengelassen wurde. Sie nimmt an, dass es sich um einen "Übergabevertrag" hinsichtlich des gesamten Grundbesitzes, also eine vorweggenommene Erbfolge handle. "Dieser Überlassungsvertrag" - die Revision meint damit offensichtlich dasselbe wie mit den Ausdrücken "Übergabevertrag" und "Obertragsvertrag" - sei zum Teil erfüllt worden, da gemäss § 2 des Vertrags die zum Grundbesitz der Beklagten gehörigen Bauplätze der Frau R. [REDACTED], der Schwester des Klägers, übertragen und die Räume der Bäckerei dem Kläger in Erfüllung des Überlassungsvertrags übergeben worden seien. Die Rechtslage hinsichtlich der Bäckerei sei aber dieselbe wie hinsichtlich der Gastwirtschaft. Der Kläger verlange nunmehr nur die Erfüllung des restlichen Anspruchs. Es handle sich nicht um einen Anspruch aus einem Vorvertrag auf Abschluss eines besonderen Pachtvertrags, sondern um die Erfüllung einer im Überlassungsvertrag übernommenen Verpflichtung der Beklagten zur abkündigenden Übergabe der Räume der Gastwirtschaft. § 8 - gemeint ist § 9 - stehe im Rahmen eines Überlassungsvertrags, er sei dem "Übertragsvertrag" nicht nur angehängt, sondern sei ein Bestandteil dieses Vertrags.

Diese Angriffe können die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht widerlegen. Dieses trennt mit Recht die §§ 1 bis 8 und den § 9 des Vertrags vollständig. Selbst wenn der erste Teil des Vertrags einen Übergabevertrag darstellen sollte, so wäre er nicht erfüllt. Die Auflassung und Eintragung im Grundbuch hat nicht stattgefunden, denn die Auflassung war bis nach dem Tod der Beklagten hinausgeschoben worden. Der Kläger ist also noch nicht Eigentümer geworden, der Niessbrauch konnte noch nicht bestellt werden. Und wenn gesagt ist, dass die Übergabe nicht stattgefunden habe, so konnte dies nur besagen, dass die Beklagte den unmittelbaren Besitz, den sie ohne-

hin schon hatte, behalten habe. Dabei ist ohne Belang, dass die zu dem ursprünglich vorhandenen Grundbesitz gehörigen Bauplätze inzwischen der Frau R. übertragen worden sind, denn die Beklagte hat in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vorgetragen, dies sei mit Zustimmung des Klägers, also nicht durch ihn, geschehen. Diese Übertragung ist vielmehr durch die Beklagte vorgenommen worden, wie sich auch aus dem bei den Grundakten (Bd 40, Bl 1669 Bl 10) liegenden Vertrag vom 26. September 1947 ergibt. Würde man annehmen, dass der § 9 in dieses Vertragswerk eingebaut sei, so müsste dies dahin führen, dass die Beklagte einen Teil der ihrem Niessbrauchsrecht unterliegenden Räume, nämlich die Räume der Gastwirtschaft und der Bäckerei, aber erst nachdem sie Niessbraucherin geworden ist, dem Kläger freizugeben hätte. Der Anspruch würde also noch gar nicht bestehen. Der Kläger ist deshalb nicht beschwert, wenn das Berufungsgericht mit Recht und in durchaus richtiger Berücksichtigung des Willens und der Belange der Parteien den § 9 des Vertrags als eine selbständige Vereinbarung unter Lebenden angesehen hat. Dem Berufungsgericht ist auch beizustimmen, dass es zulässig ist, eine solche Vereinbarung, die eine Übergangsregelung darstellen soll, sowohl mit einem Erbvertrag wie mit einem Übergabevertrag, dessen Erfüllung noch aufgeschoben werden soll, zu verbinden. Das Berufungsgericht konnte daher die Frage, wie das zusammengehörige Vertragswerk der §§ 1 bis 8 rechtlich zu beurteilen ist, dahingestellt lassen.

Auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es handle sich bei § 9 des Vertrags um einen Vorvertrag für einen noch abzuschliessenden Pachtvertrag, sind Bedenken nicht zu erheben.

Hinsichtlich der Bäckerei hat der spätere Abschluss eines entsprechenden Vertrags keine Schwierigkeiten gemacht, da die Bäckerei in abgeschlossenen Räumen betrieben wird, bei denen

kein Zweifel besteht, dass sie zum Bäckereibetrieb gehören.

Anders ist es bei der Gastwirtschaft. Es ist nicht ganz klar, was im § 9 des Vertrags unter "Gastwirtschaft" zu verstehen ist. Auf dem Grundstück wurde ursprünglich ausser der Bäckerei eine Schankwirtschaft und ein Beherbergungsunternehmen betrieben. Nach der Bedeutung, die in Rechtsprechung und Schrifttum zum Gaststättengesetz vom 28. April 1930 dem Ausdruck "Gastwirtschaft" gegeben wird, ist darunter gerade auch die gewerbsmässige Beherbergung fremder Personen mit oder ohne Verpflegung zu verstehen. (Michelet, Gaststättengesetz 4. Aufl. S. 32; Rohmer-Eyermann 2. Aufl. § 1 Anm 2a, S 7/8). Man könnte also annehmen, daß unter "Gastwirtschaft" der ganze Schank- und Beherbergungsbetrieb verstanden werden soll. Im Vertrag vom 12. Juni 1947 ist der Beherbergungsbetrieb nicht erwähnt. Feststellungen darüber, ob damals dieser Betrieb nicht bestand und ob die Parteien nicht mehr damit rechneten, dass er wieder aufgenommen werde, sind nicht getroffen worden. Offensichtlich machen aber sowohl das Berufungsgericht wie die Parteien einen Unterschied zwischen beiden Betrieben. Das Berufungsgericht spricht vom "Hotel" der Beklagten, dass die Beklagte "in ihren Gewerberäumen" kaum den Verkehr "weiblicher Gäste des Klägers" zu dulden habe, es bestehe Gefahr, dass der Kläger die Benutzung des Gartens "durch die Sommergäste der Beklagten" verbieten könnte, die Führung "zweier Betriebe in demselben Haus" sei nur gemeinsam und unter Schonung der Belange des andern Teils möglich. Der Kläger hat von Anfang an nur zwei Räume mit den dazugehörigen Nebenräumen herausverlangt, und die Revision spricht mehrmals davon, dass die Beklagte sich auf den Beherbergungsbetrieb zu beschränken habe. Sie sagt weiter, ein Nebeneinanderstehen der Betriebe in einem Haus sei, wie Jahrzehnte vorher, ohne weiteres möglich. Es ist also

davon auszugehen, dass unter "Gastwirtschaft" im Sinne des § 9 des Vertrags vom 12. Juni 1947 nur die "Schankwirtschaft" zu verstehen ist und dass der Kläger nicht geltend machen will, dass die Beklagte überhaupt nicht mehr berechtigt gewesen sei, den Beherbergungsbetrieb wieder zu eröffnen.

Das Berufungsgericht sagt, der Vorvertrag umschreibe den Pachtgegenstand - Betrieb mit den dazugehörigen Räumen - und den Pachtzins nur sehr unbestimmt, prüft aber nicht näher, ob der Grad von Bestimmtheit vorhanden ist, ohne den ein Vertrag seine Wirksamkeit verliert. Auch ein Vorvertrag muss inhaltlich den Bestimmungen genügen, die für den eigentlichen Vertrag gelten. Insbesondere müssen, wenn auch alle Einzelheiten des Hauptvertrags nicht festgelegt werden müssen, die im Vorvertrag von den Parteien übernommenen Pflichten bestimmt oder wenigstens in der Weise bestimmbar sein, dass der Inhalt des versprochenen Vertrags richterlich festgesetzt werden kann (RGZ 66, 116 [121]; 106, 174 [175, 177]; 124, 81 [83]; 156, 129 [138]; RG JW 1938, 2740 [2742]; RG SeuffArch 92 Nr 138 S 333; RAG in Arbeitsrechtssammlung 35, 52; BGH vom 17. Dezember 1952, II ZR 19/52). Darüber, ob eine solche Bestimmtheit vorhanden war, bestehen aber Bedenken. Die Revision behauptet, die Parteien seien sich bei Vertragsschluss über die zu überlassenden Räume einig gewesen. Der Zeuge, auf den sie sich dazu beruft, nämlich der Notar, der den Vertrag beurkundete, hat aber nur gesagt, er habe den Eindruck gehabt, dass die Parteien sich über die unter § 9 fallenden Räume einig gewesen seien. Dass eine solche Einigkeit bestanden hat, ist zweifelhaft, da der Kläger selbst noch während des Rechtsstreits seine Ansicht über die herauszugebenden Räume geändert hat. Während er im ersten Rechtszug zwei Räume im Erdgeschoss des Hauses Kanalstrasse 2 gefordert hatte, die ihm im landgericht-

lichen Urteil auch zugesprochen wurden, richtete sich sein Antrag im zweiten Rechtszug auf zwei Gasträume im Kellergeschoß, wobei es sich um verschiedene Räume, nicht bloss um eine ungenaue Bezeichnung handelte. Noch zweifelhafter ist die Bedeutung des Ausdrucks "der zu der Gastwirtschaft gehörigen Räume", vor allem deshalb, da früher und jetzt in dem Hause ausser der Gastwirtschaft auch der Beherbergungsbetrieb geführt wurde und wird. Auch zu diesem werden Nebenräume benötigt. Aber selbst wenn der Beherbergungsbetrieb nicht berücksichtigt wird, ist angesichts des Umstands, dass nur eine Küche vorhanden ist, die Abgrenzung der Nebenräume zweifelhaft.

Es bestehen also Bedenken, ob der Vorvertrag über die Gastwirtschaft den Inhalt des Rechtsgeschäfts mit der erforderlichen Bestimmtheit enthält, selbst wenn man berücksichtigt, dass an einen Vorvertrag zwischen Mutter und Sohn nicht so strenge Anforderungen gestellt werden müssen wie an eine Vereinbarung mit Familienfremden.

Das Berufungsgericht ist auf diese Frage nicht eingegangen. Es hält den Anspruch des Klägers aus anderem Grund nicht für begründet. Es führt aus, Voraussetzung der von den Parteien mit § 9 des Vertrags vom 12. Juni 1947 geplanten Regelung des beiderseitigen Verhältnisses sei Einverständnis und gegenseitige Rücksichtnahme gewesen. Das ergebe sich daraus, dass die vertragliche Festsetzung so kurz und ungenau gewesen sei, wie sie bei einem Vertrag mit einem Familienfremden sicherlich nicht getroffen worden wäre, ebenso daraus, dass bei der Notwendigkeit der gemeinsamen Benutzung von Nebenräumen, wie von Küche, Keller und Klosett, Schwierigkeiten entstünden, die nur überbrückt werden könnten, wenn die Parteien sich vertrügen und man annehmen dürfe, dass es so bleiben werde. Nunmehr seien die Parteien miteinander verfeindet. Diese

Tatsache müsste die Beklagte hinnehmen, wenn sie allein oder überwiegend daran schuld wäre. Das sei aber nicht der Fall. Der Kläger habe es der Beklagten gegenüber in einer Reihe von Fällen am richtigen Verhalten und an der erforderlichen Zurückhaltung fehlen lassen. Im Hinblick darauf sei es der Beklagten unter den besonderen örtlichen Verhältnissen im Haus nicht mehr zuzumuten, mit dem Kläger ein Pachtverhältnis einzugehen.

Die Revision macht demgegenüber geltend, die Beklagte könne nicht einwenden, dass ihre Verpflichtung infolge der persönlichen Spannung unmöglich oder unzumutbar geworden sei. Die Geschäftsgrundlage sei dadurch, dass sie mit dem Kläger, nicht mehr gut stehe, nicht weggefallen, die äusseren Verhältnisse seien dieselben wie früher, die Veränderung der Verhältnisse müsste auch ausserhalb des Machtbereichs der Parteien liegen.

Das Berufungsgericht habe auch unter Verstoß gegen § 286 ZPO übersehen, dass die Beklagte die erste Ursache zu den Spannungen und Differenzen über das Vertragsverhältnis gesetzt habe. Es sei eine grobe Verletzung ihrer Vertragspflichten gewesen, dass die Beklagte eine Schank- und Gastwirtschaft ausgebaut und im Dezember 1949 eine neue Konzession beantragt habe, die sie auch erhalten habe. Damit habe sie dem Kläger die Erlangung der Konzession unmöglich gemacht und damit den Vertragszweck vereitelt. Die Beklagte hätte sich, wenn sie vertragsmässig gehandelt hätte, auf den reinen Beherbergungsbetrieb beschränken müssen. Diese bewusste Vereitelung des Vertragszwecks habe neben anderen Geschehnissen eine persönliche Spannung zwischen den Parteien herbeigeführt. Wegen der eigenen Arglist und vertragswidrigen Verhaltens könne die Beklagte auch nicht in Analogie zu der Lehre von der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund die Auflösung des Vertrags geltend machen.

Auch mit diesen Einwendungen vermag die Revision nicht durchzudringen. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich der allgemeine Rechtsgrundsatz entwickelt (RGZ 150, 193 [1997]), dass bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und damit deren gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit eine Aufkündigung erfolgen könne, und dieser Grundsatz wurde dahin erweitert, dass die Kündigung zulässig ist, wenn die Durchführung des Vertrags durch irgend etwas, vor allem durch die Person des Vertragsgegners, gefährdet wird und deshalb dem Kündigenden nicht mehr zugemutet werden kann. Wenn nun die Lösung eines bereits bestehenden Vertrags zulässig ist, so muss es umso mehr gestattet sein, die durch einen Vorvertrag begründete Verpflichtung zum Abschluss eines Pachtvertrags zu lösen. Dem Berufungsgericht ist nun darin zuzustimmen, dass bei der Verzahnung der beiden Betriebe, des Gastwirtschafts- und des Beherbergungsbetriebs, die teilweise eine gemeinsame Benutzung einzelner Räume erforderlich machen würde, ein so enges, in ständiger persönlicher Berührung sich vollziehendes und von gegenseitiger Rücksicht getragenes Zusammenwirken notwendig ist, wie wenn beide Parteien in einem Gesellschaftsverhältnis oder einem ähnlichen Rechtsverhältnis stehen würden.

Das Berufungsgericht steht aber selbst auf dem Standpunkt, dass der Beklagten die Fortsetzung oder hier die Begründung dieses auf engste Zusammenarbeit gerichteten Vertragsverhältnisses zuzumuten wäre, wenn sie allein oder überwiegend an der Verschlechterung des persönlichen Verhältnisses zwischen den Parteien schuld wäre. Es ist der Revision auch zuzugeben, dass dabei nicht nur das von dem Berufungsgericht gewertete Verhalten des Klägers, sondern auch die Gründe erörtert werden müssen, die zu diesem Zerwürfnis führten, und es ist richtig, dass, wenn die Beklagte zuerst pflichtwidrig den

Vertragszweck vereitelt hätte, das Verhalten des Klägers in einem milderen Licht erscheinen könnte, so dass der Beklagten vielleicht zugemutet werden könnte, trotzdem den Vertrag mit dem Kläger einzugehen.

Die Revision irrt aber, wenn sie meint, die Beklagte habe durch die Beantragung der Konzession für ihren Betrieb ihre Pflichten aus dem Vorvertrag verletzt. In § 9 des Vertrags vom 12. Juni 1947 ist nur die Rede von der Gastwirtschaft und der Bäckerei, nicht dagegen von dem Beherbergungsbetrieb. Ob dieser am 12. Juni 1947 schon wieder aufgenommen war, ergibt sich aus dem Berufungsurteil nicht, jedenfalls stand der Beklagten damals gemäss § 46 GewO die Konzession noch zu, die sie erst mit ihrer Verheiratung verlor. Es ist nun aus dem Vorvertrag nichts darüber zu entnehmen, dass die Beklagte sich verpflichtet hätte oder dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen wären, dass die Beklagte den Beherbergungsbetrieb aufgeben müsste oder nicht wieder aufnehmen dürfte. Im Gegenteil, die Revision trägt selbst vor, die Beklagte habe sich auf den reinen Beherbergungsbetrieb beschränken müssen. Zu diesem Betrieb brauchte sie aber nach der Auskunft des Rechtsamts des Kreises Minden vom 30. Juni 1951 (Bl 52 GA) auch eine Konzession. Das blosses Vermieten von Zimmern und auch der Betrieb von "Fremdenheimen" kann allerdings unter Umständen ohne Vorliegen einer Konzession zulässig sein, und die Entscheidung, ob ein erlaubnispflichtiger Gastwirtschaftsbetrieb oder eine erlaubnisfreie Zimmervermietung vorliegt, muss im einzelnen Fall unter Berücksichtigung des Gesamtgepräges des Betriebs getroffen werden (Michel, Gaststättengesetz, 4. Aufl S 36/37). Die Beklagte durfte aber annehmen, dass sie eine Konzession brauche, nachdem sie eine solche erhalten hatte, und durfte das Hotel auch in einer Weise betreiben, dass eine Erlaubnis nötig wurde, denn dieser Betrieb ist ja die Grundlage ihrer

Existenz. Es ist nicht klar, welche Vorstellungen sich die Parteien beim Abschluss des Vertrags vom 12. Juni 1947 über die Konzession gemacht haben, ob sie etwa dachten, sie könnten beide Betriebe mit derselben Konzession betreiben oder der Kläger könne eine selbständige Konzession für die Gastwirtschaft bekommen. Jedenfalls besteht kein Anhaltspunkt für eine Verpflichtung der Beklagten, auf die ihr für den Beherbergungsbetrieb erteilte Gewerbe-erlaubnis zu verzichten, denn sonst hätte sie diesen nicht mehr in der bisherigen Weise weiterführen können. Es könnte sich nur fragen, ob sie auf die Konzession für die Räume verzichten musste, die sie dem Kläger überlassen sollte. Eine solche Verpflichtung hätte aber nur bestanden, wenn Aussicht vorhanden gewesen wäre, dass der Kläger nach dem Verzicht der Beklagten eine selbständige Konzession für diese Räume erhalten werde, und sie bestand nicht, wenn von vornherein zu erwarten war, dass der Kläger eine Konzession für diese Räume nicht bekommen werde. Damit musste aber nach den Auskünften des Rechtsamts des Kreises Minden von 30. Juni 1951 (Bl 52 GA) und vom 17. Juli 1951 (Bl 61 GA) in der Tat gerechnet werden und zwar nicht deshalb, weil mehrere Personen um die Erlaubnis für dieselben Räume nachgesucht haben, sondern weil zu erwarten war, ein Bedürfnis für zwei selbständige Schankerlaubnisse in einem Haus werde nicht anerkannt werden. Solange also zweifelhaft war, ob der Kläger eine selbständige Konzession für einzelne Räume erhalten werde, kann darin, dass die Beklagte für den von ihr betriebenen Beherbergungsbetrieb um eine Konzession nachsuchte, eine Verletzung ihrer dem Kläger gegenüber obliegenden Verpflichtung nicht gesehen werden. Bei dieser Sachlage bestand auch keine Verpflichtung der Beklagten, wenigstens auf die Konzession für die vom Kläger verlangten Räume zu verzichten, denn ein solcher Verzicht wäre zwecklos gewesen, wenn der Kläger trotz-

dem für diese Räume keine Konzession bekommen hätte und damit den Gastwirtschaftsbetrieb in diesen Räumen nicht hätte ausüben können. Das Nachsuchen um die Konzession für die der Beklagten verbleibenden Räume durfte also dem Kläger keinen Anlass zu dem vom Berufungsgericht gerügten Verhalten geben, so dass dem Berufungsgericht darin beizutreten ist, dass nunmehr der Beklagten nicht mehr zuzumuten ist, in ein so enges Vertragsverhältnis zum Kläger zu treten.

Der Anspruch des Klägers auf Einräumung eines Pachtverhältnisses hinsichtlich der Gastwirtschaft ist daher nicht begründet, und es kann dahingestellt bleiben, ob der Vertrag, soweit er auf Übertragung des Gastwirtschaftsbetriebs ging, nicht von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet war, da eine gesonderte Konzession für den Kläger neben der Konzession, die die Beklagte für sich brauchte und deshalb behalten durfte, nicht zu bekommen war.

Die Revision war daher auf Kosten des Klägers zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. v. Normann

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Piepenbrock