

Verkündet am 8. November 1961
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2214 017

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

In dem Rechtsstreit

des Josef K [REDACTED] in M [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Lonny van L [REDACTED],

2. Gerd van L [REDACTED],

beide in M [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. November 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr.Gelhaar, Artl, Dr.Spieler, Dr.Dorschel
und Dr.Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 25. Mai 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der
Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beiden Kläger pachteten oder mieteten durch Vertrag vom 10. Oktober 1950 auf die Dauer von 25 Jahren von den Eigentümern die Grundstücke O[REDACTED]platz [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] in M[REDACTED], die durch Kriegseinwirkung zum größten Teil zerstört waren, zum Zwecke des Wiederaufbaus der Gebäude sowie der Errichtung und des Betriebs eines Lichtspieltheaters und einer Gaststätte. Als Nutzungs-entgelt sollten für den Gaststättenbetrieb 10 % des Bruttoumsatzes gezahlt werden, für das Lichtspieltheater 10 % vom Nettoumsatz. Die Kläger haben das Anwesen aufgebaut, in Betrieb genommen und über das Lichtspieltheater mit Zustimmung der Verpächter anderweit verfügt. Nach dem Vertrage waren sie zur Unterverpachtung des Gaststättenbetriebes berechtigt. Sie verpachteten ihn durch Vertrag vom 17. Oktober 1956 für die Restdauer des Hauptvertrages an den Beklagten. In dem Unterpachtvertrag übereigneten sie ihm die in einem beigelegten Verzeichnis aufgeführten Einrichtungsgegenstände unter Hinweis auf ein möglicherweise bestehendes Vermieterpfandrecht. Als Übernahmeentgelt für das Inventar vereinbarten die Parteien und zahlte der Beklagte bei Abschluß des Vertrages 24 000 DM. Die Kläger waren bei Abschluß dieses Vertrages der Ansicht, daß sie auf Grund des Hauptvertrages den Grundstückseigentümern nichts mehr schuldig seien, und unterrichteten von diesem Standpunkt auch den Beklagten. Deshalb vereinbarten die Parteien in dem Unterpachtvertrag, daß die von dem Beklagten zu zahlende Umsatzpacht von 6 % auf ein bei der B[REDACTED] Hypotheken- und Wechselbank in M[REDACTED] zu errichtendes Sperrkonto eingezahlt werden sollte, über das der Kläger zu 2 und der Beklagte nur gemeinsam verfügen durften und auf das die Kläger die Differenz zwi-

schen dem Unterpachtzins von 6 % und dem Hauptpachtzins von 10 % des Bruttoumsatzes zahlen mußten, bis das dem Beklagten übereignete Inventar nicht mehr für etwaige Verpflichtungen der Kläger gegenüber den Grundstückseigentümern verhaftet war. Die Pacht sollte am 10. jeden Monats unter Vorlage der Abrechnung von dem Beklagten auf das Sperrkonto eingezahlt werden. Der Unterpachtvertrag bestimmt, daß eine Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der zu zahlenden Unterpacht ausgeschlossen ist. Abschnitt VII Absatz 1 des Vertrages lautet:

"Bleibt der Unterpächter länger als 1 Monat nach 14tägiger Mahnung mittels Einschreibebriefes mit den im Unterpachtvertrag übernommenen finanziellen Verpflichtungen im Rückstand, oder verletzt er seine ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen so, daß ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes gegeben ist, so kann das Unterpachtverhältnis außerordentlich mit sofortiger Wirkung gekündigt werden."

In dem Vertrag übernahm es der Beklagte, sich hinsichtlich einer Ablösung der beiden Bareinbauten mit der Firma F. [REDACTED] auseinanderzusetzen, falls eine Tilgung der Einbaukosten durch Aufschlag auf abzunehmende Getränke nicht möglich sein sollte. Dabei sind die Parteien von einem Ablösungsbetrag von 7500 DM ausgegangen.

Am 23. Februar 1957 traten die Kläger ihre Ansprüche gegen den Beklagten aus dem Unterpachtvertrag zum Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger treuhänderisch an die T [REDACTED] Wirtschaftsprüfungs GmbH in M [REDACTED] ab. Diese teilte durch Schreiben vom 5. März 1957 dem Beklagten mit, die Kläger hätten die genannten Forderungen an sie abgetreten. Die Kläger seien nicht befugt, über den Bestand der Forderungen zu verfügen, Abkommen über Zahlungen zu treffen, oder sonst irgend-

welche Vereinbarungen und Verhandlungen vorzunehmen, die den Bestand der Forderungen beeinflussen.

Der Beklagte zahlte die Umsatzpacht auf das auf seinen Namen lautende Konto Nr. 9170 bei der B [REDACTED] Hypotheken- und Wechselbank ein. Das Konto wies am 23. Juli 1958 einen Stand von 19 775,19 DM, am 12. August 1958 ein Guthaben von 23 062,52 DM auf.

Durch Einschreibebrief vom 20. August 1958 ließen die Kläger den Beklagten auffordern, die 6 % Umsatzpacht unter Vorlage der Abrechnungen auf das nach dem Unterpachtvertrag vorgesehene Sperrkonto einzuzahlen und die Bareinbauten abzulösen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen setzten sie dem Beklagten eine letzte Frist bis 5. September 1958. In dem Antwortschreiben des von dem Beklagten beauftragten Rechtsanwalts vom 27. August 1958 teilte dieser mit, daß sich die Umsätze von Oktober 1956 bis Juli 1958 auf 336 914,14 DM beliefen und daß die Umsatzpacht von 6 % bis zu diesem Zeitpunkt 20 214,84 DM betrage. Er forderte die Kläger auf, unter Einzahlung der von ihnen aufzubringenden Differenz von 4 % des Umsatzes zur Hauptpacht, die sich auf 13 476,57 DM errechnete, bis zum 3. September 1958 bei der Errichtung des gemeinsamen Sparkontos mitzuwirken. Am 5. September 1958 erklärten die Kläger dem Beklagten, sie hätten ein Sperrkonto errichtet und bäten um Unterzeichnung der Antragsformulare durch den Beklagten. Dabei wiesen sie darauf hin, daß die T [REDACTED] als dritte Verfügungsberechtigte mitunterzeichnen werde, und lehnten eine Einzahlung ihres Anteils von 4 % der Umsatzpacht mit der Begründung ab, daß das Vermieterpfandrecht der Grundstückseigentümer durch Aufrechnung mit Gegenforderungen der Kläger erloschen sei. Gegen die Grundstückseigentümer hatte die T [REDACTED] im Dezember 1957 Klage auf Zahlung

von 50 000 DM nebst Zinsen auf Grund Abtretung der Kläger erhoben und hiermit einen Teilbetrag angeblich höherer Ansprüche auf Rückzahlung zuviel gezahlter Pacht, Schadensersatz und Ersatz von Aufwendungen gefordert. Über die Klage ist noch nicht entschieden. Das Verfahren ruht seit Ende Oktober 1960.

Mit Schreiben vom 8. September 1958 bat der Anwalt des Beklagten die Kläger, das Sperrkonto nur auf den Namen der Parteien zu errichten, und fragte an, ob die Kläger die 4 % auch einzahlen würden. Mit Schreiben vom 24. Oktober 1958 übermittelten die Kläger den Antrag auf Errichtung eines gemeinsamen Sperrkontos der Parteien unter Weglassung der T [REDACTED] an den Beklagten mit der Bitte um sofortige Unterzeichnung. Da der Beklagte ihr nicht entsprach, kündigten die Kläger durch Einschreibebrief vom 6. November 1958 das Unterpachtverhältnis mit sofortiger Wirkung wegen Nichterfüllung der im Schreiben vom 20. August 1958 genannten Verpflichtungen. In diesem Kündigungsschreiben teilte der von den Klägern beauftragte Rechtsanwalt mit, die ebenfalls von ihm vertretene T [REDACTED] Wirtschaftsprüfungs GmbH sei mit dieser Kündigung einverstanden.

Die Kläger verlangen mit der Klage die Räumung und Herausgabe der Gaststättenräume.

Der Beklagte hat die Sachbefugnis der Kläger für die Klage und für die Kündigung mit der Begründung bestritten, daß sie die Ansprüche aus dem Unterpachtvertrage an die T [REDACTED] abgetreten hätten. Er hat ferner geltend gemacht, ein Grund zur fristlosen Kündigung des Vertrages bestehe nicht. Die Kläger seien ihrer Verpflichtung, die Erfüllung des Unterpachtvertrages durch Erfüllung des Hauptpachtvertrages zu si-

chern, nicht nachgekommen und hätten auch durch die Weigerung der Einzahlung von 4 % der Umsatzpacht auf das Sperrkonto die Fortdauer des Unterpachtverhältnisses in Frage gestellt. Deshalb sei er zur Einzahlung des Unterpachtzinses auf das Sperrkonto nicht verpflichtet. Zweck dieses gemeinsamen Sperrkontos sei es gewesen, unter allen Umständen die Hauptpacht von 10 % für den Fall sicherzustellen, daß die Grundstückseigentümer die Aufrechnung der Kläger nicht anerkennen würden. Die Verzögerung der Barablösung, über die am 22. Dezember 1958 eine Einigung mit der Firma F [REDACTED] erzielt worden sei, sei durch unrichtige Angaben der Kläger in dem Unterpachtvertrag entstanden und deshalb von ihnen selbst verschuldet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und dem Beklagten eine Räumungsfrist bis zum 1. April 1960 gewährt.

Während des Berufungsverfahrens trafen die Kläger am 5. Februar 1960 mit der T [REDACTED] eine Vereinbarung, in der die Übereinstimmung darüber festgestellt wurde, daß die Abtretung der Ansprüche der Kläger im Verträge vom 23. Februar 1957 nur Forderungsrechte betreffe, nicht aber Gestaltungsrechte, wie Kündigung usw. und die sich hieraus ergebenden Ansprüche auf Räumung und Herausgabe, ebensowenig die Rechte auf Rechnungslegung, Rechte auf Abmahnung, Betreten der Mieträume und ähnliche nicht in Geld umsetzbare Rechte. Außerdem kamen die Vertragsparteien in dieser Vereinbarung dahin überein, daß alle Forderungen, Ansprüche und Rechte aus dem Unterpachtvertrag vom 17. Oktober 1956 ausschließlich den Klägern im Rahmen der zwischen ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinsicht-

lich des Aufbaus und der Nutzung des Anwesens O [REDACTED] platz [REDACTED] zuständen. Soweit etwa durch die Vereinbarung vom 23. Februar 1957 wirksam Forderungen, Ansprüche oder Rechte auf die T [REDACTED] übergegangen sein sollten, wurden diese auf die durch die Kläger repräsentierte Gesellschaft bürgerlichen Rechtes, zu Händen des Klägers, zurückübertragen. Gleichzeitig traten die Kläger sicherungshalber die Ansprüche an die T [REDACTED] [REDACTED] ab, die ihnen auf Auseinandersetzung, auf Auszahlung oder auf sonstige Geltendmachung der auf dem nach dem Unterpachtvertrag vom 17. Oktober 1956 zu bildenden Sperrkonto eingezahlten Pachtbeträge gegen die Bank oder gegen den Beklagten, insbesondere auf Einwilligung in die Auszahlung, zustünden. Die Nr.4 dieser Vereinbarung lautet:

"Es besteht weiter zwischen den Parteien Einverständnis darüber, daß Herr und Frau van I [REDACTED] (Kläger) das gerichtliche Räumungsverfahren und auch etwaiges künftiges Verfahren hinsichtlich der Rechnungslegung und Zahlung der Untermietbeträge gegen Herrn Josef K [REDACTED] (Beklagten) durchführt. Die bisherigen Maßnahmen des Anwalts von Herrn und Frau van I [REDACTED], insbesondere die Kündigung vom 6.11.1958 und das Mahnschreiben vom 20.8.58, sowie die Schreiben vom 5.9.58 und 24.10.58 sind im Einverständnis mit T [REDACTED] (T [REDACTED]) erfolgt. Die dort abgegebenen Erklärungen gelten also auch im Namen von T [REDACTED] abgegeben."

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß eine Räumungsfrist von vier Monaten ab Rechtskraft des Urteils gewährt worden ist.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte in erster Reihe die Abweisung der Klage und beantragt hilfsweise, den Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses der T [REDACTED] gegen die Grund-

stückseigentümer auszusetzen, ferner hilfsweise dem Beklagten eine angemessene Räumungsfrist zuzubilligen. Die Kläger begehren die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, die Kläger seien sachlich befugt, die Räumung und Herausgabe der Gaststättenräume zu verlangen; selbst wenn der Räumungsanspruch nach der Vereinbarung vom 23. Februar 1957 auf die T [REDACTED] Wirtschaftsprüfungs GmbH übergegangen sein sollte, so seien diese Ansprüche jedenfalls durch die Vereinbarung der T [REDACTED] mit den Klägern vom 5. Februar 1960 auf sie zurückübertragen worden.

Die Revision macht demgegenüber geltend, mit dieser Vereinbarung sei die Aktivlegitimation nicht rückwirkend auf die Kläger übergegangen. Die Auslegung, welche die Vertragsparteien hinsichtlich des Abtretungsvertrages vom 23. Februar 1957 vereinbart hätten, bedeute in Wirklichkeit eine Änderung, die auf keinen Fall gegenüber dem Beklagten wirksam sei.

Der Angriff der Revision ist unbegründet. Denn das Berufungsgericht stellt nicht auf die Auslegung der Vereinbarung vom 23. Februar 1957 ab, sondern unterstellt in dem Berufungsurteil, daß den Klägern durch diese Vereinbarung die Sachbefugnis für ihr Räumungsverlangen entzogen worden sei. Es nimmt aber von dieser Unterstellung ausgehend an, daß durch die während des Berufungsverfahrens zwischen den Klägern und

der T [REDACTED] getroffene Vereinbarung vom 5. Februar 1960 die etwa bis dahin fehlende Sachbefugnis für das Räumungsverlangen den Klägern zurückgegeben worden sei. Damit ist die Sachbefugnis der Kläger für die Klage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ausreichend begründet. Wenn sie vor der Vereinbarung vom 5. Februar 1960 gefehlt haben sollte, so würde in der Einführung dieser Vereinbarung in den Rechtsstreit dem Räumungsverlangen eine neue Klagegrundlage gegeben sein und damit eine Klageänderung, die das Berufungsgericht für zulässig erachtet hat. Die Revision hat selbst nicht geltend gemacht, das Berufungsgericht habe sie nicht für sachdienlich erachten dürfen. Deshalb ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Klageänderung gemäß § 264 ZPO als zulässig angesehen hat.

II. Die Revision rügt ferner, die Kläger seien zur Kündigung des Unterpachtvertrages vom 17. Oktober 1956 nicht legitimiert gewesen. Sie hätten zwar in dem Kündigungsschreiben vom 6. November 1958 behauptet, die T [REDACTED] sei mit der Kündigung einverstanden. Der Beklagte habe aber in dem Schriftsatz vom 15. Dezember 1959 (im Berufungsverfahren) das Einverständnis der T [REDACTED] mit der Kündigung bestritten. Eine von einem Nichtberechtigten ausgesprochene Kündigung, so meint die Revision, habe nicht durch eine etwa in der Vereinbarung vom 5. Februar 1960 enthaltene Genehmigung wirksam werden können.

1. Die Revision nimmt zwar zutreffend an, daß nach § 180 BGB bei einem einseitigen Rechtsgeschäft eine Vertretung ohne Vertretungsmacht grundsätzlich unzu-

lässig ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach dieser Vorschrift nur dann, wenn derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht beanstandet oder damit einverstanden gewesen ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. In diesen Ausnahmefällen ist auch die Kündigung durch einen vollmachtlosen Vertreter genehmigungsfähig. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Denn das Berufungsgericht hat als erwiesen angesehen, daß die T [REDACTED] sowohl mit der Mahnung vom 20. August 1958 als auch mit der Kündigung vom 6. November 1958 einverstanden war. Demnach ist davon auszugehen, daß Rechtsanwalt Dr. K [REDACTED], der in dem Kündigungsschreiben vom 6. November 1958 erklärt hat, die ebenfalls von ihm vertretene T [REDACTED] sei mit dieser Kündigung einverstanden, zu dieser Erklärung auch bevollmächtigt war und daß hiermit vorsorglich auch namens der T [REDACTED] die Kündigung erklärt worden ist. Diese rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Infolgedessen stellt sich die von der Revision aufgeworfene Frage, wie die Rechtslage wäre, wenn die Kündigung vom 6. November 1958 namens der T [REDACTED] durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ausgesprochen worden wäre, überhaupt nicht. Es sei aber hierzu bemerkt, daß der Beklagte nicht schon bei der Kündigung den Einwand erhoben hat, Rechtsanwalt Dr. K [REDACTED] habe die Vertretungsmacht dafür gefehlt, sie vorsorglich auch namens der T [REDACTED] auszusprechen. Die Kündigungserklärung wäre also als genehmigungsfähig anzusehen, wenn die Vertretungsmacht des Rechtsanwalts Dr. K [REDACTED] nicht bestanden hätte.

2. Das Berufungsgericht hat überdies angenommen, daß das vertragliche Kündigungsrecht und das Recht zur Mahnung als Voraussetzung für die Kündigung nach dem Sinn der Vereinbarung vom 23. Februar 1957 nicht auf die T [REDACTED] hätten übergehen sollen. Die Revision greift diese Auslegung an und rügt, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung des Abkommens vom 23. Februar 1957 nicht unterlassen dürfen, auch die eigene Auffassung der T [REDACTED] in Betracht zu ziehen, wie sie in deren Schreiben vom 5. März 1957 zum Ausdruck komme. Ob in der behaupteten Unterlassung ein Verstoß gegen § 286 ZPO zu sehen ist, bedarf indes keiner Entscheidung. Denn es kommt im Ergebnis auf die Auslegung des Umfangs der Abtretungserklärungen vom 23. Februar 1957 deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht jedenfalls ohne Rechtsverstoß annehmen durfte und angenommen hat, daß die Kündigung des Unterpachtvertrages durch das Schreiben vom 6. November 1958 des hierzu bevollmächtigten Rechtsanwalts auch namens der T [REDACTED] erklärt worden ist.

III. Das Berufungsgericht hält die Kündigung des Unterpachtvertrages deshalb für gerechtfertigt, weil der Beklagte den Unterpachtzins nicht auf das in dem Unterpachtvertrage vorgesehene Bankkonto eingezahlt hat. Es nimmt an, der Beklagte habe seine Leistung nicht bis zu der Zahlung von 4 % durch die Kläger auf dieses Konto zurückhalten dürfen, da ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der von ihm zu zahlenden Unterpacht in Abschnitt V des Unterpachtvertrages ausdrücklich ausgeschlossen worden sei. Auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sei deshalb nicht gegeben, Abgesehen davon fehle es aber auch an einem Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 320 BGB zwischen der

Unterpachtleistung von 6 % des Umsatzes und der vereinbarten Zahlung der Kläger von 4 %. Die Auffassung des Beklagten, es handle sich nicht um die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, sondern um die Weigerung, anders zu zahlen, als vereinbart worden sei, schlage nicht durch. Denn das, was der Beklagte meine, laufe im Ergebnis doch auf ein Zurückbehaltungsrecht hinaus. Der Beklagte hätte die Kläger auf Zahlung der 4 % auf das Sperrkonto verklagen können, er habe aber nicht die ihm obliegenden Zahlungen auf das vereinbarte Sperrkonto unterlassen dürfen.

Es möge sein, so fährt das Berufungsgericht fort, daß das Hauptpachtverhältnis und damit das Unterpachtverhältnis nicht mehr voll gewährleistet seien. Die Einrede des § 321 BGB stehe dem Beklagten indes hinsichtlich der Unterpachtforderungen nicht zu, soweit und solange die Kläger dem Beklagten die Gebrauchsüberlassung des Pachtgegenstandes gewährt haben und gewähren. Die Berechtigung der Kündigung könne also unter diesem Gesichtspunkt nicht angezweifelt werden.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

Die Revision meint, das Kündigungsrecht aus Abschnitt VII setze einen "Rückstand", also Verzug des Beklagten mit der von ihm nach dem Vertrage zu erbringenden Leistung voraus. Ansprüche aus dem Verzuge des anderen Teils seien aber demjenigen verpagt, der selbst vertragsuntreu sei. Es verstoße auch gegen Treu und Glauben, wenn die Kläger, die nicht bereit seien, ihren Anteil von 4 % an der Hauptpacht auf das vorgesehene Konto einzuzahlen, von dem Beklagten die Erfül-

lung des Vertrages verlangt^{en}/oder aus der behaupteten Vertragsverletzung des Beklagten Rechte herleiten wollten.

1. Der Revision kann darin zugestimmt werden, daß das vertragliche Kündigungsrecht wegen Rückstandes mit finanziellen Verpflichtungen des Beklagten Verzug, also Verschulden, voraussetzt. Der Beklagte ist jedoch mit den ihm obliegenden Pachtzinszahlungen ohne Mahnung (§ 284 BGB) in Verzug gekommen, wenn er die Einzahlung des am 10. des jeweils folgenden Monats fälligen Pachtzinses unterließ, ohne zur Verweigerung dieser Zahlung berechtigt zu sein und ohne daß die Nichtzahlung etwa wegen entschuldbaren Rechtsirrtums als entschuldigt angesehen werden könnte (Pritsch in BGB RGRK 11. Aufl. § 535 Anm. 24). Die vertraglich vorgesehene Mahnung als weitere Voraussetzung des Kündigungsrechts ist durch den Einschreibebrief vom 20. August 1958 mit Fristsetzung zum 5. September 1958 vorgenommen worden.

2. Dem Beklagten ist vertraglich ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der zu zahlenden Unterpacht versagt, wie die Revision nicht verkennt. Dieser Ausschluß von Rechten bezieht sich nach der Auslegung der Vertragsklausel durch das Berufungsgericht auch auf den Fall, daß die Kläger die von ihnen zu erbringende Einzahlung auf das Sperrkonto nicht vornehmen. Diese Auslegung des Vertrages ist mit dem Wortlaut und dem Zusammenhang der Bestimmungen in Abschnitt IV und V des Vertrages vereinbar und verstößt weder gegen die Denkgesetze noch gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze. Deshalb ist die Auslegung der Klau-

sel durch das Berufungsgericht für die Revisionsinstanz bindend und ihrer Beurteilung zugrunde zu legen.

Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsgericht auch in der Auffassung zu folgen ist, die Verpflichtung der Kläger zur Einzahlung des Anteils von 4 % des Umsatzes auf das vorgesehene Sperrkonto stehe nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu den nach dem Vertrage zu erbringenden Pachtleistungen des Beklagten, so daß bereits aus diesem Grunde § 320 BGB keine Anwendung finde. Es besteht auch kein Anhalt dafür, daß etwa die Auslegung des Berufungsgerichts über die Tragweite des vertraglichen Ausschlusses von Aufrechnung und Zurückbehaltung durch diese Rechtsauffassung über die Anwendung des § 320 BGB beeinflußt ist. Das Berufungsgericht hat vielmehr ausdrücklich bemerkt, daß auch die Einrede aus § 320 BGB, bei der es sich um eine Unterart der Einrede aus § 273 BGB handle, vertraglich ausgeschlossen worden sei.

3. Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Einrede des § 321 BGB stehe dem Beklagten nicht zu, soweit und solange die Kläger dem Beklagten die Gebrauchsüberlassung gewährt haben und gewähren, ist beizutreten.

a) Die Bestimmung gibt dem Vertragsteil, der aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, im Falle einer nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eingetretenen wesentlichen Verschlechterung, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, eine Einrede, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. Voraussetzung der Anwendung dieser Vorschrift ist also die Vorleistungs-

pflicht bei einem gegenseitigen Verträge. Bei einem Miet- oder Pachtverträge ist kraft Gesetzes (§§ 551, 581 Abs.2 BGB) regelmäßig der Vermieter oder Verpächter mit der Gewährung des Gebrauchs der vermieteten oder verpachteten Sache vorleistungspflichtig. Die Bestimmung des "Unterpachtvertrages, wonach die Unterpacht bis zum 10. eines jeden Monats auf das vorgesehene Sperrkonto einzuzahlen ist, enthält keine von der gesetzlichen Vorleistungspflicht der Verpächter abweichende Regelung. Denn nach dem Verträge ist der Unterpachtzins nach dem Umsatz zu berechnen und einzuzahlen. Damit kann aber nur gemeint sein, daß für die monatlich zu entrichtenden Unterpachtraten jeweils der Umsatz des vorausgehenden Monats zugrunde gelegt und somit der Pachtzins für diesen jeweils nachträglich bis zum 10. des folgenden Monats entrichtet werden soll. Die derart nach Zeitabschnitten bemessene Zahlung des Unterpachtzinses bildet somit das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung in dem abgelaufenen Zeitabschnitt.

b) Die besondere Zahlungsvereinbarung geht nun dahin, daß der Beklagte die Unterpacht nicht zur freien Verfügung der Kläger, sondern bis zu dem vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt auf ein Sperrkonto zu zahlen hat, womit ihm eine besondere Sicherung zugestanden war. Die Verpflichtung der Kläger, auf dieses Sperrkonto 4 % des Umsatzes als Differenz zur Hauptpacht einzuzahlen, enthält keine Vorleistungspflicht gegenüber dem Beklagten, soweit es sich um den abgelaufenen Zeitabschnitt handelt. Es könnte dagegen angenommen werden, daß der Beklagte im Verhältnis zu den Klägern insoweit vorleistungspflichtig war, als die Kläger ihren Anteil von 4 % auf das Sperrkonto erst nach der jeweiligen Einzahlung des Beklagten für den betreffenden Zeitabschnitt

zu erbringen hatten. Wenn insoweit eine Vorleistungspflicht des Beklagten anzunehmen wäre, so würde dennoch die Gegenleistung der Kläger, die den Pachtzahlungen des Beklagten gegenübersteht, nicht nur in der Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Sicherstellung der Hauptpacht in der im Vertrag vorgesehenen Weise sondern vor allem in der Gewährung des Gebrauchs der Pachtsache bestehen. Diesen Teil ihrer Gegenleistung haben sie hier für die abgelaufene Pachtzeit erbracht. Ist also der Beklagte allenfalls nur hinsichtlich eines Teils der von den Klägern zu erbringenden Gesamtleistung vorleistungspflichtig, so kann aus § 321 BGB nicht hergeleitet werden, daß er wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse auf Seiten der Kläger nicht zu leisten brauche bis sie ihre Leistung vollständig bewirkt oder für sie Sicherheit geleistet haben.

Die Vorschrift des § 321 BGB ist ein besonderer Anwendungsfall des § 242 BGB. Es würde Treu und Glauben widersprechen, würde man dem Beklagten, der den Pachtgegenstand behält, wegen Ausbleibens einer von den Verpächtern zu leistenden Sicherheit in Höhe von 4 % des Umsatzes das Recht zubilligen, die Zahlung des Unterpachtzinses, der nicht zur freien Verfügung der Kläger, sondern auf ein Sperrkonto einzuzahlen ist, zu verweigern.

c) Der Beklagte ist daher mit der Zahlung des Unterpachtzinses in Verzug gewesen, als die Kläger den Unterpachtvertrag gekündigt haben.

4. Der Beklagte hat durch Nichtzahlung des Pachtzinses die Bestimmungen des Pachtvertrages auch schuldhaft verletzt. Er mußte damit rechnen, daß sein Standpunkt, überhaupt keine Pacht zu zahlen, bis die Kläger sich

bereit erklärten, zu der in dem Vertrag vorgesehenen Sicherstellung der Hauptpacht unter Einzahlung ihres Anteils von 4 % beizutragen, rechtlich nicht begründet ist, und deshalb das Risiko tragen, das in der rechtlich unbegründeten Weigerung liegt.

5. Das vertragliche Kündigungsrecht der Kläger ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie selbst vertragsuntreu waren.

a) Die Revision meint, es gelte allgemein der Grundsatz, daß Ansprüche aus einem Verzuge des anderen Teils demjenigen versagt seien, der selbst vertragsuntreu ist. Ein solcher Rechtssatz besteht indes nicht. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, auf die sich die Revision bezieht, behandelt vielmehr die Rechtsbehelfe aus § 326 BGB bei Umsatzgeschäften (vergl. RGZ 149,401,404; 152,123; BGH Urt. v. 20. Juni 1958 - I ZR 132/57 - NJW 1958,1531 r.Sp. zu b). Dem vertragsuntreuen Partner ist es auch bei solchen Geschäften nicht verwehrt, wegen der Vertragsuntreue des anderen Teiles Schadensersatzansprüche aus §§ 276, 280, 286 BGB zu stellen, wenn Verzug vorliegt (vergl. Palandt BGB 20.Aufl. § 326 Anm.4). Hier geht es aber nicht um einen Rechtsbehelf aus § 326 BGB, sondern um die Frage, ob den Klägern ein vertragliches Kündigungsrecht deshalb zu versagen ist, weil sie nicht bereit waren, für die Sicherstellung der Hauptpacht, die nach ihrer Darstellung aus dem Hauptvertrage nicht mehr geschuldet wurde, und damit zur Sicherung der Fortdauer des Unterpachtverhältnisses einen mit dem Beklagten vereinbarten Beitrag zu leisten.

b) Es kann auch im Rahmen eines vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts bei einem Pachtvertrage gegen

Treu und Glauben verstoßen, wenn der Verpächter die eigene Vertragspflicht verletzt, aber trotzdem aus der Vertragsverletzung des anderen Teiles Rechte herleiten will, um den Vertrag durch Kündigung zur Auflösung zu bringen. Das Berufungsgericht hat diesen rechtlichen Gesichtspunkt indes nicht übersehen. Es hat vielmehr geprüft und zwar allgemein unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB, ob dem Beklagten die Zahlung der Unterpacht auf ein Sperrkonto zugemutet werden konnte, und in diesem Zusammenhang mit Recht als wesentlich angesehen, daß die Kläger über das Konto nicht ohne Zustimmung des Beklagten hätten verfügen können. Das Berufungsgericht stellt dazu ferner unter Hinweis auf das Schreiben der Kläger vom 2. September 1958 fest, sie seien auch damit einverstanden gewesen, daß das Geld auf dem Sperrkonto bis zu dem Zeitpunkt liegen blieb, zu dem feststand, daß die Kläger gegenüber den Hauptpachtforderungen der Eigentümer mit Recht aufgerechnet hatten. Es hat weiter in Betracht gezogen, daß auch der Hinweis des Beklagten, das Sperrkonto hätte von den Gläubigern der Kläger gepfändet werden können, zu keiner anderen Beurteilung der Zumutbarkeit führen könne. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß diese Pfändungsgefahr auch bestanden haben würde, wenn die Kläger neben den 6 % Umsatzpacht des Beklagten die vorgesehenen 4 % auf das Konto einbezahlt hätten, außerdem hätte auch bereits die Unterpachtforderung der Kläger von ihren Gläubigern gepfändet werden können, ein Nachteil wäre dem Beklagten aus der Zahlung der Unterpacht auf das Sperrkonto weder dann entstanden, wenn das Guthaben des Sperrkontos zur Abdeckung etwa noch bestehender Verpflichtungen der Kläger gegenüber den Grundstückseigentümern herangezogen werden mußte, noch in dem Falle, daß die Kläger gegen die Hauptpachtforderung zu Recht aufgerechnet hatten.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

c) Die Revision führt zwar weitere Umstände an, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein sollen. Ihre Gesichtspunkte vermögen jedoch die Revision nicht zu begründen.

So meint die Revision, die Kläger hätten auch ihre Ansprüche aus dem Hauptpachtvertrage an die Treuhand-Union abgetreten. Diese habe aber die Pflichten nicht übernommen. Infolge der Abtretung der Ansprüche aus dem Hauptpachtvertrage und der Zerreißung der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrage sei die Sicherung des Beklagten für den Bestand des Hauptpachtvertrages beseitigt worden. Die Kläger hätten durch die Abtretung aller Ansprüche an die T. [REDACTED] sich der Möglichkeit begeben, den Hauptpachtvertrag finanziell zu erfüllen.

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß das Recht des Mieters (oder Pächters) auf Gebrauchsgewährung nicht abgetreten werden kann, es sei denn, daß dem Mieter (oder Pächter) die Überlassung des Gebrauchs an andere vertragsmäßig erlaubt ist. Ein Wechsel in der Person des Leistungsberechtigten würde den Inhalt der Leistung des Vermieters (Verpächter) verändern. Daraus folgt gemäß § 399 BGB die grundsätzliche Unübertragbarkeit des Rechts auf Gebrauchsgewährung. Selbst wenn aber hier nach dem Hauptvertrage die Abtretung des Rechts auf Gebrauchsgewährung an einen Dritten erlaubt sein sollte und mit der Revision davon auszugehen wäre, daß auch dieses Recht an die T. [REDACTED] durch den Vertrag vom 23. Februar 1957 wirksam abgetreten worden war, so würde sich daraus allein noch keine Gefährdung für den Bestand des Hauptvertrages und den des Unterpachtver-

tragcs ergeben. Denn das Recht auf Gebrauchsgewährung wäre für die T [REDACTED] jedenfalls solange nicht zum Nachteil des Beklagten zu verwerten gewesen, als er zum Pachtbesitz berechtigt blieb. Es ist auch nicht ersichtlich und nicht dargetan, daß durch eine solche Abtretung der Bestand des Hauptpachtvertrages gefährdet werden könnte, da die hier zu unterstellende Abtretung, wie die Revision selbst anführt, die Kläger von ihren Pflichten aus dem Hauptvertrage nicht entbunden hätte.

Soweit aber die Revision geltend macht, die Kläger hätten durch den Vertrag mit der T [REDACTED] die Möglichkeit verloren, den Hauptpachtvertrag finanziell zu erfüllen, ist ihr entgegenzuhalten, daß diese Änderung in den Vermögensverhältnissen der Kläger dem Beklagten auch nach Treu und Glauben nicht die Befugnis gibt, die Pachtzahlungen zurückzuhalten. Die Tatsache, daß ein Rechtsstreit zwischen der T [REDACTED] und den Grundstückseigentümern über Rechte und Pflichten aus dem Hauptvertrage anhängig geworden ist, kann ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung führen. Hieraus ergibt sich noch keine Gefährdung des Hauptpachtvertrages, mit der der Beklagte bei Abschluß des Unterpachtvertrages nicht zu rechnen brauchte. Denn bei Abschluß dieses Vertrages war nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten eine Auseinandersetzung der Kläger mit den Grundstückseigentümern über die Verpflichtungen aus dem Hauptvertrage der Kläger bereits in Betracht gezogen worden. Wenn diese Auseinandersetzung nicht von den Klägern unmittelbar, sondern durch eine Klage der Treuhand-Union in die Wege geleitet worden ist, so ergibt sich daraus keine für den Bestand des Unterpachtvertrages wesentliche Veränderung der Sachlage und keine weitere Gefährdung dieses Vertrages.

Die Revision macht ferner geltend, dem Beklagten seien keine Zahlungen auf ein Sperrkonto zuzumuten, für das ein Mitverfügungsrecht der T [REDACTED] vorgesehen gewesen sei. Der Zweck der Vereinbarung über die Sicherstellung des Hauptpachtvertrages wäre nicht erfüllt worden, wenn der Pachtzins dem Zessionar der Kläger zur Verfügung gestellt worden wäre. Diese Erwägungen der Revision lassen indes außer Betracht, daß die Kläger in dem Schreiben ihres beauftragten Rechtsanwalts vom 8. September 1958 von dem Beklagten verlangt haben, daß das Sperrkonto auf den Namen der Parteien errichtet werde. Dieses Verlangen entsprach dem Unterpachtvertrage. Durch die Abtretung vom 23. Februar 1957 konnte die T [REDACTED] nicht mehr Rechte erwerben, als den Klägern nach dem Vertrage mit dem Beklagten gegen diesen zustanden. Deshalb geht der Einwand der Revision, dem Beklagten sei nicht zuzumuten gewesen, die Einzahlung auf ein Sperrkonto vorzunehmen, das dem Mitverfügungsrecht der T [REDACTED] unterstanden hätte, ins Leere.

Der Beklagte hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts bis zum 15. September 1958 auf das von ihm eingerichtete Konto einen Betrag von 24 405,56 DM eingezahlt. Damit hat er die in dem Schreiben vom 8. September 1958 von ihm verlangte Leistung nicht erbracht. Ob er danach noch weitere Beträge auf dieses Konto eingezahlt hat, ist offen. Für die Frage der Berechtigung der Kündigung in dem Schreiben vom 6. November 1958 kann dies dahingestellt bleiben.

Die Rüge der Revision aus § 286 ZPO, das Berufungsgericht hätte die Tatsache der Zahlungen würdigen müssen, ist unbegründet. Die Zahlungen sind im Berufungsurteil aufgeführt und auch von dem Berufungsgericht er-

sichtlich in Betracht gezogen worden. Zahlungen des Beklagten auf ein eigenes Bankkonto sind keine Zahlungen zu Gunsten der Kläger.

Die Ansicht der Revision, der Beklagte sei mit Zahlungen nicht im Rückstand, ist also unrichtig.

Die Abtretung der Ansprüche der Kläger an die T [REDACTED] gab dem Beklagten keine Veranlassung, die Zahlungen nicht so vorzunehmen, wie sie in dem Vertrag vereinbart waren.

d) Ob der Beklagte Investitionen im Betrage von 80 000 DM gemacht hat, die, wie er vorgetragen hatte, erforderlich gewesen seien, um den Gaststättenbetrieb aus einem Verlustbetrieb rentabel zu gestalten, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Das Berufungsgericht hat daher keinen Verfahrensfehler begangen, wenn es dem Beweisangebot des Beklagten für diese Behauptungen nicht nachgegangen ist. § 286 ZPO ist nicht verletzt.

Es mag zwar sein, daß der Beklagte ein Interesse daran hat, sich auch wegen der behaupteten Investitionen gegen die Folgen zu sichern, welche eine Auflösung des Hauptpachtvertrages für ihn nach sich ziehen könnte. Mit dieser Unsicherheit hat er jedoch von Anfang an rechnen müssen. Wenn nunmehr nicht gewährleistet sein sollte, daß die Kläger überhaupt in der Lage sind, die von ihnen zu leistenden Einzahlungen auf das Sperrkonto vorzunehmen, so gäbe auch dieser Gesichtspunkt dem Beklagten nicht die Berechtigung, die von ihm geschuldete Leistung zu verweigern und zwar weder unter dem Gesichtspunkt des § 321 BGB noch unter dem allgemeinen Gesichtspunkt des § 242 BGB.

e) Die vorstehenden Erwägungen gelten auch insoweit, als der Beklagte sich auf die Notwendigkeit einer Sicherung für die von ihm erbrachte Zahlung für das übernommene Inventar in Höhe von 24 000 DM und für weitere Zahlungen in

Höhe von angeblich ca. 6000 DM beruft. Die Erwägungen der Revision, die Pachtzinsleistungen könnten entgegen Nr. IV des Vertrages zur Befriedigung der Gläubiger der Kläger Verwendung finden, geht daran vorbei, wie hier nochmals betont werden muß, daß diese Gefahr nicht besteht, wenn das Konto vertragsgemäß eingerichtet wird.

f) Der Rechtsgedanke des § 321 BGB kann auch unter den vorstehenden Gesichtspunkten nicht dazu führen, daß der Beklagte einerseits den Pachtgegenstand weiterbenutzt und die Gebrauchsvorteile genießt, andererseits aber den von ihm zu entrichtenden Pachtzins nicht leistet, ohne damit das vertragliche Kündigungsrecht auszulösen.

Aus diesen Gründen ist dem Berufungsgericht im Ergebnis beizutreten. Einer Prüfung der Frage, ob die Kündigung auch wegen Verletzung von Abrechnungspflichten des Beklagten oder wegen nicht vertragsgemäßer Ablösung der Einbauten gerechtfertigt ist, bedurfte es infolgedessen nicht.

IV. Das Berufungsgericht hat auch keinen Rechtsfehler begangen, weil es das Verfahren nicht bis zur Erledigung des Rechtsstreits beim Landgericht München I - 5 O 550/57 - zwischen der T [REDACTED] und den Hauseigentümern ausgesetzt hat. Denn er ist für das vorliegende Verfahren nicht vorgreiflich. Der Beklagte macht auch in diesem Zusammenhang geltend, er habe sich durch die Verweigerung seiner Leistungen die Möglichkeit erhalten wollen, mit den Unterpachtzins das Inventar abzulösen, wenn die Hauseigentümer noch Ansprüche aus dem Hauptvertrage hätten. Dieses Interesse des Beklagten kann indes in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht berücksichtigt werden, da in dem Vertrage mit den Klägern hinsichtlich der zu zahlenden Unterpacht (eine Aufrechnung oder) ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen und der Beklagte auch nach Treu und Glauben nicht berechtigt ist, die vertragsgemäße Einzah-

zahlung seines Anteiles auf das Sperrkonto zurückzuhalten. Es ist deshalb auch wegen der angeführten Interessenlage des Beklagten kein Anlaß dafür ersichtlich, daß die Entscheidung in diesem Prozeß von der Entscheidung des Rechtsstreits 5 0 550/57 abhängig sein könnte.

V. Das Räumungsverlangen der Kläger ist sonach begründet. Dem Antrage des Beklagten, ihm in diesem Falle eine angemessene Räumungsfrist nach § 7 GRMG zuzubilligen, ist deshalb nicht zu entsprechen, weil das Berufungsgericht ihm bereits eine Räumungsfrist von vier Monaten ab Rechtskraft des Urteils gewährt hat. Zu einer Verlängerung dieser Frist sieht der Senat unter den gegebenen Umständen keine Veranlassung.

VI. Die Revision des Beklagten ist somit in vollem Umfange unbegründet und muß daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr.Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Dorschel Dr.Mezger