

26

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 105/67

URTEIL

Zustellung gem. § 310
II ZPO ist erfolgt an
a) Klägerin am
5. März 1969
b) Beklagten am
6. März 1969
Klett,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

der Witwe Ella D [REDACTED], D [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Koch Theo B [REDACTED], D [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],
bei Witwe Th. B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ohne mündliche Verhandlung gemäß § 128 Abs. 2 ZPO am 24. Februar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Januar 1967 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verpachtete durch schriftlichen, auf 18. Januar 1960 datierten Vertrag die Gaststätte in ihrem Hause in Düsseldorf, W [REDACTED] straße [REDACTED], für die Zeit vom 1. Februar 1960 bis 31. Januar 1965 an den Beklagten. § 5 des Vertrages lautete:

"Der Pachtpreis für das Pachtobjekt beträgt monatlich 1.600 DM ... Hiermit gelten 60 hl Bier pro Monat als abgegolten. Ein geringerer Bierumsatz begründet keinen Anspruch auf Minderung des Pachtpreises ..."

Ab 1. Juli 1961 zahlte der Beklagte nur noch 900 DM. Durch Rechtsanwaltsschreiben vom 21. Juli 1961 hat er den Vertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung anfechten lassen mit der Begründung, der ihm bei Vertragsschluß an-

- 3 -

gegebene Bierumsatz sei ebenso unrichtig wie der behauptete Gesamtumsatz der Gaststätte. Ende Januar 1965 hat der Beklagte das Lokal geräumt.

Die Klägerin hat Zahlung des Pachtzinses für Juli und August 1961 einschließlich der entstandenen Mahnkosten mit insgesamt 1.419,76 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 6.000 DM nebst Zinsen erhoben und vorgetragen, die Klägerin könne monatlich höchstens 900 DM verlangen. In der Zeit vom 1. Februar 1960 bis 30. Juni 1961 habe sie daher mindestens 11.900 DM zuviel erhalten. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Der Beklagte hat Berufung, die Klägerin Anschlußberufung eingelegt, letztere mit dem Ziel, den Beklagten zur Zahlung weiterer 14.000 DM für die Zeit vom 1. September 1961 bis 30. April 1963 zu verurteilen. Der Anschlußberufung wurde stattgegeben, die Berufung hatte nur hinsichtlich des Zinsanspruchs teilweise Erfolg. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Auf das Urteil des erkennenden Senats vom 2. Februar 1966 - VIII ZR 284/63 - wird Bezug genommen.

Das Berufungsgericht hat nunmehr den Beklagten zur Zahlung von 2.219,76 DM nebst Zinsen verurteilt, die weitergehende Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.



Mit der Revision strebt die Klägerin die Abweisung der Widerklage und die Verurteilung des Beklagten in voller Höhe ihres Klagantrages an. Der Beklagte hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, aus § 5 des Vertrages ergebe sich, daß der Bierumsatz als für die Anpachtung wesentlich Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen sei. Durch diese Vertragsbestimmung habe die Klägerin beim Beklagten die Vorstellung erweckt, 60 hl seien als Richtzahl für den zu erwartenden Bierumsatz anzusehen. Der Umstand, daß nach § 5 ein geringerer Umsatz dem Pächter keinen Anspruch auf Minderung der Pacht gebe, nehme der angegebenen Zahl lediglich den Charakter der Rechtsverbindlichkeit. An der beim Beklagten hervorgerufenen irrigen Ansicht, es sei mit einem monatlichen Bierumsatz von 60 hl zu rechnen, sei dadurch nichts geändert worden.

Tatsächlich sei diese Umsatzvoraussage aber unrichtig gewesen. Nach der Auskunft der Brauerei Wicküler-Küpper sei der Bierumsatz von 44 hl im Jahre 1956 auf 30 hl im Jahre 1959 zurückgegangen. Auch der Beklagte habe zwar zunächst annähernd 40 hl, später aber auch nur noch 30 hl monatlich umgesetzt. Ein Umsatz von 60 hl sei nie erreicht worden.

Dahingestellt könne bleiben, ob der Klägerin bei Vertragsschluß die weit unter 60 hl liegenden Umsatzzahlen des Pachtvorgängers, die ihr mit Schreiben der W [REDACTED]-K [REDACTED]-Brauerei vom 19. Januar 1960 mitgeteilt worden seien, schon bekannt gewesen seien. Es gehe jedenfalls nicht an, ohne jede tatsächliche Grundlage einen besonders günstigen Umsatz vorauszusagen, um dem Vertragspartner den Pachtzins schmackhaft zu machen. Ihr Verhalten sei fahrlässig, weil sie nach ihrem eigenen Vorbringen ohne geschäftliche Erfahrung sei und keinen Einblick in den Betrieb des Pachtvorgängers gehabt habe.

II. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht nur auf den Umsatz an Faßbier abgestellt, ohne zu berücksichtigen, daß der Beklagte ebenso wie sein Vorgänger auch Flaschenbier verkauft und sonstige Umsätze gehabt habe, z.B. durch Ausgabe von Mahlzeiten.

Die Rüge ist nicht begründet. Aus dem vom Berufungsgericht eingeholten, in anderem Zusammenhang noch zu erörternden Gutachten des Sachverständigen Knochke ergibt sich, daß es für die Beurteilung der Rentabilität einer Gastwirtschaft wie der von der Klägerin verpachteten maßgebend auf den Umsatz an Faßbier ankommt. Auf diese Umsatzzahlen hat der Sachverständige daher sein Gutachten gestützt und auf seine ursprüngliche Absicht, sich durch einen Einblick in die Geschäftsbücher des

Beklagten und seines Vorgängers ein Bild vom Gesamtumsatz zu machen, verzichtet. Den Umsatz durch Verabreichung von Mahlzeiten hat der Sachverständige bei seiner Vernehmung durch das Berufungsgericht insoweit für unwesentlich gehalten. Da die Klägerin selbst, auch in der Revisionsinstanz, nicht vorgetragen hat, daß neben dem Umsatz an Faßbier nennenswerte Mengen an Flaschenbier abgesetzt worden sind, durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß für die Höhe des vereinbarten Pachtzinses der Umsatz an Faßbier maßgebend war, und daß deshalb nur zu prüfen war, ob insoweit die von der Klägerin in den Vertrag eingeführte Zahl von 60 hl zutraf oder nicht.

2. Die Revision meint allerdings, es komme nicht darauf an, welchen Umsatz der Beklagte erzielt habe, sondern welcher Umsatz erzielbar gewesen sei. Dabei sei die unter Beweis gestellte Tatsache zu berücksichtigen gewesen, daß die derzeitigen Pächter 1.600 DM zahlten und mit der Gaststätte sehr zufrieden seien.

Das Berufungsgericht stellt, unangefochten von der Revision, fest, der Beklagte hätte bei Kenntnis der wirklichen Bierumsatzzahlen die Gaststätte nicht gepachtet. Ersichtlich ist es davon ausgegangen, daß er nicht verpflichtet war, besondere Maßnahmen zu treffen, um den für die Rentabilität des Lokals, einer reinen Schankwirtschaft, entscheidenden Faßbierumsatz auf eine bisher noch nie erreichte Höhe anzuheben. Mit Recht hat es deshalb darauf verwiesen, auf die Situation bei den derzeitigen Pächtern komme es schon deshalb nicht an, weil diese nach dem eigenen

Vorbringen der Klägerin im Gegensatz zum Beklagten erhebliche Investitionen in Höhe von 27.000 bis 30.000 DM vorgenommen hätten. Unter diesen Umständen lag es, wie das Berufungsgericht annimmt, in der Tat nahe, daß die angebliche Verbesserung der Ertragslage der Gaststätte auf diesen Investitionen und der dadurch bedingten Veränderung der Umsatzvoraussetzungen beruhte. Daß die Pachtnachfolger ihrerseits einen Bierumsatz von 60 hl je Monat erzielen - und darauf kommt es hier allein an -, hat die Klägerin selbst nicht behauptet.

III. 1. Das Berufungsgericht sieht in Übereinstimmung mit dem in dieser Sache ergangenen Urteil des erkennenden Senats vom 2. Februar 1966 in der Abgabe einer Umsatzvorausage ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt für deren Richtigkeit ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden bei Vertragsschluß. Es hat festgestellt, dem Beklagten sei es maßgebend auf den Bierumsatz angekommen; er würde ohne die unzutreffenden Angaben der Klägerin den Vertrag nicht abgeschlossen haben. Andererseits wäre die Klägerin nicht bereit gewesen, so führt das Berufungsgericht aus, dem Beklagten die Gaststätte zu einem geringeren Pachtzins zu überlassen.

Das wird von der Revision nicht angegriffen. Dann aber ist die weitere Schlußfolgerung des Berufungsgerichts zwingend, der Beklagte sei deshalb so zu stellen, als hätte er den Pachtvertrag nicht abgeschlossen (§ 249 BGB).

2. Den Beklagten trifft kein mitwirkendes Verschulden. Als er, wie die Revision meint, erkannte, daß die Angaben der Klägerin über den Bierumsatz nicht annähernd zutrafen, war der Pachtvertrag bereits geschlossen. Der durch diesen Abschluß entstandene Schaden, nämlich die Begründung der Verpflichtung zur Zahlung des angesichts des Bierumsatzes überhöhten Pachtzinses von 1.600 DM, war zu dieser Zeit längst eingetreten.

3. Die Klägerin kann daher nicht Zahlung des vereinbarten Pachtzinses, sondern nur eines Betrages verlangen, der einer nach Bereicherungsgrundsätzen (§§ 812, 818 Abs. 1 BGB) zu berechnenden Nutzungsentschädigung entspricht. Da eine Herausgabe der gezogenen Nutzungen in Natur nicht möglich ist (§ 818 Abs. 3 BGB), hat der Beklagte deren Wert in Geld zu ersetzen. Dieser entspricht im Ergebnis dem angemessenen Pachtzins.

Das Berufungsgericht errechnet die geschuldete Nutzungsentschädigung im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen Knocke mit monatlich 1.000 DM. Was die Revision dagegen vorbringt, ist nicht begründet.

Sie meint, der Sachverständige habe bei der Berechnung der angemessenen Pacht nicht allein auf den Faßbierumsatz abstellen dürfen, sondern auch den Flaschenbierumsatz und die sonstigen Umsätze des Beklagten berücksichtigen müssen. Der Sachverständige hat ausgeführt, bei einer ausgesprochenen Schankwirtschaft

werde nach allgemeiner Verkehrssitte der Pachtzins nach dem Hektoliterumsatz in Bier bemessen. Er ist von einem ortsüblichen Pachtzins von 22 DM je hl ausgegangen und hat ihn unter Berücksichtigung der Tatsache, daß noch andere Waren im Betrieb des Beklagten umgesetzt wurden, auf 25 DM erhöht. Die Bedenken der Revision, das Berufungsgericht habe im Anschluß an das Gutachten eine zu geringe ortsübliche Pacht angenommen, sind daher nicht gerechtfertigt.

IV. 1. Die Klägerin hat hiernach für die Monate ab 1. Juli 1961, in denen der Beklagte lediglich 900 DM gezahlt hat, monatlich noch je 100 DM zu bekommen. Verlangt hat sie bisher nur die rückständigen Zahlungen für die Zeit bis 30. April 1963, das sind 22 Monate. Die Klage ist daher nur in Höhe von 2.219,76 DM - einschließlich der unbestrittenen Mahnkosten - begründet, und mußte im übrigen, wie durch das Berufungsurteil geschehen, abgewiesen werden.

2. Der Beklagte hat in der Zeit vom 1. Februar bis 30. November 1960, d.h. in 10 Monaten, in denen er 1.600 DM gezahlt hat, monatlich 600 DM, insgesamt also 6.000 DM zuviel geleistet, so daß der Widerklage in dieser Höhe mit Recht stattgegeben worden ist.

3. Der Einwand der Revision, das Berufungsgericht hätte berücksichtigen müssen, daß der Beklagte nach § 819 BGB wegen Vorenthaltung des Besitzes an der Gastwirtschaft auf Schadensersatz haften, scheitert, ohne daß es auf weiteres ankommt, schon daran, daß ein derartiger, neben dem Verlangen auf Zahlung von Nutzungs-

entschädigung selbständiger Anspruch bisher weder klage-
weise geltend gemacht noch zur Aufrechnung gestellt
worden ist. Auch sind seine tatsächlichen Voraussetzungen
für den hier in Betracht kommenden Zeitraum vor der
Räumung des Pachtobjekts durch den Beklagten (31. Januar
1965) nicht vorgetragen worden.

V. Die Revision war deshalb mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier