

Verkündet
am 11. Februar 1960
Klett, 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 und Gastwirts Alfred K [REDACTED] in E [REDACTED] -
Sch [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Amalie K [REDACTED] in E [REDACTED]-Sch [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1960 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spicler,
Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Hamm vom 26. Mai 1959
wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Wohn- und Geschäftsgrundstücks E- Sch, H-straße. Die in diesem Hause befindliche Gaststätte, welche im Erdgeschoß fünf und im ersten Obergeschoß einen konzessionierten Raum umfaßt, hatte sie bis Anfang Juni 1958 an ihre beiden Töchter verpachtet gehabt. Der Pachtzins betrug 450 DM monatlich. Einige an sich zur Gastwirtschaft gehörige konzessionierte Räume waren zu dieser Zeit bereits an das Möbelhaus D vermietet. Den Mietzins in Höhe von 300 DM zahlt diese Firma an die Klägerin monatlich im voraus.

Am 4. Juni 1958 übernahm der Beklagte, ein unverheirateter Sohn der Klägerin, die Gastwirtschaft als Pächter. Seine Schwestern hatten die Pachtung aufgegeben, weil sie zum 1. September 1958 eine Gaststätte in einem Neubau eröffnen wollten. Die Klägerin war deshalb an ihren Sohn herangetreten und hatte ihn veranlaßt, die Gastwirtschaft zu übernehmen, damit er für sein Leben wirtschaftlich gesichert werde. Zwischen den Parteien sollte noch ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen werden. Dazu kam es jedoch nicht, weil alsbald Spannungen zwischen den Parteien auftraten.

Vor der Übernahme der Wirtschaft hatte der Beklagte für sein Konzessionierungsverfahren von der Klägerin zur Vorlage beim Ordnungsamt eine vom 30. Mai 1958 datierte "Bescheinigung" unterzeichnen lassen, in der es heißt, die bisher von den Töchtern Hedwig und Käthe der Klägerin geführte Gaststätte werde mit Wirkung vom 4. Juni 1958 zu unveränderten Bedingungen und einer monatlichen Pachtsumme von 450 DM von ihrem

- 3 -

Sohn Alfred (Beklagter) übernommen. Am 10. Oktober 1958 schrieb der von der Klägerin mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragte Rechtsanwalt an den Beklagten, es sei in Aussicht genommen gewesen, ihm die Gastwirtschaft zu verpachten. Dafür sei ein Pachtzins von 450 DM monatlich vorgesehen gewesen, der aber auch angemessen sei. Zu einem förmlichen Abschluß eines Pachtvertrages sei es jedoch nicht gekommen. Der Beklagte habe eine vorläufige Erlaubnis bekommen, die Klägerin habe aber inzwischen festgesteilt, daß die Wirtschaft nicht ordnungsgemäß geführt werde. Der Beklagte habe auch seit der tatsächlichen Übernahme der Betriebsführung, d.h. seit fünf Monaten, keinerlei Zahlungen geleistet. Er teile ihm deshalb mit, die Klägerin lehne es ab, ihm die Wirtschaft weiter zu belassen, sie setze ihm bis zum 14. Oktober 1958 eine Frist zur Zahlung der rückständigen Pacht und für den Fall, daß er die Zahlung nicht vornehme, kündige sie ihm vorsorglich und hilfsweise auch den evtl. formlos geschlossenen normal kündbaren Vertrag fristlos wegen Nichtzahlung der Miete bzw. Pacht. Auch für den Fall, daß dem Beklagten die Wirtschaft formlos verpachtet sein sollte, habe er ihn darauf hinzuweisen, es sei die alsbaldige Aufgabe des Pachtgegenstandes durch ihn zweckmäßig; denn auch beim Fehlen eines Grundes zur fristlosen Kündigung würde die Kündigung zum nächst zulässigen Termin, dem 1. April 1959, ausgesprochen, so daß sich die Kosten für die Schankerlaubnis für den Beklagten nicht lohnten. Für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist ist Räumungsklage angedroht.

Als der Beklagte nichts veranlaßte, schrieb ihm der spätere Prozeßbevollmächtigte der Klägerin am

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



17. Oktober 1958 unter Einschreiben, er kündige ihm in deren Auftrage die Gaststätte fristlos, weil er mit 5 Monatsraten = insgesamt 2250 DM im Rückstand sei, auch die Gaststätte trotz Abmahnung ständig unordentlich und unregelmäßig geführt habe.

Am 22. Oktober 1958 nachmittags erhielt die Klägerin ein vom 19. Oktober 1958 datiertes Schreiben in dem es heißt, der Beklagte überreiche ihr "zum Ausgleich der Pacht vom 4. Juni bis 31. Oktober 1958" einen Barscheck in Höhe von 1500 DM. Für die Zukunft habe er Dauerauftrag erteilt, die monatliche Pacht am 1. eines jeden Monats im voraus zu überweisen.

Der Scheck wurde eingelöst. Ab 1. November 1958 erhielt die Klägerin vom Beklagten monatlich 300 DM überwiesen.

Bereits am 18. Oktober 1958 hatte die Klägerin Räumungsklage einreichen lassen, die dem Beklagten am 30. Oktober 1958 zugestellt wurde. In der Klage ist die Kündigung vorsorglich wiederholt.

Der Beklagte erblickt in der Kündigung eine unzulässige Rechtsausübung. Er behauptet auch, seinen Verpflichtungen aus dem Pachtvertrag nachgekommen zu sein, und bestreitet, mit Pachtzinszahlungen im Verzug gewesen zu sein. Dazu trägt er vor, die Klägerin habe ihm Stundung gewährt gehabt. Mit dem Barscheck von 1500 DM will er mehr bezahlt haben, als er im Oktober 1958 schuldig gewesen sei; denn die 450 DM Pacht bezögen sich auf sämtliche konzessionierten Räume. Von diesen Räumen habe er den einen Raum im Obergeschoß, den seine Schwestern weiter benutzt hätten, nicht er-

halten und soweit einige Räume anderweit vermietet gewesen seien, sei der Klägerin aus Zweckmäßigkeitsgründen die Einziehung des Betrages überlassen. Die von ihr eingezogene Miete müsse aber auf seine Pacht angerechnet werden. Seine Schwestern hätten diese Miete erhalten und auch ihre Pacht nicht pünktlich gezahlt. Er selbst sei dazu zunächst nicht in der Lage gewesen, weil er nach der Übernahme der Gaststätte Aufwendungen gehabt habe, die er vorab habe bezahlen müssen, womit die Klägerin auch einverstanden gewesen sei. Er bestreitet, die Gastwirtschaft unordentlich geführt zu haben, und behauptet, seit der Übernahme durch ihn sei der Umsatz gestiegen.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Räumung - mit Räumungsfrist bis zum 31. Dezember 1958 - verurteilt. Seine Berufung ist erfolglos geblieben, jedoch hat ihm das Berufungsgericht eine Räumungsfrist bis zum 30. Juni 1959 gewährt. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A. Zulässigkeit der Revision.

Da das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat, hängt ihre Zulässigkeit davon ab, ob der Wert des Beschwerdegegenstandes sechstausend Deutsche Mark übersteigt (§ 546 Abs. 1 ZPO). Weil es sich um eine Räumungsklage gestützt auf die Kündigung eines Pachtvertrages handelt, deren Rechtmäßigkeit vom Beklagten in Zweifel gezogen wird, ist das Bestehen (Weiterbestehen) und gleichzeitig auch die Dauer dieses Pachtverhältnisses

im Streit. Für die Wertberechnung ist deshalb nach § 8 ZPO der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit entfallenden Zinses entscheidend. Über diese Zeit enthält das Berufungsurteil keine ausdrücklichen Feststellungen, die das Berufungsgericht auch deshalb nicht zu treffen brauchte, weil es davon ausgegangen ist, die von der Klägerin nach § 554 BGB wegen Zahlungverzuges des Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung sei gerechtfertigt gewesen. Alsdann kam es aber für die Entscheidung in der Sache selbst nicht darauf an, zu welchem Termin der Pachtvertrag ordentlich hätte gekündigt werden können, ob eine solche Kündigung überhaupt zulässig war und schließlich nicht einmal darauf, ob überhaupt ein Pachtvertrag rechtswirksam zustande gekommen war.

Was nun die Frage der ordentlichen Kündigung anbelangt, so ist zu bemerken, daß eine solche hier nicht, wie die Klägerin gemeint hat, bereits zum 1. April 1959 zulässig gewesen wäre, sondern auf jeden Fall frühestens erst zum 31. Mai oder auch erst zum 4. oder 30. Juni 1959, je nach dem, welcher Zeitpunkt hier als Schluß des ersten Pachtjahres angesehen werden müßte. Nach § 595 BGB ist nämlich bei der Pacht eines Grundstücks und auch von Räumen eines solchen (Urteil des erkennenden Senats vom 19. März 1957 - VIII ZR 43/56 - LM BGB § 595 Nr.2) mangels einer besonderen Vereinbarung eine Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahres zulässig. Auch diese Kündigung ist vorsorglich noch einmal in der am 30. Oktober 1958 zugestellten Klagschrift ausgesprochen. Müßte, wie im allgemeinen bei Pachtverträgen mit unbestimmter Dauer hier als streitige Zeit die Zeit von

Klageerhebung bis zu dem frühest zulässigen gewöhnlichen Kündigungstermin zugrunde gelegt werden, so würde bei dem von der Klägerin angegebenen monatlichen Pachtzins von 450 DM, von dem für die Streitwertberechnung auszugehen ist, die Revisionssumme - auch unter Zugrundelegung des 30. Juni 1958 als Schluß des ersten Pachtjahres - keinesfalls erreicht sein. Das Vorbringen des Beklagten geht hier aber dahin, eine gewöhnliche Kündigung des Pachtvertrages sei nicht zulässig gewesen, der Pachtvertrag habe deshalb auch über den Schluß des ersten Pachtjahres hinaus noch fortbestanden und bestehe auch jetzt noch fort. Dieser Fall ist nicht mit dem vergleichbar, in dem ein Beklagter im Wege der Einrede gegenüber einem Räumungsbegehren einen Anspruch auf Widerruf der Kündigung nach § 8 GRMG geltend gemacht hat und in dem der Bundesgerichtshof (Beschuß vom 21. Juni 1955 - V ZR 99/55 - LM ZPO § 8 Nr. 4) als streitige Zeit nur den Zeitraum von der Erhebung der Klage bis zu dem Zeitpunkt angenommen hat, zu dem die Kündigung ausgesprochen werden konnte. Als streitige Zeit muß hier eine Zeit von weit über einem Jahr angenommen werden, so daß die Revisionssumme erreicht ist.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ist unstrittig, daß die Klägerin den Beklagten veranlaßt hat, die Gastwirtschaft zu übernehmen, weil seine Schwestern sie aufgaben, und damit er selbst für sein Leben wirtschaftlich gesichert wurde. Dieser Zweck konnte durch einen mit den im Gesetz vorgesehenen Fristen kündbaren Vertrag nicht erreicht werden, auch nicht durch einen Vertrag nur für ein Jahr. Ein Pachtvertrag über ein Grundstück oder über Räume in einem

solchen, der für eine längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedurfte nun allerdings nach §§ 566, 581 Abs. 2 BGB der Schriftform, die hier nicht gewahrt ist. Nach § 566 Satz 2 BGB macht die Nichtbeobachtung der Form den Vertrag zwar nicht nichtig, hat aber zur Folge, daß er nur als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt und daß eine Kündigung nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig ist. Auch dann würde hier die Revisionssumme nicht erreicht sein. Mit dieser Beurteilung ist aber das Vorbringen des Beklagten, welcher geltend macht, die Kündigung sei hier unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles - gerade auch als ordentliche - eine unzulässige Rechtsausübung noch nicht erschöpfend gewürdigt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dem Vorbringen der Revision zu folgen ist, es handele sich um einen Vorvertrag, der noch hätte beurkundet werden müssen. Ein solcher Vertrag bedarf allerdings, auch wenn er auf Abschluß eines mehrjährigen Grundstückspachtvertrags gerichtet ist, nicht der Schriftform (BGH, Urteil vom 7. Oktober 1953 - VI ZR 20/53-LM BGB § 566 Nr. 1 im Anschluß an RGZ 86, 30). Bisher war aber im Rechtsstreit nicht davon die Rede, daß die Parteien nur einen Vorvertrag abgeschlossen hätten, der dem Beklagten das Recht geben würde, den Abschluß eines entsprechenden Hauptvertrages zu verlangen und bis dahin auch die Herausgabe zu verweigern, falls dem nicht die von der Klägerin erklärte außerordentliche Kündigung entgegensteht. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils sollte aber noch ein schriftlicher Pachtvertrag abgeschlossen werden. Dabei könnte es sich zwar um die Verabredung der Schriftform im Sinne von §§ 125 Satz 2, 154 Abs. 2 BGB handeln, die im Zweifel die

Nichtigkeit des Vertrages trotz des § 566 BGB zur Folge hätte (BGB RGRK 11. Aufl. § 566 Anm. 11). Davon geht das Berufungsgericht jedoch erkennbar nicht aus. Möglich wäre aber auch eine neben dem mündlichen Pachtvertrag getroffene Abrede schriftlicher Niederlegung, deren Wirksamkeit § 566 BGB nicht entgegensteht (RGZ 104, 131; 141, 370, 372; RGJW 1938, 1247; BGB RGRK aaO Anm. 5). Trifft letzteres zu, wovon jedenfalls im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Revision auszugehen ist, so würde der Beklagte, dem ein klagbarer Rechtsanspruch auf Erfüllung der Verpflichtung zum Abschluß eines schriftlichen Vertrages erwachsen sein würde, aus diesem Grunde gegenüber der Kündigung, wenn diese nicht als außerordentliche gerechtfertigt sein würde, Unzulässigkeit der Rechtsausübung und damit weitere Fortdauer des (mündlichen) Pachtvertrages geltend machen können.

Nach allem muß hier als streitige Zeit ein Zeitraum von erheblich mehr als einem Jahre angenommen werden, so daß bei einer Jahrespacht von 5400 DM auf jeden Fall die Revisionssumme erreicht ist.

B. Rechtswirksamkeit der Kündigung.

Sachlich kann die Revision keinen Erfolg haben; denn dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Klägerin berechtigt gewesen ist, das - etwa bestehende - Pachtverhältnis wegen Verzugs des Beklagten mit Pachtzinszahlungen nach §§ 554, 581 Abs. 2 BGB zu kündigen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und wie lange etwa eine ordentliche Kündigung des Vertrages ausgeschlossen war und ob die Klägerin sich verpflichtet hatte, ihn noch schriftlich abzuschließen, oder ob er sogar mangels

der vereinbarten Schriftform nach §§ 125, Satz 2, 154 Abs. 2 BGB nichtig war.

I. Bei der Beurteilung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt einer fristlosen Kündigung (§§ 554, 581 Abs. 2 BGB) geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, es sei ein Pachtzins von monatlich 450 DM vereinbart, der nach §§ 551 Abs. 1 Satz 2, 581 Abs. 2 BGB monatlich zu zahlen gewesen sei. Dabei läßt es unentschieden, ob Zahlung im voraus vereinbart ist. Es stellt fest, der Beklagte sei bei der Erklärung der fristlosen Kündigung im Schreiben vom 17. Oktober 1959 mit Zahlungen für mindestens vier Monate (Juni bis September 1958 einschließlich) im Verzuge gewesen. Stundung des Pachtzinses sieht es nicht als erwiesen an und stellt fest, die Klägerin habe, auch wenn sie den Zins zunächst gestundet gehabt haben sollte, bereits angemessene Zeit vor dem 10. Oktober 1958 Zahlung verlangt, so daß nicht einmal die in diesem Schreiben erfolgte Fristsetzung erforderlich gewesen sei, um den Beklagten in Verzug zu setzen. Daß dieser sich in einem entschuldbaren Irrtum über seine Verpflichtung zur Zahlung von mindestens vier Pachtzinsraten befunden habe, schließt es aus. Da Zahlung erst nach der Kündigung (durch Schreiben vom 17. Oktober 1958) erfolgt ist und der Beklagte auch nicht unverzüglich danach eine Aufrechnung erklärt hat, läßt es dahingestellt, ob er Gegenforderungen wegen der Wasser-, Strom- und Schornsteinfegerrechnungen gehabt habe oder ob er diese Kosten insgesamt habe tragen müssen, weil auch seine Schwestern sie früher ganz bezahlt hätten.

Es vertritt weiter die Auffassung, auch nach der eigenen Berechnung des Beklagten lasse sich die Unwirksamkeit der Kündigung nicht annehmen. Soweit der Beklagte die Miete, die die Firma D [REDACTED] unmittelbar an die Klägerin gezahlt hat, auf seine eigene Zahlungsverpflichtung angerechnet wissen will, sieht es sein Vorbringen als durch sein eigenes Verhalten widerlegt an. Dabei verweist es darauf, er habe sich niemals weder vor noch nach dem Beginn des Vertrages, noch nicht einmal im Verlaufe des ersten Rechtszuges bei dieser Firma nach der Höhe des Mietzinses erkundigt, und zwar obwohl ihm die Klägerin nach seiner Behauptung keine genaue Auskunft gegeben haben soll. Daraus schließt es erkennbar, er sei damals selbst nicht der Auffassung gewesen, die Miete D [REDACTED] auf seine Pachtzahlungen verrechnen zu können. Gegen eine solche Anrechnung spricht nach Meinung des Berufungsgerichts weiter, daß die Schwestern des Beklagten alsdann bei einem effektiven Pachtzins von nur 150 (450 - 300) DM die Pacht wohl nicht aufgegeben hätten. Es stellt dazu auch fest, eine Pacht von 450 DM entspreche - unter Zugrundelegung des angemessenen Pachtzinssatzes von 6,5 % des Umsatzes - einem solchen von rund 7000 DM, den der Beklagte nach seinen eigenen Angaben auch tatsächlich erziele. Aus allem schließt es, es sei vereinbart, der Beklagte solle allein für die Räume, in denen seine Schwestern die Gastwirtschaft tatsächlich geführt hätten (d.h. ohne die anderweit vermieteten Räume) eine Pacht von 450 DM monatlich zahlen. Es gibt der Überzeugung Ausdruck, die Zahlung in der Höhe von nur 1500 DM durch Scheck als Pacht für die ersten fünf Monate und die laufenden Überweisungen von 300 DM seit 1. November 1958 seien nicht auf die Verrechnung der Miete D [REDACTED] zurückzuführen, weil der Beklagte, auch wenn er nur von einer Zahlung in

Höhe von 200 DM monatlich Kenntnis gehabt habe, - ganz abgesehen von seinen anderen angeblichen Gegenforderungen - alsdann weniger habe zahlen müssen, und erblickt in dieser "Herabsetzung" der Pacht auf 300 DM einen willkürlichen Versuch des Beklagten gegenüber seiner Mutter, der Klägerin, vollendete Tatsachen zu schaffen.

Selbst wenn man aber zu Gunsten des Beklagten die Anrochenbarkeit der Miete D[REDACTED] unterstelle, so führt das Berufungsgericht hilfsweise aus, sei die außerordentliche Kündigung wirksam gewesen, weil er dann trotzdem im Zeitpunkt der Kündigung mit Schreiben vom 17. Oktober 1958 mit mindestens viermal je 150 DM = 600 DM, also mit mehr als zwei erheblichen Teilen des Pachtzinses für mehr als zwei aufeinanderfolgende Termine im Verzuge gewesen sei.

Abschließend legt das Berufungsgericht dar, in der Kündigung sei keine unzulässige Rechtsausübung zu erblicken; denn der Beklagte sei im Verzuge gewesen und habe auch nicht dargetan, daß er bis zum 17. oder 18. Oktober 1958, dem Zugang der Kündigung, ohne sein Verschulden nicht in der Lage gewesen sei, den Pachtzins zu zahlen. In diesem Zusammenhang führt es aus, er könne auch nicht deswegen, weil seine Schwestern noch ein Zimmer bewohnten, das zu dem Pachtobjekt gehört habe, eine Kürzung der Pacht um 50 DM verlangen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete und haben auch die Auslegung individueller Willenserklärungen zum Inhalt. Sie sind deshalb einer Nachprüfung im Revisionsrechtszuge nur beschränkt zugänglich. Im Ergebnis enthalten sie keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Auch die auf §§ 139, 286 ZPO gestützten Ver-

fahrensrügen können der Revision nicht zum Erfolge verhelfen.

1. Die Revision greift zunächst vergeblich die Auffassung des Berufungsgerichts an, es sei vorbehaltlich der Anrechnung der Miete D [REDACTED] - von einem Pachtzins in Höhe von 450 DM auszugehen, der mit den Schwestern des Beklagten vereinbart worden sei. Die Höhe dieses Zinses war nach dem Tatbestand des Urteils S. 2 Zeile 4 unstreitig. Im übrigen ist der Revision auch darin nicht zu folgen, daß das Berufungsgericht seine Feststellung zur Höhe des Pachtzinses allein auf die "Bescheinigung" vom 30. Mai 1958 gestützt habe, die der Beklagte, wie er bei seiner Anhörung vor dem Berufungsgericht erklärt hat, nach Besprechung mit der Klägerin selbst ausgeschrieben und von dieser dann hat unterschreiben lassen. Dieses Schriftstück ist von dem Berufungsgericht allerdings in den Vordergrund seiner Betrachtungen gestellt. Unterstützend für seine Auslegung, es sei ein Pachtzins in dieser Höhe fest vereinbart, und seine Feststellung, er sei auch in dieser Höhe effektiv zu zahlen gewesen, weil er sich nur auf die Räume bezogen habe, in denen die Schwestern des Beklagten die Gastwirtschaft tatsächlich geführt haben, d.h. ohne die an Distelkamp vermieteten Räume, so daß die dafür gezahlte Miete nicht anzurechnen sei, hat es aber noch weitere Umstände angeführt. Es hat in diesem Zusammenhang vor allem das eigene Verhalten des Beklagten und die Tatsache gewürdigt, daß eine Pacht in dieser Höhe bei dem erzielten Umsatz von 7000 DM angemessen sei. Damit hat es sich im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens gehalten.

Es hat dabei auch kein Vorbringen des Beklagten übergegangen, auf Grund dessen es zu einer anderen Beurteilung hätte kommen müssen, wie die Revision meint. Dazu verweist sie zunächst auf den Vortrag im Schriftsatz des Beklagten aus dem ersten Rechtszuge vom 15. November 1958 S. 5 und 3. Auf Seite 5 aaO ist - ohne Beweisantritt - vorgetragen, der Beklagte habe die Gastwirtschaft unter denselben Bedingungen übernehmen und führen sollen, die für seine Schwestern gegolten hätten, und S. 3 aaO war unter Bezugnahme auf das Zeugnis der Frau Elisabeth V. behauptet, die Klägerin habe am 3. Juni 1958 in Gegenwart dieser Zeugin erklärt, für das Verhältnis zwischen ihr, der Klägerin, und dem Beklagten würden dieselben Bedingungen gelten, die auch Inhalt des Vertragsverhältnisses mit ihren Töchtern gewesen sei. Daß die Zeugin V. über die Höhe des Pachtzinses etwas bekunden könnte, ist nicht vorgetragen, ebensowenig, daß sie über die Vermietung an D. unterrichtet war. Angesichts des Inhalts der Bescheinigung: "zu unveränderten Bedingungen und (im Original nicht unterstrichen) einer monatlichen Pachtsumme von 450 DM" brauchte das Berufungsgericht dem hier angeführten Vortrag deshalb nicht zu entnehmen, es sei Anrechnung der Miete D. vereinbart, jedenfalls nicht angesichts der von ihm hervorgehobenen besonderen Umstände, aus denen es auf das Gegenteil Schlüsse gezogen hat. Das gleiche gilt für den Vortrag in dem von der Revision weiter in Bezug genommenen Schriftsatz vom 17. Februar 1959, der Berufungsbegründung, in der auf S. 2 wiederum nur ganz allgemein ausgeführt ist, für das Pachtverhältnis hätten die gleichen Bedingungen gelten sollen, die den Schwestern des Beklagten eingeräumt gewesen seien; mit ihnen habe die Klägerin scheinbar mehr oder weniger aus

einem Topfe gewirtschaftet; was seine Schwestern wirklich gezahlt hätten, habe er nie herausbekommen können. Auch auf Grund dieses Vorbringens brauchte das Berufungsgericht angesichts des Wortlautes der Bescheinigung und der von ihm weiter erwähnten besonderen Umstände noch zu keiner anderen Auffassung zu kommen. Nichts anderes gilt von dem - im übrigen schon durch den Tatbestand des Berufungsurteils widerlegten - Vortrag im Schriftsatz vom 7. April 1959 S. 4, in dem der Beklagte bestreitet, daß die Klägerin mit seinen Schwestern eine Pacht von 450 DM vereinbart gehabt habe, und behauptet, diese hätten eine solche Summe auch nicht bezahlt. Letzteres ist unter Beweis gestellt. Auch daraus brauchte das Berufungsgericht aber noch nicht zu entnehmen, der in das Schriftstück vom 30. Mai 1958 ausdrücklich aufgenommene Betrag von 450 DM sollte nicht als mit dem Beklagten vereinbarte Pacht gelten oder darauf habe die "Miete D [REDACTED]" angerechnet werden sollen.

Soweit schließlich die Revision als Verletzung von § 139 ZPO rügt, daß das Berufungsgericht den Beklagten nicht darauf hingewiesen habe, Vernehmung der Klägerin als Partei zu beantragen, falls es ihn als beweispflichtig und beweisfällig ansehe, ist zu bemerken, daß das persönliche Erscheinen der Parteien gemäß § 141 ZPO angeordnet war, daß sie ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung des Berufungsgerichts vom 26. Mai 1959 auch in dieser persönlich anwesend gewesen sind und daß sie, wie sich aus dem Urteil des Berufungsgerichts ergibt, auch zur Aufklärung des Sachverhalts gehört worden sind. Sache des Beklagten wäre es unter diesen besonderen Umständen gewesen, Vernehmung der anwesenden Klägerin gemäß § 445 ZPO zu beantragen, wenn er sich davon Erfolg versprach.

2. Weiter wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es könne nicht von einer Stundung der Pacht noch im Oktober 1958 ausgegangen werden. Auch insoweit können ihre Rügen, insbesondere die aus § 286 ZPO jedoch nicht durchgreifen..

Zur Frage der Stundung hatte der Beklagte in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 17. Februar 1959 S. 4 zwar vorgetragen und unter Beweis der Frau Vollmer als Zeugin gestellt, die Klägerin habe sich mit Rücksicht auf die erheblichen Ausgaben des Beklagten bei der Übernahme der Pachtung von vornherein mit einer "Stundung" der Pacht einverstanden erklärt. Ergänzend war in dem Schriftsatz vom 7. April 1959 S. 5 ausgeführt, es sei wahrscheinlich nicht von Stundung gesprochen, das hindere aber nicht, daß die Klägerin mehrfach geäußert habe, der Beklagte brauche den Pachtzins nicht sofort zu bezahlen. Auf S. 6 dieses ebenfalls von der Revision in Bezug genommenen Schriftsatzes war schließlich unter Beweis gestellt, der Klägerin sei es auf das persönliche familiäre Verhältnis zwischen ihr und dem Beklagten angekommen. Aus letzterem brauchte das Berufungsgericht aber nicht den Schluß zu ziehen, daß die Klägerin vier Monate lang überhaupt keine Pacht haben und sie dem Beklagten stunden wollte.

Im übrigen beachtet die Revision aber auch nicht hinreichend, daß das Berufungsgericht zu seiner Entscheidung wegen der Stundung auf Grund der persönlichen Anhörung der Parteien gelangt ist, bei der der Beklagte seinen bisherigen Vortrag nicht aufrecht erhalten hat. Wie es im einzelnen ausgeführt hat, hat dieser nämlich selbst zugegeben, die Klägerin habe in den letzten Monaten vor der Kündigung, insbesondere in Gegen-

wart der Zeugin V [REDACTED], nicht davon gesprochen, sie könne mit der Pacht noch warten. Wenn es daraus in Verbindung mit der Einlassung der Klägerin bei dieser persönlichen Anhörung, sie habe, nachdem es (laut Tatbestand alsbald) zu Spannungen gekommen war, immer wieder die Zahlung der Pacht angemahnt und erst, als diese Mahnungen keinen Erfolg gehabt hätten, das Schreiben vom 10. Oktober 1958 an den Beklagten richten lassen, die Feststellung getroffen hat, die Klägerin habe, selbst wenn sie ursprünglich Stundung gewährt haben sollte, bereits angemessene Zeit vor dem 10. Oktober 1958 Zahlung verlangt, so ist das nicht rechtsirrig. Dabei kommt hinzu, daß es an einem schlüssigen Vortrag des Beklagten darüber gefehlt hat, wie lange denn der Pachtzins gestundet gewesen sein soll. Bei Stundung auf zunächst unbestimmte Zeit kann aber ein Gläubiger mit angemessener Frist Zahlung verlangen. Dieser Zeitpunkt war aber nach der Feststellung des Berufungsgerichts schon lange vor dem 10. Oktober 1958 eingetreten.

3. Dem Berufungsgericht ist schließlich auch darin zu folgen, daß der Beklagte auch bei seiner eigenen Berechnung am 10. Oktober 1958 unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sein Stundungsvorbringen nicht nur als nicht erwiesen, sondern sogar als widerlegt angesehen werden muß, mit Pachtzinszahlungen für vier Monate im Verzuge gewesen ist.

a) Zu seiner Feststellung, bei Anrechnung der Zahlung der Miete D [REDACTED] auf die Pacht des Beklagten sei dieser am 10. Oktober 1958 mit mindestens 600 DM (4 x 150 DM) rückständig gewesen, ist das Berufungsgericht gelangt, indem es eine Vereinbarung der Anrechnung dieser Miete dahin auslegt, soweit D [REDACTED] die

Miete vorauszuzahlen gehabt habe, gelte das auch für den durch diese Anrechnung zu tilgenden Teil der Pacht des Beklagten und nur der von diesem selbst aufzubringende Anteil von 150 DM der Pacht sei nachträglich zu zahlen gewesen. Das ist eine mindestens mögliche Auslegung, an die das Revisionsgericht gebunden ist. § 286 ZPO ist deshalb nicht verletzt.

b) Den Vortrag des Beklagten, seine Schwestern hätten einen (weiteren) Raum, der konzessiert gewesen sei, im Obergeschoß zunächst noch bewohnt und dadurch seiner Nutzung entzogen, wofür er für die ersten fünf Monate der Klägerin gegenüber zu einem Abzuge von 250 DM berechtigt gewesen sein will, hat das Berufungsgericht nicht übersehen, sondern gewürdigt. Aus der Tatsache, daß die Schwestern des Beklagten - unstreitig - frühestens zum 1. September 1958 ihre - neue - Pachtung übernehmen sollten, so daß eine frühere Räumung des von ihnen bewohnten Raumes ausgeschlossen gewesen sei, hat es in Verbindung damit, daß der Beklagte wegen des vorgesehenen Wohnenbleibens der Schwestern zunächst keine Einwendungen und Ansprüche der Klägerin gegenüber erhoben hat, den Schluß gezogen, er könne den Pachtzins jedenfalls für die ersten vier Monate nicht mindern. Das ist aus Rechtsgründen für die Zeit bis 31. August 1958 nicht angreifbar. Ob der Beklagte Ansprüche gegen seine Schwestern unmittelbar hat oder ob er den Pachtzins der Klägerin gegenüber kürzen kann, soweit die Schwestern länger wohnen geblieben sind, als ursprünglich vorgesehen ist, kann unentschieden bleiben; denn auch wenn man dem Beklagten das Recht zubilligen würde, ab 1. September 1958 die Pacht um 50 DM zu kürzen, würde das der wegen der Pachtrückstände ausgesprochenen

außerordentlichen Kündigung nicht den Boden entziehen können.

4. Auch die weiteren Revisionsangriffe sind nicht begründet.

Unrichtig ist, daß das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, wann das Kündigungsschreiben vom 17. Oktober 1958 zugegangen ist; seinen Ausführungen ist vielmehr zu entnehmen, daß es den 18. Oktober 1958 als den Tag ansieht, an dem es der Beklagte spätestens erhalten haben muß. Das entspricht dem bei den Gerichtsakten befindlichen Posteinlieferungsschein, nach dem der an den Beklagten gerichtete Einschreibebrief am 17. Oktober 1958 - 18 Uhr - bei der Post eingeliefert ist. Falsch ist auch die Darstellung des Beklagten, er habe die 1500 DM bereits am 19. Oktober 1958 bezahlt. Dazu heißt es schon im Tatbestand des angefochtenen Urteils, sein Schreiben sei zwar vom 19. Oktober 1958 datiert, aber der Klägerin erst am 22. Oktober 1958 nachmittags zugegangen. Das steht im Einklang mit dem zu den Akten gereichten Briefumschlag (mit Eilbotenvermerk), nach dem dieser Brief frühestens an diesem Tage 15 Uhr bei der Post aufgegeben sein kann. Selbst wenn in dem von der Klägerin auf dem Originalschreiben vom 19. Oktober 1958 vermerkten Eingangszeitpunkt (22. Oktober 1958, 15 Uhr 45 Min.) die Bank oder die Sparkasse, bei der der Barscheck eingelöst werden konnte, noch offen gewesen sein sollte, hätte die Klägerin damit frühestens an diesem Nachmittage, also erst über eine Woche nach dem Ablauf der durch Schreiben vom 10. Oktober 1958 gesetzten Nachfrist (14. Oktober 1958), über den Betrag verfügen können.

Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 554 BGB waren hiernach auf jeden Fall gegeben und die ausgesprochene Kündigung kann - unabhängig von der Frage, ob die Klägerin andernfalls gehalten gewesen wäre, wie oben erörtert worden ist, mit dem Beklagten schriftlich einen langfristigen Pachtvertrag abzuschließen, - nicht als unzulässige Rechtsausübung und damit unwirksam angesehen werden.

C.

Die Revision ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen.

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