

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2337 097

46

BGB §§ 242 Bc, 535, 549, 553, 581

Hat ein Pächter ohne Erlaubnis des Verpächters ein Fabrikgrundstück langfristig unterverpachtet und hängt die vertragsgemäße Nutzung durch den Unterpächter davon ab, daß er Gewißheit über die Fortdauer des mit dem Pächter geschlossenen Vertrages erlangt, weil er nur dann die erforderlichen Investitionen vorzunehmen vermag, so kann der Unterpächter zur Kündigung des Unterpachtvertrages aus wichtigem Grunde berechtigt sein, wenn der Verpächter zwar den mit dem Pächter geschlossenen Pachtvertrag noch nicht gekündigt und vom Unterpächter noch nicht die Herausgabe des Grundstücks gefordert hat, jedoch die Erlaubnis zur Unterverpachtung nicht erteilen will.

WährG § 3

Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel ohne Genehmigung der zuständigen Stelle nach § 3 WährG ist schwebend unwirksam. Eine nachträgliche Genehmigung hat rückwirkende Kraft.

BGH, Urt. v. 30. Juni 1959 - VIII ZR 128/58 - OLG Braunschweig

VIII ZR 128/58

Verkündet am 30. Juni 1959
[redacted], Justizobersekretär
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 Werner Z [redacted] in B [redacted]-F [redacted],
W [redacted]allee [redacted],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

den Kaufmann Gustav F l [redacted] in Br [redacted], R [redacted]ring [redacted],
Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Braunschweig vom 29. Juli 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte von der Stadt Br [REDACTED] mit Vertrag vom 4. Oktober 1946 Gelände im wesentlichen zum Betriebe einer Ofen- und Herdfabrik gepachtet. Im Vertrage war bestimmt, daß zu einer Unterverpachtung die schriftliche Genehmigung der Verpächterin erforderlich sei. Am 21. September 1949 schloß der Kläger mit einem Fräulein Renate S [REDACTED] und dem Beklagten als Gesellschaftern der Firma Kachel- und Ofenfabrik S [REDACTED] & Z [REDACTED] einen als Pachtvertrag bezeichneten Vertrag, durch den er einen Teil des Geländes, auf dem eine Ofen- und Kachelfabrik betrieben wurde, der Gesellschaft für ihr Unternehmen überließ. Der Vertrag sollte am 1. Oktober 1949 beginnen und bis zum 30. September 1964 laufen. Im Vorspruch zu dem Vertrag heißt es:

"Herr Gustav F [REDACTED], Br [REDACTED], erklärt, daß er in K [REDACTED] ein Grundstück in der Größe von etwa 3.72.56 ha von der Stadt Br [REDACTED] gepachtet habe, welches er auf Grund des Rechtes der Unterverpachtung der Firma F [REDACTED] GmbH verpachtet hätte. Gesellschafter dieser Firma F [REDACTED] GmbH sei er und seine Ehefrau, Geschäftsführer sei er selbst. Auf diesem Pachtgelände betreibe die F [REDACTED] GmbH eine Kachelfabrik und eine Gießerei. Mit Einverständnis der Gesellschafter sei er bereit, vorbehaltlich der Zustimmung der Stadtverwaltung, einen Teil dieses Grundstücks, auf welchem sich die Kachelfabrik befindet, an die Kachel- und Ofenfabrik S [REDACTED] & Z [REDACTED] zu verpachten."

Der § 1 Abs.1 des Vertrages lautet:

"Der Verpächter hat von der Stadt Br [REDACTED] ein Gelände in der Größe von 3.72.56 ha in Kralenriede mit dem Recht der Unterverpachtung gepachtet."

Der in monatlichen Raten zu zahlende Pachtzins sollte jährlich 9600 DM betragen. Zur Sicherung des Pachtzinses sollte die Pächterin vor Beginn des Inkrafttretens des Vertrages den Pachtzins für ein Jahr, also 9600 DM, im voraus zahlen, ohne daß sie dadurch der Verpflichtung enthoben werde, den Pachtzins in monatlichen Raten von



800 DM vom Tage des Inkrafttretens des Vertrages an zu zahlen. Über die Pachtzinszahlung wurde ferner vereinbart, daß für den Pachtzins 8000 Kacheln zum Preise von je 1,20 DM zugrunde gelegt seien. Ändere sich dieser Preis um mehr als 10 % nach oben oder nach unten, so gelte als Pachtzins der Gegenwert von 8000 DM jährlich.

Seit dem 1. Dezember 1951 ist der Pachtzins auf Grund mündlicher Abrede auf monatlich 880 DM erhöht worden.

Einen anderen Teil des von der Stadt Br[REDACTED] gepachteten Geländes verpachtete der Kläger an den Inhaber einer Gießerei und Maschinenfabrik Kliemke.

Die schriftliche Genehmigung zu der in den beiden Verträgen erfolgten Unterverpachtung hat die Stadt Braunschweig nicht erteilt. Eine von dem Kläger nachgesuchte Erlaubnis lehnte vielmehr der Haupt- und Finanzausschuß der Stadt mit Beschluß vom 11. April 1950 ab. Über Gegenvorstellungen des Klägers ist nicht mehr entschieden worden, da Kl[REDACTED] am 19. Dezember 1951 den von ihm gepachteten Teil und den mit dem Vertrag vom 21. September 1949 an die Gesellschaft S[REDACTED] & Z[REDACTED] verpachteten Teil von der Stadt Br[REDACTED] erworben hat. Er ist als Eigentümer seit dem 14. Oktober 1952 im Grundbuch eingetragen worden. Auch Kliemke hat als neuer Eigentümer die Unterverpachtung an Fräulein S[REDACTED] und den Beklagten nicht schriftlich genehmigt.

Fräulein S[REDACTED] ist später aus der Gesellschaft ausgeschieden, desgleichen ein anderer Gesellschafter. Der Beklagte hat den Betrieb der Ofen- und Kachelfabrik seit Ende 1956 eingestellt, angeblich weil die Erzeugung von Kacheln nicht mehr wirtschaftlich war. Er hat dem Kläger mit Schreiben vom 13. November 1956 das Werk zur Übernahme angeboten und ihm für den Fall, daß er, der

Kläger, daran kein Interesse habe, den Vorschlag gemacht, ihm zu gestatten, das Grundstück anderweit zu verpachten oder auf ihm ein artfremdes Unternehmen zu betreiben. Der Kläger lehnte diese Vorschläge ab. Als weitere Verhandlungen zwischen den Parteien scheiterten und der Beklagte in der Folgezeit erfahren hatte, daß die Stadt Braunschweig eine schriftliche Genehmigung zur Unterverpachtung nicht erteilt hatte, stellte er sich mit Schreiben vom 14. Februar 1957 auf den Standpunkt, der mit dem Kläger geschlossene Vertrag sei, da die Zustimmung der Stadt Braunschweig und des Kl[] zur Unterverpachtung fehle, nichtig. Vorsorglich kündigte er in diesem Schreiben den Vertrag zum 31. März 1957 mit der ausdrücklichen Begründung, daß die Voraussetzungen in wirtschaftlicher Hinsicht, die bei Abschluß des Vertrages bestanden hätten, inzwischen durch die Entwicklung in der Ofen- und Kachelindustrie hinfällig geworden seien.

Seit dem 1. Januar 1957 hat der Beklagte keinen Pachtzins mehr bezahlt. Mit der Klage beansprucht der Kläger den Pachtzins für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1957. Von dem Betrage von 2640 DM setzt er einen Betrag von 2111,60 DM, den er dem Beklagten für Kachellieferungen schuldet, ab und verlangt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 528,40 DM.

Der Beklagte glaubt, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein. Er hat Widerklage ursprünglich auf Zahlung von 1100 DM, im zweiten Rechtszuge auf Zahlung von 6100 DM erhoben. In erster Linie beansprucht er die Rückzahlung der als Sicherheit geleisteten Vorauszahlung von 9600 DM. Von dieser Forderung macht er einen Teilbetrag von 6100 DM geltend. Er ist ferner der Auffassung, er habe bis zum 31. Dezember 1956 einen höheren Pachtzins gezahlt, als er geschuldet habe. Er fordert daher hilfsweise Rückzahlung des angeblich zuviel entrichteten Betrages von 5120 DM.

Im zweiten Rechtszuge hat die Landeszentralbank in Niedersachsen durch Bescheid vom 11. April 1958 die Vereinbarung über die Berechnung des Pachtzinses nach dem Preis für Kacheln genehmigt.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers nach dem Antrag der Widerklage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Klage

I. 1. Das Berufungsgericht hält den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag für rechtsbeständig. Es läßt unentschieden, ob die Stadt Br[REDACTED] den Pachtvertrag stillschweigend genehmigt habe und wie die Stellungnahme des späteren Eigentümers Kliemke zu werten sei, und führt aus: Fehle die gemäß §§ 549, 581 Abs. 2 BGB erforderliche Erlaubnis des Verpächters zur Unterverpachtung, so werde dadurch das Verhältnis zwischen dem Pächter und dem Unterpächter nicht berührt, insbesondere führe das Fehlen der Erlaubnis nicht schon von sich aus zu einer schwebenden Unwirksamkeit des Unterpachtvertrages. Gegen diese Auffassung bestehen keine rechtlichen Bedenken. Sie wird von der Revision auch nicht angegriffen.

Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß die Vertragsparteien allerdings ausdrücklich oder stillschweigend die Erlaubnis des Vermieters oder Verpächters auch zur Bedingung des Untermiet- oder Unterpachtvertrages machen können. Es glaubt aber in Übereinstimmung mit dem Landgericht, eine solche Vereinbarung dem Vertrage vom 21. September 1949 nicht entnehmen zu können. Wenn es, so meint das Berufungsgericht, im Vorspruch des Vertrages heiße, der Kläger sei zu

zur Verpachtung "vorbehaltlich der Zustimmung der Stadtverwaltung" bereit, so spreche diese Formulierung nur für einen Vorbehalt, den der Kläger für sich selbst gemacht habe. Das Landgericht, dem das Berufungsgericht beitrifft, führt hierzu näher aus, die Vertragsbestimmung sei dahin auszulegen und zu verstehen, dem Kläger solle für den Fall, daß die Genehmigung nicht erteilt werde, das Recht vorbehalten werden, von dem einmal geschlossenen Vertrag wieder zurückzutreten. Nicht aber habe mit dieser Formulierung ein gleiches Rücktrittsrecht für den Beklagten begründet werden sollen und erst recht habe nach dem Parteiwillen der Vertrag nicht etwa bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam sein sollen. Das Berufungsgericht führt fort, auch aus dem ersten Absatz des § 1 des Vertrages, in dem von einem Recht des Klägers zur Unterverpachtung die Rede sei, ergebe sich nichts anderes. Den Vorbehalt habe nach dem Wortlaut des Vertrages nur der Kläger gemacht, nicht aber hätten die Parteien ihn vereinbart. Daß die Parteien nicht den Willen gehabt hätten, die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung der Grundstückseigentümer abhängig zu machen, ergebe darüber hinaus ihr jahrelanges tatsächliches Verhalten. Beide Parteien hätten den Vertrag fast acht Jahre lang erfüllt. Der Kläger habe sich, als ihm die Erlaubnis zur Unterverpachtung von der Stadt Br [REDACTED] durch Bescheid vom 21. April 1950 formell versagt worden sei, nicht etwa vom Vertrag losgesagt, sondern habe ihn weiter fortgeführt. Auch der Beklagte habe diese Frage jahrelang auf sich beruhen lassen und sie erst Anfang 1957 aufgegriffen. Die getroffene Auslegung des schriftlichen Vertrages werde somit durch das tatsächliche Verhalten der Parteien bestätigt.

2. Gegen diese Auslegung wendet die Revision sich mit auf Verletzung der §§ 157 BGB, 286 ZPO gestützten Rügen.

a) Die Revision meint einmal, das Berufungsgericht habe verkannt, daß der Vorbehalt des Vorspruches sich im § 1 des Vertrages zum Vertragsinhalt verdichtet habe. Da der eindeutige Wortlaut in § 1 keinen Vorbehalt enthalte, könne dieser Vertragsbestimmung auch kein Vorbehalt mehr innewohnen. Die Rüge der Revision geht aber fehl. Eine völlig eindeutige Abrede ist allerdings der Auslegung entzogen (BGB RGRK 11. Aufl. § 133 Anm. 1). Der Revision kann indessen keineswegs darin gefolgt werden, daß die Erklärung des Klägers in § 1 des Vertrages, er habe von der Stadt Braunschweig das Gelände mit dem Recht der Unterverpachtung gepachtet, unter Ausschluß des vom Berufungsgericht angenommenen Vorbehalts eindeutig den Sinn habe, die Erlaubnis der Stadt Braunschweig sei Bedingung oder Voraussetzung für die Wirksamkeit des abzuschließenden Vertrages. Weder ein Hinweis bei Abschluß des Vertrages, daß der Hauptmieter zur Untervermietung der Erlaubnis des Hauptvermieters bedürfe, und die Annahme, die Erlaubnis werde vom Hauptvermieter erteilt werden, noch eine Übernahme der Verpflichtung, die Erlaubnis zu beschaffen, lassen notwendig darauf schließen, daß eine Erteilung der Erlaubnis zur Bedingung für die Wirksamkeit des Untermietvertrages gemacht worden sei (vgl. RGZ 81, 59, 61; BGB RGRK 11. Aufl. § 549 Anm. 3; Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl. § 104 4 S. 637; Niendorff, Mietrecht, 10. Aufl. § 38 1 c S. 290).

b) Die Revision wirft dem Berufungsgericht weiter vor, daß es bei der Auslegung das Vorbringen des Beklagten über die wirtschaftlichen Umstände, die bei dem Abschluß des Vertrages eine Rolle gespielt hätten, nicht berücksichtigt habe. Der Beklagte habe vorgetragen, daß er, um den Fabrikbetrieb in Gang zu setzen, erheblich Investitionen habe leisten müssen und daß der Kläger sich in bedrängter Vermögenslage befunden habe. Die Revision hält unter diesen Umständen die Auslegung des Berufungs-

gerichts für widersinnig, da kein Kaufmann sich der Gefahr aussetzen werde, bei einer Verweigerung der Erlaubnis zur Unterverpachtung auf Ersatzansprüche für seine Investitionen gegen einen mittellosen Schuldner angewiesen zu sein.

Diese Rüge ist ebenfalls nicht begründet. Wenn auch die Entscheidungsgründe nicht ausführlich sind, so ist doch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht die wirtschaftlichen Verhältnisse außer Betracht gelassen hätte. Es setzt sich zwar mit dem Vortrage des Beklagten nicht im einzelnen auseinander. Die Wendung der Entscheidungsgründe, der Senat vermöge mit dem Landgericht dem schriftlichen Vertrag die Vereinbarung, daß seine Wirksamkeit von der Erlaubnis der Stadt Br[REDACTED] habe abhängen sollen, nicht zu entnehmen, läßt indessen erkennen, daß das Berufungsgericht sich die Ausführungen des Landgerichts zu eigen macht. Das Landgericht hat aber erwogen, der Vertrag sei nach wie vor für den Beklagten wirksam, der Kläger habe dem Beklagten für die Möglichkeit, ihm den Gebrauch des Grundstücks zu überlassen, einzustehen und sei ihm, wenn der Eigentümer die Erlaubnis verweigere, zum Schadensersatz verpflichtet. Wenn das Landgericht und das Berufungsgericht den Gedanken verwerten, daß bei Wirksamkeit des Vertrages der Beklagte vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen könne, so ist das keineswegs widersinnig. Es mag unterstellt werden, daß der Kläger sich bei Abschluß des Vertrages in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen befunden hat, und es kann auch sein, daß der Beklagte, wenn er gewußt hätte, daß eine schriftliche Erlaubnis der Stadt Br[REDACTED] zur Unterverpachtung nicht vorlag, keine Investitionen gemacht hätte. Das Berufungsgericht geht aber ersichtlich davon aus, der Beklagte habe den Fabrikationsbetrieb im Vertrauen darauf begonnen, daß die Stadt Br[REDACTED] die

Genehmigung erteilt habe oder erteilen werde, ohne sich darum zu kümmern, ob diese Annahme zutraf. Hierfür hätte sich das Berufungsgericht auch auf den Wortlaut des Vertrages vom 21. September 1949 stützen können. Die Übernahme des Grundstücks nebst Fabrikeinrichtungen erfolgte nach § 4 bereits am 1. Oktober 1949. Nach § 1 mußte bis zum 30. September 1949 der Kaufpreis von 16 626 DM für die vom Beklagten übernommenen Rohmaterialien, Halb- und Fertigfabrikate bezahlt werden. Die erste Pachtzinsrate war nach § 3 am 1. Oktober 1949 fällig. Ausdrücklich heißt es in § 3 sodann, zur Sicherung des Pachtzinses zahle die Pächterin vor Beginn des Inkrafttretens den Pachtzins für ein Jahr im voraus, ohne daß dadurch die Pächterin der Verpflichtung enthoben werde, den Pachtzins in monatlichen Raten von 800 DM vom Tage des Inkrafttretens des Vertrages zu zahlen. Als Tag des "Inkrafttretens" war danach der 1. Oktober 1949 vorgesehen. Hätte der Beklagte sich aber auf eine Übernahme des Pachtbetriebes zum 1. Oktober 1949 eingelassen und eingerichtet, ohne sich über die Genehmigung zur Unterverpachtung zu vergewissern, so lag der Gedanke nicht fern, daß Schadensersatzansprüche entstehen würden, wenn das Grundstück etwa wegen fehlender Erlaubnis des Eigentümers an diesen später einmal herausgegeben werden müßte. Solche Ansprüche hätte der Beklagte jedoch aus §§ 541, 538 BGB nur erheben können, wenn ein wirksamer Pachtvertrag bestand. Wäre der Vertrag dagegen, wie der Beklagte meint, unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen worden, daß die Stadt Braunschweig die Erlaubnis zur Unterverpachtung erteilt, so hätten jedenfalls unmittelbare vertragliche Schadensersatzansprüche nicht bestanden. Die Auffassung des Beklagten, daß die Wirksamkeit des Vertrages von der Erlaubnis der Stadt Br[] zur Unterverpachtung abhängig sei, könnte gerechtfertigt sein, wenn die Parteien vereinbart hätten, daß auf den Beklagten die

Nutzung des Grundstücks erst übergehe, sobald die Stadt Braunschweig die Erlaubnis erteilt habe. Dann hätte der Beklagte Investitionen erst vorgenommen, nachdem er Sicherheit hatte, daß ihm der Besitz des Pachtgrundstückes nicht mehr entzogen werden könne, und die Frage eines Schadensersatzanspruches gegen den möglicherweise vermögenslosen Kläger hätte keine Rolle gespielt. Daß eine solche Abrede getroffen worden sei, hat der Beklagte aber selbst nicht behauptet. Auf bloße Annahmen, Erwartungen, Voraussetzungen kommt es nicht an, mögen sie auch dem anderen Teil erkennbar gewesen sein, sie sind keine Bedingungen. Treffen sie nicht ein, so kann allenfalls die Anfechtung oder eine Umgestaltung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegeben sein (BGB RGRK 11. Aufl. vor § 158 Anm. 7). So ist es auch in dem der Entscheidung RGZ 81, 59 zugrundeliegenden Rechtsstreit gerade der Unterverpächter, der sich gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Unterpächters darauf beruft, daß der Vertrag nur unter der aufschiebenden Bedingung der Erlaubnis des Hauptverpächters geschlossen worden sei, während der Unterpächter eine solche Abrede bestreitet. Die Interessenlage des Beklagten als Unterpächters nötigt daher entgegen der Auffassung der Revision nicht zu der Auslegung, daß der Pachtvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen sei.

Ebensowenig war das Berufungsgericht bei der Auslegung gezwungen, aus dem Umstande einen Schluß zugunsten des Beklagten zu ziehen, daß der Kläger dem Beklagten die Ablehnung der Stadt Br. [REDACTED] nicht mitgeteilt, vielmehr ihm mit Schreiben vom 15. Februar 1957 erklärt hat, um die Berechtigung zur Unterverpachtung solle sich der Beklagte keine Sorge machen, dieser Punkt sei bestimmt in Ordnung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb aus diesem Verhalten hervorgehen müsse, die Parteien hätten den Pachtvertrag nur unter einer Bedingung geschlossen. Der Kläger mag, wenn er dem Beklagten die ablehnende Haltung

der Stadt Br[REDACTED] verschwie, befürchtet haben, der Beklagte werde Schadensersatzansprüche stellen, die gerade gegeben sein konnten, wenn der Pachtvertrag wirksam war.

c) Auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, aus dem fast acht Jahre währenden Verhalten der Parteien ergebe sich, daß sie die Wirksamkeit des Vertrages nicht von der Erlaubnis des Grundstückseigentümers hätten abhängig machen wollen, hält den Angriffen der Revision stand. Allerdings hat der Beklagte endgültige Kenntnis davon, daß der Haupt- und Finanzausschuß der Stadt Braunschweig im Jahre 1950 die Erteilung der Erlaubnis zur Unterverpachtung abgelehnt hatte, erst im Jahre 1957 erlangt. Das Berufungsgericht will aber ersichtlich nicht sagen, der Beklagte habe in Kenntnis dieser Weigerung den Vertrag fortgesetzt. Es geht vielmehr nur davon aus, der Kläger habe die Frage der Erlaubnis jahrelang auf sich beruhen lassen und habe sie erst Anfang 1957 aufgegriffen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind also dahin zu verstehen, daß der Kläger, wenn die Parteien die Wirksamkeit des Vertrages von der Erlaubnis der Stadt Braunschweig abhängig gemacht hätten, sich in dieser Beziehung Gewißheit verschafft hätte und daß sein gleichgültiges Verhalten dafür spreche, er habe den Vertrag als von Anfang an wirksam angesehen.

II. Auf das Vorbringen des Beklagten, der Vertrag habe nachträglich seine Wirksamkeit infolge Kündigung, Rücktritts oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage verloren, braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden. Nachträgliche Beendigung hat der Beklagte erstmalig mit seinem Schreiben vom 14. Februar 1957 geltend gemacht, in dem er für den Fall, daß der Vertrag als gültig anerkannt werde, ihn zum 31. März 1957 kündigte. Mindestens bis zum 31. März 1957 hätte der Vertrag also nach der eigenen Auffassung des Beklagten, sofern er ursprünglich

wirksam abgeschlossen war, seine Wirksamkeit behalten. Mit der Klage hat der Kläger aber Pachtzins für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1957 im Betrage von 2640 DM abzüglich durch Lieferung von Kacheln beglichener 2111,60 DM gefordert. Dem Klagebetrage von 528,40 DM liegt also, wie auch aus dem Schreiben des Klägers vom 11. März 1957 hervorgeht, ein Restbetrag des Pachtzinses für den Monat März 1957 zugrunde, der durch eine spätere Auflösung des Vertrages nicht berührt werden würde.

III. Zur Widerklage hat der Beklagte vorgetragen, der vom Kläger beanspruchte Pachtzins von monatlich 880,--DM sei überhöht. Da der Durchschnittspreis der erzeugten Kacheln 0,60 DM je Stück betrage, werde nach ^{der} Wertsicherungsklausel ein noch unter dem ursprünglich vereinbarten Pachtzins von monatlich 800,-- DM liegender Pachtzins geschuldet. Höchstens belaufe sich aber der Pachtzins auf diesen im Vertrage vereinbarten Betrag, da die spätere Abrede über eine Erhöhung auf 880,-- DM unwirksam sei. Träfe diese Auffassung zu, so wäre die Klageforderung ganz oder zum Teil unbegründet. Wie im folgenden unter B II zur Widerklage ausgeführt wird, bleibt den Einwendungen des Beklagten, die sich gegen die Höhe des verlangten Pachtzinses richten, jedoch der Erfolg versagt, wobei die Hilferwägung aus § 814 BGB zur Widerklage hier gegenüber der Verteidigung gegen die Klage auszuschalten ist.

B. Widerklage

I. Rückzahlung der Pachtzinsvorauszahlung.

Von seinem Standpunkt aus, daß der Vertrag mindestens seit dem 1. April 1957 beendet sei, fordert der Beklagte die Rückzahlung des zur Sicherheit vorausgezählten und nicht verbrauchten Pachtzinses in Höhe eines Teilbetrages von 6100 DM. Außer dem zu A behandelten angeblichen Ausfall der aufschiebenden Bedingung, unter

welcher der Vertrag geschlossen sein soll, handelt es sich im Revisionsverfahren noch um folgende Erledigungsgründe:

1. Der Beklagte macht geltend, der Vertrag mit seinem zuletzt zwischen den Parteien geltenden Inhalt entbehre der nach § 566 BGB vorgeschriebenen Schriftform,, da die Erhöhung des Pachtzinses um 10 % für die Zeit ab 1. Dezember 1951 nicht schriftlich vereinbart worden sei; der Vertrag gelte daher als für unbestimmte Zeit geschlossen.

Das Berufungsgericht erblickt in der Erhöhung des Pachtzinses hauptsächlich deshalb keine wesentliche Änderung des schriftlich geschlossenen Vertrages, weil die Anpassung des Pachtzinses durch die Wertsicherungsklausel bereits im Vertrag berücksichtigt worden sei und die mündliche Vereinbarung über die 10%ige Pachtzinserhöhung lediglich eine Bestimmung des bereits von den wirtschaftlichen Verhältnissen geänderten Inhalts des Vertrages darstelle. Dieser Auffassung ist im Ergebnis beizutreten. Wenn die Parteien im Vertrag vom 21. September 1949 für den Fall einer Erhöhung des Kachelpreises um mehr als 10 % vereinbarten, daß als Pachtzins der Wert von 8000 Kacheln jährlich zu zahlen sei, so ist das der Pachtzins, der bei Eintritt der Preiserhöhung gerade nach der schriftlich abgefaßten Abrede der Parteien geschuldet wurde. Zwar hatte alsdann der ursprünglich vereinbarte Pachtzins eine - möglicherweise nicht unerhebliche - Änderung erfahren. Es kommt indessen, was die Revision verkennt, nicht auf die Änderung des Pachtzinses, sondern auf die Änderung des Vertrages an. Ist die Änderung des Pachtzinses in dem schriftlich abgefaßten Vertrag begründet, so liegt im Fordern und Gewähren des geänderten Pachtzinses keine neue den Vertrag ändernde und daher der Schriftform bedürftige Abrede. Der Pachtzins braucht in schriftlicher

Form nicht zahlenmäßig bestimmt zu sein; es genügt, wenn er sich aus den schriftlich vereinbarten Umständen errechnen läßt. So stellt das Berufungsgericht in unangreifbarer Weise auch fest, die Vereinbarung, daß der Pachtzins um 10 % erhöht werde, also nach einem Kachelpreis von 1,32 DM statt 1,20 DM berechnet werde, hätten die Parteien nur getroffen, um die nähere Bestimmung des bereits vereinbarten Pachtzinses vorzunehmen. Zu der vom Berufungsgericht in Zweifel gezogenen Frage, ob eine Erhöhung des Pachtzinses um 10 % überhaupt eine wesentliche Änderung bedeute und ob der Beklagte sich dem Vorwurf unzulässiger Rechtsausübung aussetze, wenn er sich auf die angebliche Kündbarkeit des Vertrages beruft, braucht danach nicht Stellung genommen zu werden.

2. Der Beklagte stützt seinen Anspruch auch auf eine durch Kündigung nach § 549 Abs.1 BGB herbeigeführte Beendigung des Mietvertrages, da der Kläger die Erlaubnis zur weiteren Unterverpachtung verweigert habe. Das Berufungsgericht hält diese Gesetzesbestimmung zu Recht für unanwendbar, da sie nach § 596 Abs.1 BGB für Pachtverhältnisse nicht gelte. Die Angriffe der Revision gegen die Auslegung des Berufungsgerichts, daß es sich bei dem Vertrag vom 21. September 1949 um einen Pachtvertrag und nicht um einen Mietvertrag handle, gehen fehl. Das Berufungsgericht hat keineswegs verkannt, daß das Wesen des Pachtverhältnisses darin besteht, daß die Pachtsache nach Art und Einrichtung geeignet sein muß, durch ihre Benutzung Erträge abzuwerfen. Das Berufungsgericht hat diese Eignung ohne Rechtsverstoß aus der in § 1 des Vertrages vereinbarten Überlassung von Fabrikgebäuden, Öfen, Maschinen und Einrichtungen in Verbindung mit der ausdrücklich zum Inhalt des Vertrages gemachten Erzeugung von Kacheln entnommen. Darauf, ob der Beklagte die überlassenen Einrichtungen durch eigene Investitionen hat ergänzen müssen, kann es nicht ankommen. Damit wäre nicht

ausgeschlossen, daß auch die Pachtsache zusammen mit den vom Pächter zusätzlich beschafften Einrichtungsgegenständen der Fruchtziehung dient.

3. Der Beklagte glaubt ferner, der Kläger habe ihm arglistig verschwiegen, daß die Stadt Braunschweig eine Erlaubnis zur Unterverpachtung versagt habe. Diese Arglist des Klägers stelle einen wichtigen Grund zur Auflösung des Dauerschuldverhältnisses dar.

Das Berufungsgericht hat nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen, ob der Kläger arglistig gehandelt habe. Es meint, die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien seien nicht so eng miteinander verknüpft, daß ein gutes persönliches Einvernehmen erforderlich sei und die Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens zur Beendigung des Vertrages führen müsse. Im übrigen sei ein wichtiger Grund zur Auflösung des Pachtvertrages in dem Verhalten des Klägers nicht zu erblicken. Tatsächlich habe die Versagung der Erlaubnis zur Untervermietung für den Beklagten bis zur Gegenwart keinerlei praktische Auswirkungen gehabt, da gerade der Kläger den Vertrag fortgesetzt, dem Beklagten also die Nutzung des Pachtgegenstandes weiterhin ermöglicht habe. Der Beklagte sei durch das ohne praktische Auswirkungen gebliebene Verhalten der Stadt Braunschweig ebensowenig beschwert worden, wie durch dasjenige des jetzigen Eigentümers Kl[REDACTED]. Dieser habe in den bestehenden Zustand ebenfalls nicht eingegriffen und habe lediglich erklärt, daß er sich für den Fall einer Neuverpachtung der Kachelfabrik sein Recht vorbehalte; dadurch werde der Kläger nicht berührt. Ein Rechtsirrtum ist entgegen der Auffassung der Revision in diesen Erwägungen nicht zu finden. Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe läßt erkennen, daß das Berufungsgericht das Schweigen des Klägers nicht als schwerwiegenden Umstand ansieht, der geeignet gewesen wäre, den

Vertragszweck derart zu gefährden, daß dem Beklagten unter Berücksichtigung von Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages nicht zugemutet werden könnte. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision hat auch keine Tatsachen vorgebracht, deren Berücksichtigung das Berufungsgericht zu einer anderen Würdigung hätte veranlassen müssen. Das Berufungsgericht hätte im übrigen zur weiteren Stütze seiner Ansicht auch anführen können, daß die Verhandlungen des Klägers mit der Stadt Braunschweig bis zur Veräußerung des Geländeteils an Kliemke noch andauert hatten, die Absage der Stadt Braunschweig also nicht als endgültig angesehen zu werden brauchte, und daß der Kläger später zumindest annehmen konnte, Kl. [REDACTED], der selbst Unterpächter war, werde gegen die ihm bekannte Unterverpachtung an den Beklagten nichts einzuwenden haben.

4. Dagegen läßt das Berufungsgericht bei seiner Auffassung, die Versagung der Erlaubnis zur Unterverpachtung berühre den Beklagten nicht, es unter einem anderen Gesichtspunkt an einer erschöpfenden Würdigung des gesamten Prozeßstoffes fehlen. Insoweit greift die von der Revision erhobene Rüge einer Verletzung des § 286 ZPO durch. Nach § 542 BGB kann der Mieter oder Pächter allerdings nur kündigen, wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch nicht gewährt wird oder wenigstens feststeht, daß er ihm entzogen werden wird. Die bloße Ungewißheit genügt zur Kündigung nach § 542 BGB nicht (BGB RGRK 11. Aufl. § 541 Anm. 1). Wenn das Berufungsgericht aber dem Beklagten mit der Begründung, er habe den Pachtgegenstand bis zur Gegenwart genutzt, jeden Rechtsbehelf versagt, so wird es dem Vorbringen des Beklagten nicht gerecht. Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 25. September 1957 behauptet, er habe sich, als alle Versuche, mit dem Kläger zu einem tragbaren Abkommen zu gelangen, gescheitert seien, mit dem Grundstückseigentümer Kl. [REDACTED] in Verbindung gesetzt, da ihm

weitere Investitionen nur dann sinnvoll erschienen seien, wenn Kl. [REDACTED] ausdrücklich den Ausbau der Fabrik auf dem Grundstück gestattete. In der Berufungsbegründung vom 20. Februar 1958 hat der Beklagte in teilweiser Abweichung von seiner Darstellung im Schriftsatz vom 12. November 1957 weiter vorgetragen, für die Neuanschaffung eines Tunnelofens allein seien etwa 150 000 DM erforderlich gewesen. Er habe Kl. [REDACTED] daher gefragt, ob er damit einverstanden sei, daß er, der Beklagte, die Anlage weaternütze. Das habe Kl. [REDACTED] abgelehnt. Die erforderlichen Investitionen seien unter diesen Umständen mit einem zu großen Risiko verbunden gewesen, denn er laufe Gefahr, von dem Grundstückseigentümer Kl. [REDACTED] aus dem Besitz gesetzt zu werden.

Treffen diese Behauptungen des Beklagten zu, so könnte möglicherweise unter den besonderen Verhältnissen des vorliegenden langjährigen Pachtvertrages die Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt sein. Der Kläger ist dem Beklagten gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Beklagte im ungestörten Genuß des Pachtbesitzes bleibt. Hatte der Kläger ohne Erlaubnis der Verpächter den Unterpachtvertrag geschlossen, bestand die Gefahr, daß wie zuerst die Stadtgemeinde Br. [REDACTED] so nunmehr der neue Eigentümer Kliemke den Pachtvertrag fristlos kündigte und gemäß § 556 Abs. 3 BGB auch vom Beklagten die Herausgabe des Grundstücks forderte. War die vertragsgemäße Nutzung des Pachtgrundstücks aber davon abhängig, daß der Beklagte Gewißheit über die Fortdauer des mit dem Kläger geschlossenen Vertrages erlangte, weil er nach wirtschaftlich berechtigten Erwägungen nur dann die erforderlichen Investitionen machen könnte, so geboten es möglicherweise Treu und Glauben, daß der Kläger dem Beklagten auf dessen Verlangen eine für die Vertragsdauer bindende Erlaubnis des Verpächters zur Unterverpachtung nachwies. Brachte er diese Erlaubnis

nicht bei, so könnte unter Umständen darin, gleichgültig, ob Kl. [REDACTED] zur Verweigerung berechtigt ist oder nicht, eine Verletzung der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen liegen. Da nach der Darstellung des Beklagten mit den gepachteten Maschinen ein wirtschaftlicher Betrieb nicht aufrecht zu erhalten war, neue Investitionen also gerade dann, wenn dem Wunsch des Klägers entsprechend die Fabrikation von Kacheln weiter betrieben werden sollte, erforderlich waren, könnte die vom Kläger nicht beseitigte Ungewißheit den Vertragszweck derart gefährden, daß dem Beklagten nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten wäre. Den Rechtsgrundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse auch ohne vertragliche Grundlage aus wichtigem Grunde gekündigt werden können, hat die Rechtsprechung wiederholt auch auf Miet- und Pachtverhältnisse angewendet (BGH Urt. v. 16. Januar 1959 - V ZR 89/51 - LM BGB § 595 (Nr.1); Urt. des erkennenden Senats vom 24. Februar 1959 - VIII ZR 64/58 - MDR 1959,483; RGZ 150,193,199; 160,361,366; BGB RGRK 11.Auf1. § 553 Anm.2).

Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten nicht geprüft. Seine Feststellungen und der unstreitige Sachverhalt erlauben eine eigene Würdigung des Senates nicht. Wenn das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die schriftliche Erklärung des Zeugen Kliemke vom 15. Oktober 1957, mit deren Verwertung die Parteien im ersten Rechtszuge sich einverstanden erklärt haben, ausführt, Kl. [REDACTED] habe nur erklärt, daß er sich für den Fall einer Neuverpachtung sein Recht vorbehalte, dadurch sei der Beklagte nicht beschwert, so ist diese Würdigung nicht erschöpfend. Der Zeuge hat erklärt, er habe den Kläger am 6. April 1957 darauf hingewiesen, daß nach dem Vertrag mit der Stadt Br. [REDACTED] Unterpachtverträge genehmigungspflichtig seien, falls daher eine Neuverpachtung der Kachelfabrik erfolgen solle, behalte

er sich seine Rechte vor. Der Kläger habe ihm darauf erklärt, daß er über Pachtverhältnisse ihm gegenüber keine Auskunft schuldig sei. Die Behauptung des Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift geht aber dahin, ihm gegenüber habe Kl. [REDACTED] abgelehnt, daß er, der Beklagte, die Anlagen weiter nutzen dürfe. Auch der Brief des Kl. [REDACTED], den er unter dem 8. April 1947 an den Beklagten gerichtet hat, lautet dahin, er werde unter keinen Umständen eine Genehmigung zur Unterverpachtung bzw. Weiterverpachtung erteilen. Die Stellungnahme des Kl. [REDACTED] gegenüber dem Beklagten ist daher aus der schriftlichen Erklärung vom 15. Oktober 1957 nicht zu ersehen. Es kann daher auf die vom Beklagten beantragte Vernehmung des Kl. [REDACTED] als Zeugen ankommen. Die Behauptungen des Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift waren nicht Gegenstand des Beweisbeschlusses des Landgerichts vom 2. Oktober 1957. Der Beklagte war daher trotz der Erklärung seines Prozeßbevollmächtigten im Termin vor dem Landgericht am 29. Oktober 1957, eine förmliche Vernehmung des Kl. [REDACTED] sei nicht erforderlich, nicht gehindert, die Vernehmung des Klienke über die neu vorgetragenen Behauptungen zu beantragen.

Das Berufungsgericht, an das die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird überhaupt unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die gesamten Umstände des Falles zu würdigen haben. So wird sich die Prüfung auch darauf zu erstrecken haben, ob der Beklagte zu weiteren Investitionen willens und in der Lage gewesen wäre. Seine Schreiben vom 13. November 1956 und 14. Februar 1957, in denen er von seinen beabsichtigten Investitionen nichts erwähnt, und das von ihm überreichte Schreiben der Firma G. [REDACTED] in Berlin-Lankwitz vom 7. Februar 1957, wonach selbst im Falle einer Neuinvestition eine Rentabilität wahrscheinlich zur Zeit nicht zu erzielen sei, könnten dagegen sprechen. Wenn der Beklagte in seinem Schreiben vom 14. Februar 1957, in dem

er das Vertragsverhältnis zum 31. März 1957 kündigte, nicht zum Ausdruck brachte, er könne infolge der vom Kläger herbeigeführten Ungewißheit neue Investitionen nicht vornehmen und die Vertragsgrundlage sei aus diesem Grunde erschüttert, so entfällt möglicherweise für den Beklagten überhaupt dieses Schreiben als Grundlage der von ihm erstrebten Beendigung des Vertrages. Es könnte Treu und Glauben widersprechen, wenn der Beklagte sich vom Vertrage lösen wollte, ohne den Kläger zuvor auf die besonderen Gründe hingewiesen und ihm eine angemessene Frist zur Beseitigung der den Vertragszweck gefährdenden Umstände gesetzt zu haben. Daß ein Mieter, der den Vertrag kündigen will, weil der Vermieter seiner Vertragspflicht nicht nachkommt, zuvor dem Vermieter hinreichend Zeit lassen muß, Abhilfe zu schaffen, ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 542 BGB. Wenn aber bei fehlender Gewährung des Gebrauches der Mietsache oder einer Gebrauchsentziehung eine fristlose Kündigung nur zulässig ist, nachdem der Vermieter eine ihm gesetzte angemessene Frist hat verstreichen lassen, so entspricht die Setzung einer angemessenen Frist umsomehr der Billigkeit, wenn nur die Befürchtung besteht, daß einem Pächter die Nutzung der Pachtsache wieder entzogen werden könnte. Nur dann hätte der Beklagte eine Frist nicht zu setzen brauchen, wenn eine Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr gehabt hätte. Auch unter diesen Gesichtspunkten wird das Verhalten beider Parteien zu würdigen sein.

Nicht ausgeschlossen wäre allerdings, daß der Beklagte, wenn er auch ursprünglich ohne zureichenden Grund gekündigt hätte, mit einer neuen Erklärung hätte eine Kündigung aussprechen können. Eine wiederholte Kündigung könnte in der Berufungsbegründungsschrift des Beklagten vom 20. Februar 1958 liegen, in der er nunmehr ausdrücklich geltend macht, der Kläger hätte durch eine Feststellungsklage klären müssen, ob der neue Grundstückseigen-

tümer Kl. den Unterpachtvertrag gegen sich gelten zu lassen verpflichtet sei. Daraus wäre indessen bei dem Stand des Rechtsstreits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zugunsten des Beklagten nichts herzuleiten. Eine mit der Berufungsbegründungsschrift ausgesprochene Kündigung wäre frühestens mit dem Zugang des Schriftsatzes am 25. Februar 1958 wirksam geworden. Für die Zeit vom 1. April 1957 bis einschließlich Februar 1958 wäre weiterer Pachtzins im Gesamtbetrage von 9680 DM fällig geworden. Dieser Pachtzins müßte, weil er für die Zeit bis zur Beendigung des Pachtverhältnisses geschuldet würde, mit dem vorausgezahlten Betrage von 9600 DM verrechnet werden. Die Widerklage wäre also nicht begründet.

Der Vortrag des Beklagten könnte im übrigen auch zur Erwägung Anlaß geben, ob der Beklagte, falls etwa der Kläger durch sein Verhalten schuldhaft den Vertragszweck gefährdet hätte, vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung hätte zurücktreten können (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 13. November 1956 - VIII ZR 3/56 - LM BGB § 326 (A) Nr. 6 = NJW 1957, 57). Auch dabei würde zu berücksichtigen sein, daß das Schreiben des Beklagten vom 14. Februar 1957 auf die Notwendigkeit neuer Investitionen nicht verweist, daß aber für den Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung nur solche Umstände berücksichtigt werden dürfen, auf die die Rücktrittserklärung gestützt ist. Schließlich könnte sich, sofern eine erneute Rücktrittserklärung in der Berufungsbegründungsschrift liegen sollte, dabei die Frage stellen, ob etwa der Beklagte, der mit der Zahlung des Pachtzinses seit März 1957 im Rückstand war, aus einer Vertragsuntreue des Klägers, weil er selbst vertragsuntreu war, keine Rechte herleiten durfte (vgl. RGZ 152, 119, 123 aber auch RGZ 149, 401, 404).

II. Rückzahlung zuviel gezahlten Pachtzinses.

Nur für den Fall, daß das Berufungsgericht auch unter den hier aufgezeigten Gesichtspunkten den Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der Pachtzinsvorauszahlung nicht für begründet hält, käme es noch auf den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung angeblich zu Unrecht gezahlten Pachtzinses an. Hierzu sei bemerkt:

1. Der Beklagte glaubt, selbst für den Fall der Wirksamkeit des Vertrages gegen den Kläger einen Anspruch auf Rückzahlung zuviel entrichteter Pachtzinsen zu haben. Er meint, die Bestimmung des § 3 des Pachtvertrages, wonach bei einer Änderung des Kaufpreises um mehr als 10 % der Gegenwert von 8000 Kacheln jährlich als Pachtzins gelten solle, habe gegen die Vorschrift des § 3 WährG verstoßen. Der Beklagte habe daher in der Zeit vom 1. Dezember 1951 bis 31. März 1957 den erhöhten Betrag von monatlich je 80 DM, insgesamt also 5120 DM, grundlos bezahlt. Auf die Genehmigung der Landeszentralbank in Niedersachsen vom 11. April 1958 könne der Kläger sich nicht berufen. Die Genehmigung wirke nicht zurück. Das Berufungsgericht ist dieser Ansicht nicht gefolgt.

Zu Unrecht zieht die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts in Zweifel, daß die Genehmigung der Landeszentralbank auf den Abschluß des Vertrages zurückwirke. Unter Genehmigung wird im allgemeinen Sprachgebrauch die nachträgliche Zustimmung zu einem ohne diese Zustimmung unwirksamen Geschäft verstanden. Der Sinn einer nachträglichen Zustimmung kann also nur sein, daß das der Zustimmung bedürftige Geschäft so behandelt werden soll, als habe die Zustimmung von Anfang an vorgelegen. Die Rechtsprechung hat, wenn auch die Vorschrift des § 184 BGB über die Rückwirkung einer Genehmigung auf

behördliche Genehmigungen keine unmittelbare Anwendung findet, in ihr doch einen allgemeinen Grundsatz gesehen. Aus dem Wortlaut des § 3 WährG, wonach die Schulden nur mit Genehmigung der Devisenstelle "eingegangen" werden dürfen, kann nicht, wie die Revision will, der Schluß gezogen werden, daß schon bei Vertragsschluß die Erlaubnis vorliegen müsse. Der Gedankengang der Revision würde darauf hinauslaufen, daß bei nachträglicher Erteilung der Erlaubnis bis zur Erteilung das Rechtsgeschäft mangels Genehmigung nichtig wäre und von dem Zeitpunkt der Erteilung an wirksam würde. Eine solche Gestaltung ist unserem Recht aber fremd. Die rückwirkende Kraft der Genehmigung ist, soweit ersichtlich, bisher nicht bezweifelt worden (vgl. Fögen, BB 1958,1259,1264 und Mees NJW 1957,1261). Sie liegt auch der Entscheidung BGHZ 14,306,312 und des erkennenden Senats vom 29. Januar 1957 - VIII ZR 204/56 - WM 1957,401 zugrunde. Für das dem Währungsrecht benachbarte Gebiet der Devisenbewirtschaftung (Militärregierungsgesetz Nr.53) und für die Sperre von Vermögen nach dem Militärregierungsgesetz Nr.52 stimmen ebenfalls Rechtsprechung und Schrifttum in der Auffassung überein, daß dem Verbot widersprechende Geschäfte - von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall beiderseitiger Vereitelungsabsicht abgesehen - schwebend unwirksam sind und eine Genehmigung rückwirkende Kraft hat (BGH Urt. v. 20. März 1953 - V ZR 143/51 - LM MilRegG 52 Art.II (Nr.2); Urt. v. 19. Juni 1953 - V ZR 83/51 - LM MilRegG 52 Art.V (Nr.2) = NJW 1953,1587; Urt. v. 9. Oktober 1958 - II ZR 229/57 - MDR 59,25).

2. Der Beklagte hat weiter hilfsweise vorgetragen, der Durchschnittspreis der von ihm erzeugten Kacheln betrage 0,60 DM je Kachel, sei also geringer als der im Vertrag zugrundegelegte Preis von 1,20 DM. Er habe nach der Wertsicherungsklausel also nur einen Pachtzins von jährlich 4800 DM geschuldet. Um den mehr bezahlten Betrag

sei der Kläger ungerechtfertigt bereichert. Mit der Prozeßrüge aus § 286 ZPO macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den angebotenen Beweis über den Durchschnittspreis der Kacheln nicht erhoben.

Das Berufungsgericht ist allerdings auf das Vorbringen des Beklagten zu diesem Punkt nicht ausdrücklich eingegangen. Ein Rückforderungsanspruch ist indessen schon nach den im anderen Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts und dem eigenen Vorbringen des Beklagten nicht gegeben. Die Zahlung eines Pachtzinses nach dem Kachelpreis von 1,32 DM haben die Parteien nämlich nach der Feststellung des Berufungsgerichts, die es zu der Frage trifft, ob diese Vereinbarung der Schriftform bedurft habe, gerade verabredet, um die in der Wertsicherungsklausel vorgesehene Anpassung des Pachtzinses an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zu vollziehen. Der Beklagte hat danach den erhöhten Pachtzins bewilligt in der Auffassung, daß nach dem Pachtvertrage mit dem in der Wertsicherungsklausel angeführten Kachelpreis der allgemein handelsübliche Preis von Kacheln erster Wahl und nicht etwa nur der Durchschnittspreis gemeint sei, den er mit Rücksicht auf die geringe Qualität der von ihm erzeugten Kacheln erziele; denn er allein kannte den Wert seiner eigenen Erzeugnisse und er allein konnte wissen, daß sie, wie er behauptet, nicht zu dem handelsüblichen Preise abzusetzen waren. Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe läßt erkennen, daß das Berufungsgericht, wie aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist, davon ausgeht, unter dem im Pachtvertrage vereinbarten Kachelpreis sei der allgemein handelsübliche Preis von Kacheln zu verstehen. Im übrigen würde der Beklagte nach seiner eigenen Darstellung den angeblich nicht geschuldeten Teil des Pachtzinses zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gezahlt haben, obwohl er wußte, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war. Die Rückforderung wegen un-

gerechtfertigter Bereicherung wäre daher nach § 814 BGB ausgeschlossen.

C.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Dr.Großmann Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner