

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 222/64

URTEIL

Verkündet am

15. Februar 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Gastwirts Hans R [REDACTED],
 2. der Gastwirtin Martha D [REDACTED],
- beide in R [REDACTED], D [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den unter der Firma Walter J [REDACTED], Bierverlag, handelnden
Kaufmann Walter J [REDACTED] in M [REDACTED],
M [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h. c. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Juli 1964 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Inhaber eines Bierverlages, ist Pächter der als Gaststätte eingerichteten Räume des Erdgeschosses des Hauses D [REDACTED] Straße [REDACTED] in R [REDACTED]. Mit schriftlichem Vertrag vom 5.9.1958 verpachtete er die Gaststätte ab 14.9.1958 an die Eheleute K [REDACTED] auf die Dauer von 10 Jahren zu einem monatlichen Pachtzins von 460 DM weiter. Die Eheleute K [REDACTED] verpflichteten sich, alle in dem Betrieb ausgeschenkten alkoholischen und nicht alkoholischen Getränke ausschließlich beim Kläger zu beziehen. Sie leisteten eine Kautions von 5.000 DM, die nach Nr. 10 des Vertrages zur Sicherung aller sich aus Vertragsverstößen ergebenden Schadensersatzansprüche des Klägers und auch "für andere Fälle" bestimmt war. Nr. 4 Abs. 2 lautet:

"Sollte sich der amtliche Lebensindex während der Vertragsdauer erheblich ändern, bis zu 10 % ohne Veränderung der Miete, so wird der Pachtzins neu festgelegt. Dieses gilt für beide Möglichkeiten einer Erhöhung oder einer Senkung."

Die Eheleute K [REDACTED] mieteten außerdem durch Vertrag mit den Hauseigentümern Gustav S [REDACTED] und Heinrich S [REDACTED] eine im ersten Obergeschoß des Hauses gelegene Wohnung.

Im Jahre 1961 vereinbarten die Beklagten, die damals noch in Bielefeld wohnten, mit den Eheleuten K [REDACTED] die Übernahme der unter dem Namen "B [REDACTED]" betriebenen Gaststätte durch Eintritt in den Unterpachtvertrag. Am 28.8.1961 schrieb der Kläger an den Beklagten zu 1:

"Sie haben die vorbenannte Gaststätte besichtigt und sind mit den jetzigen Pächtern - Eheleute K [REDACTED] - überein gekommen, den bestehenden Pachtvertrag zwischen denselben und mir vom 5. September 1958 zu übernehmen.

Ich bin mit der Vertragsübernahme zum 1.9.1961 einverstanden.

Außer dem genannten Vertrag, den Sie in allen Teilen anerkennen, wollen Sie das Inventar-Verzeichnis überprüfen und ebenfalls anerkennen."

Auf dieses Schreiben setzte der Beklagte zu 1 mit dem Vermerk "einverstanden" seinen Namen. Die Ehefrau K [REDACTED] unterschrieb mit dem Vermerk "Kenntnis genommen". Ferner enthielt das Schreiben folgenden Zusatz:

"Ich (die Beklagte zu 2) ... trete den eingegangenen Verpflichtungen durch den Vertrag betr. "B [REDACTED]" seitens des Herrn R [REDACTED] (das ist der Beklagte zu 1) selbstschuldnerisch bei, so daß ich als Vertragspartner gelte."



Diesem von der Beklagten zu 2 unterzeichneten Zusatz fügte der Beklagte zu 1 mit dem Vermerk "Mit diesem Zusatz einverstanden" seine Unterschrift hinzu. Auch die Beklagten leisteten eine Kautions von 5.000 DM. Sie schlossen gleichfalls mit den Hauseigentümern über die Wohnung im ersten Obergeschoß einen Mietvertrag. Am 18.5.1962 gaben sie den Betrieb der Gaststätte auf. Mit Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 24.6.1962 fochten sie den Pachtvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an. Sie verlangten unter Verrechnung der Kautions auf eine Schuld aus Pachtzins bis 30.6.1962 und aus Warenlieferungen in Höhe von insgesamt 4.176,40 DM Rückzahlung eines restlichen Kautionsbetrages von 823,60 DM. Weitere Pachtzinszahlungen haben sie in der Folge nicht mehr geleistet.

Der Kläger hat im Rechtsstreit neben dem rechnerisch unstreitigen Betrag von 4.176,40 DM weiter Pachtzins für die Zeit bis einschließlich Januar 1963 in Höhe von 3.220 DM, insgesamt also 7.396,40 DM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagten haben geltend gemacht, sie hätten sich bei Eintritt in den Vertrag über verkehrswesentliche Eigenschaften der Gaststätte geirrt. Außerdem seien sie insoweit durch den Geschäftsführer des Klägers, den Zeugen H. [REDACTED] arglistig getäuscht worden. Die über den Umsatz gemachten Angaben seien nämlich unrichtig gewesen. Vor allem aber sei ihnen verschwiegen worden, daß die Bootsstube ein ausgesprochenes "Schlägerlokal" gewesen sei, in dem im wesentlichen nur Fremdarbeiter verkehrt hätten. Wie schon zu Zeiten der Pächter K. [REDACTED] habe die Polizei ständig einschreiten müssen. Zum Teil hätten bordellartige Zustände geherrscht. Ihr Versuch, Abhilfe zu schaffen, sei gescheitert.

Die Beklagten sind nach einem mit dem Kläger geführten Räumungsprozeß am 20.12.1963 aus der Gaststätte ausgezogen. Über die Wohnung schwebt mit den Hauseigentümern gleichfalls ein Räumungsprozeß, der zur Zeit ruht.

Das Landgericht hat der vorliegenden Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihr Begehren auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger hat beantragt die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision meint, die Währungsklausel in Nr. 4 Abs. 2 des Unterpachtvertrages sei genehmigungsbedürftig. Da eine Genehmigung nicht vorliege, sei sie schwebend unwirksam. Das Berufungsgericht habe daher prüfen müssen, ob davon nicht der gesamte Vertrag betroffen worden sei.

Die Rüge ist nicht begründet. Es handelt sich bei Nr. 4 Abs. 2 nicht um eine Spannungsklausel, sondern um einen sogenannten Leistungsvorbehalt, der nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats, von der abzugehen kein Anlaß besteht, deshalb nicht genehmigungsbedürftig ist, weil die Höhe des Pachtzinses nicht von einer festen Bezugsgröße unmittelbar abhängig gemacht ist, sondern der vertraglich festgelegte Tatbestand der Änderung des Lebenshaltungsindex nur der Anknüpfungspunkt für eine Neuregelung des Pachtzinses sein soll (BGH Urteil vom 4.6.1962 - VIII ZR 64/61 = LM WährG § 3 Nr. 13). Es kommt deshalb nicht einmal darauf an, daß nach Nr. 13 des Vertrages die Ungültigkeit einzelner Bestimmungen die übrigen Bestimmungen der Vereinbarung nicht berührt.

II. Das Berufungsgericht hat die Anfechtung des Unterpachtvertrages wegen Irrtums und arglistiger Täuschung nicht durchgreifen lassen. Die Revision greift das nicht ausdrücklich an. Die Ablehnung der Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) ist schon deswegen unbedenklich, weil die Beklagten nicht unverzüglich angefochten haben (§ 121 BGB). Ob die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verneint und hilfsweise eine Bestätigung (§ 144 BGB) des Pachtvertrages angenommen hat, einer Nachprüfung standhalten würde, kann dahinstehen. Das angefochtene Urteil unterliegt, wie noch auszuführen sein wird, ohnehin der Aufhebung, so daß die Beklagten im weiteren Berufungsverfahren diese Frage erneut zur Nachprüfung stellen können.

III. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Eintritt der Beklagten in den zwischen dem Kläger und den Eheleuten K [REDACTED] bestehenden Unterpachtvertrag habe nicht der Schriftform bedurft, weil lediglich auf seiten des Pächters eine Rechtsnachfolge stattgefunden habe und sich bei formbedürftigen Rechtsgeschäften die Rechtsnachfolge formlos vollziehe.

Die Revision bezweifelt, ob die Formbedürftigkeit des Pächterwechsels mit dieser Begründung verneint werden kann. Das braucht hier jedoch ebensowenig entschieden zu werden wie die vom Revisionsbeklagten aufgeworfene Frage, ob ein langfristiger Unterpachtvertrag nach dem Sinn und Zweck des § 566 BGB der dort vorgeschriebenen Schriftform deshalb nicht bedarf, weil er nur Rechtsbeziehungen zwischen Pächter und Unterpächter regelt, während § 571 BGB, der in engem Zusammenhang mit § 566 steht, lediglich den Eintritt des Grundstückserwerbers in Rechtsbeziehungen des Verpächters zum Pächter (bzw. Mieter) bestimmt. In der Urkunde vom 28. August 1961, von der, wovon nach Sachlage auszugehen ist, jeder der Beteiligten ein Exemplar erhalten hat, haben der Kläger als Verpächter, die Beklagten als

neue Pächter und die Ehefrau K [REDACTED], diese zugleich handelnd für ihren Ehemann, das Ausscheiden der bisherigen Pächter und das Eintreten der Beklagten an deren Stelle schriftlich vereinbart und dabei auf den schriftlich abgeschlossenen Pachtvertrag verwiesen. Das reicht jedenfalls für den hier vorliegenden Fall des bloßen Pächterwechsels aus. Die Beklagten konnten daher entgegen der Meinung der Revision das Unterpachtverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung beenden.

IV. Die Revision hat aber deshalb Erfolg, weil das Berufungsgericht der von den Beklagten gleichfalls geltend gemachten außerordentlichen Kündigung mit unzureichender Begründung den Erfolg versagt hat.

1. Es führt dazu lediglich aus, eine Täuschungshandlung des Geschäftsführers des Klägers, H [REDACTED], über den Charakter des Lokals sei nicht erwiesen. Die Tatsache aber, daß die Erwartungen der Beklagten in die Ertragsfähigkeit und die Verdienstmöglichkeiten der gepachteten Gaststätte enttäuscht worden seien, komme als Kündigungsgrund nicht in Betracht.

Mit Recht rügt die Revision, daß insoweit die Feststellungen des Berufungsgerichts denkgesetzlich widersprüchlich sind. Einerseits führt es aus, es sei nicht erwiesen, daß H [REDACTED] auf die Fragen des Beraters der Beklagten, des Zeugen W [REDACTED], erklärt habe, das Lokal sei "jetzt sauber" d.h. im Gegensatz zu früher kein Schlägerlokal mehr; andererseits stellt es fest, die Beklagten hätten sich trotz der von W [REDACTED] geäußerten Bedenken einseitig auf die Angaben des Zeugen H [REDACTED] verlassen. Das war aber, wie die Revision zutreffend geltend macht, nur möglich, wenn diese Angaben wirklich gemacht worden sind.

Vor allem aber hat das Berufungsgericht sich in diesem Zusammenhang nicht mit dem für die fristlose Kündigung maßgebenden Grund der Beklagten auseinandergesetzt, daß es sich bei der "B [REDACTED]" um ein ausgesprochenes Schlägerlokal mit bordellartigen Zuständen handelte. Dieser Umstand, über den, wie in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, Huppertz die Beklagten getäuscht hat, konnte für sich allein schon geeignet sein, die weitere Durchführung des Vertrages als gefährdet und deshalb für die Beklagten als unzumutbar anzusehen. Darauf, ob, wie die Revision meint, die Täuschungshandlung des H [REDACTED] das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört hat und auch deshalb die Fortsetzung des Vertrages den Beklagten nicht zuzumuten war, kommt es dann nicht einmal an.

2. Das Berufungsgericht hat außerdem übersehen, daß den Beklagten möglicherweise ein Recht zur fristlosen Kündigung schon nach § 542 I BGB zustand. Nach dieser Bestimmung kann der Mieter bzw. Pächter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch und (bei Pachtverhältnissen) der vertragsgemäße Fruchtgenuß gar nicht oder teilweise nicht gewährt werden. Das kann auch bei Fehlern der Miet- oder Pachtsache der Fall sein, wobei allerdings unerhebliche Hinderungen oder Vorenthaltungen des Gebrauchs und Fruchtgenusses grundsätzlich nicht zur Kündigung berechtigen (§ 542 Abs. 2; Staudinger BGB 11. Aufl. § 542 Nr. 11; Mittelstein, Die Miete 4. Aufl. § 47a 4; Roquette, Das Mietrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs § 542 Anm. 4). Als Mängel gelten nicht nur körperliche Fehler, sondern auch solche Verhältnisse, die die Pachtsache in ihrer Tauglichkeit zum Gebrauch und zum Fruchtgenuß beeinträchtigen. Als Mangel kommt hier in Betracht, daß es sich nach der Behauptung der Beklagten bei der "B [REDACTED]" um

ein Lokal handelte, in dem es laufend zu Schlägereien kam, in dem vorwiegend Fremdarbeiter verkehrten und in dem bordellartige Zustände herrschten. Ihre Versuche, Abhilfe zu schaffen, seien, wie die Beklagten weiter vorgetragen haben, trotz häufigen Einsatzes der Polizei ergebnislos geblieben und hätten lediglich zu einem Rückgang des Besuches des Lokals und darum des Umsatzes geführt. Bei weiterer Fortführung des Lokals seien ihr Leben und ihre Gesundheit gefährdet gewesen. Treffen diese Behauptungen zu, so ist den Beklagten der vertragsmäßige Gebrauch und Fruchtgenuß der Pachtsache jedenfalls teilweise nicht gewährt worden.

Das Berufungsgericht hat insoweit keine Feststellungen getroffen. Es hat derartige Zustände in der B[REDACTED] unterstellt. In der Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, daß den Beklagten ein Kündigungsrecht aus § 542 BGB zustand. Die Wirksamkeit der Kündigung kann nicht schon deshalb verneint werden, weil die Beklagten dem Kläger keine Frist gesetzt haben, um ihm Gelegenheit zur Abhilfe zu geben (§ 542 Abs.1 Satz 2 BGB). Denn mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist nach dem Vortrag der Beklagten zu unterstellen, daß der Kläger so wenig wie die Polizei und sie selbst in der Lage gewesen wäre für ordnungsgemäße Zustände zu sorgen und damit den vertragsgemäßen Zustand der Pachtsache herzustellen. In einem solchen Falle aber ist eine Fristsetzung nicht erforderlich (Staudinger aaO § 542 Nr. 28; BGB RGRK aaO § 542 Anm. 12).

Deshalb steht auch § 545 BGB der Wirksamkeit einer Kündigung aus § 542 BGB nicht entgegen, wenn die Beklagten den Mangel dem Kläger nicht angezeigt haben sollten. Denn der Rechtsverlust nach dieser Vorschrift tritt nur ein.

wenn der Verpächter wegen der Unterlassung der Anzeige nicht imstande war, Abhilfe zu schaffen (Palandt BGB 25. Auflage § 545 Anm. 3 b).

Der Kündigung könnten möglicherweise die Bestimmungen der §§ 543, 539 BGB entgegen stehen, wenn den Beklagten bei Vertragsschluß die Eigenschaft der Bootsstube als sogenanntes Schlägerlokal bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war. Weder das eine noch das andere ist indessen festgestellt. Das Berufungsgericht führt zwar im Zusammenhang mit den Erörterungen zur Frage, ob die Beklagten arglistig getäuscht worden seien, aus, die Beklagten hätten sich trotz der ihnen von dem Zeugen W. gegen den Charakter der Gaststube geäußerten Bedenken zum Abschluß des Pachtvertrages entschlossen, ohne sich durch geeignete Überprüfungen selbst von den tatsächlichen Umständen zu überzeugen. Ob ein solches Verhalten ausreichen würde, den Vorwurf grober Fahrlässigkeit zu begründen, kann in der Revisionsinstanz nicht entschieden werden, weil es sich insoweit um eine im wesentlichen dem Tatrichter vorbehaltene Würdigung handelt.

Die §§ 543, 539 BGB könnten schließlich entsprechend anwendbar sein, weil die Beklagten den Mangel des Pachtgegenstandes jedenfalls alsbald nach Beginn des Pachtverhältnisses festgestellt und gleichwohl den Vertrag zunächst fortgesetzt haben. Ein Pächter verliert die ihm wegen Mängeln zustehenden Rechte, wenn er ohne Beanstandungen zu erheben den Vertrag trotz Kenntnis der Mängel fortsetzt (RG JW 1936, 2706; Urteil des erkennenden Senats vom 5. Januar 1961 - VIII ZR 155/60). Auch insoweit fehlt es aber für eine abschließende Beurteilung in der Revisionsinstanz an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen. Das Berufungsgericht hat zwar im Zusammenhang

mit der Erörterung der Anfechtung ausgeführt, die Beklagten hätten den Vertrag bestätigt, weil sie die B [REDACTED] etwa 10 Monate lang geführt hätten. Das ist aber lediglich eine rechtliche Schlußfolgerung, die, wie die Revision im Zusammenhang mit der von ihr aufgeworfenen und verneinten Frage der Verwirkung des außerordentlichen Kündigungsrechts zutreffend rügt, auf unzureichenden Feststellungen beruht. Es ist nicht nur unberücksichtigt geblieben, daß die Beklagten ausdrücklich vorgetragen hatten, sie hätten zunächst am Vertrag festgehalten, um die von ihnen mit rund 20.000 DM bezifferten Investitionen nicht einzubüßen, und um jedenfalls den Versuch zu unternehmen, die Zustände in der Gaststätte zu verbessern, sondern auch die auffallende unstreitige Tatsache, daß sie bereits seit Dezember 1961 keine Pacht mehr bezahlt haben.

Auch die Frage, ob die Beklagten ihr Kündigungsrecht verwirkt haben, kann nicht abschließend entschieden werden. Grundsätzlich muß zwar auch für die Fälle des § 542 BGB gelten, was für die außerordentliche Kündigung allgemein anerkannt ist, daß nämlich die Kündigung nach Kenntnis des Kündigungsgrundes, wenn auch nicht sofort, so doch in angemessener Zeit ausgesprochen werden muß (BGH Urteil vom 15. 6. 1951 - V ZR 86/50 = LM BGB § 242 (B a) Nr. 2 = NJW 1951, 836). Ob bei Würdigung aller Umstände die Kündigung nach Treu und Glauben insbesondere deshalb nicht mehr zulässig war, weil sie erst mehr als einen Monat nach Schließung des Lokals erfolgt ist, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben.

V. Das Berufungsurteil kann, soweit es Pachtzinsansprüche des Klägers für die Zeit vom 1. Juli 1962 bis 31. Januar 1963 bejaht hat, auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden. War die fristlose Kündigung der Beklagten wirksam, so hat der Kläger deshalb keinen Schadenersatzanspruch aus § 597 BGB, weil die Beklagten ihm die Pachtsache nicht vorenthalten haben. Der Kläger verlangt für die Zeit vom 1. Juli 1962 bis 31. Januar 1963 Pachtzins. Ist dieses Verlangen berechtigt, dann kommt ein Schadenersatzanspruch nach § 597 BGB nicht in Betracht. Ist es unberechtigt, so geht es zu seinen Lasten, daß er mit der Auffassung über den Zeitpunkt der Beendigung des Pachtzinsverhältnisses nicht durchgedrungen ist (Urteil des erkennenden Senats vom 22. März 1960 - VIII ZR 177/59 = NJW 1960, 909).

Ebensowenig kann der Kläger, wenn das Pachtverhältnis durch fristlose Kündigung aufgelöst ist, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung eine sogenannte Nutzungsentschädigung verlangen. Bisher ist nichts dafür vorgetragen worden, daß die Beklagten nach dem 18. 5. 1962 die Pachträume noch in irgendeiner Weise genutzt haben.

VI. Sollte die fristlose Kündigung vom Berufungsgericht als wirksam beurteilt werden, so könnte seinen Erwägungen zur Frage der Verrechnung der Kautions auf die Klagforderung die Grundlage entzogen sein. Daß jedenfalls für die Zeit von Juli 1962 bis Januar 1963 Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche des Klägers entfallen, wurde bereits ausgeführt (siehe oben Nr. V). Von welchem Zeitpunkt an der Kläger Ersatzansprüche geltend machen kann, hängt davon ab,

seit wann eine Vorenthaltung der Pachtsache im Sinne des § 597 BGB vorliegt. Das wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der vom Kläger erhobenen Räumungsklage zu prüfen haben. Sollte insgesamt kein höherer Anspruch des Klägers als 5.000 DM festzustellen sein, so wäre die Klage in vollem Umfang abzuweisen, gleichgültig ob man annimmt, daß der Anspruch der Beklagten auf Erstattung ihrer Kautions und die Ansprüche des Klägers ohne weiteres in entsprechender Höhe erlöschen, sei es daß dieses Erlöschen kraft der Aufrechnungserklärung der Beklagten eintritt. Andererseits würde es dem Zweck der Kautions als Sicherung des Verpächters widersprechen, wenn der Pächter einem nach Beendigung des Pachtvertrages geltend gemachten Zahlungsanspruch entgegen halten könnte, gerade dieser sei durch Verrechnung mit der Kautions erloschen. Einem die Kautions übersteigenden Anspruch des Verpächters kann daher nicht mit dem Einwand der Verrechnung mit einem Anspruch des Pächters auf Rückerstattung der Kautions erfolgreich begegnet werden. Allerdings könnte diesem Einwand der Erfolg dann nicht versagt bleiben, wenn der Verpächter nach Beendigung des Pachtverhältnisses seine Ansprüche ohne Rücksicht auf die geleistete Kautions geltend macht und überhaupt nicht oder lediglich unsubstantiiert behauptet, es stünden noch weitere Ansprüche aus dem Pachtvertrag offen, die durch die Kautions zu sichern seien. Vielmehr muß der Verpächter zur Begründung seines Anspruchs darlegen und notfalls beweisen, daß und gegebenenfalls in welcher Höhe noch Ansprüche in Betracht kommen, die der Sicherung durch die Kautions bedürfen.

VII. Nach allem war das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben. Der Rechtsstreit war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision, die von der Entscheidung in der Sache selbst abhängt, zu übertragen war.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Mormann

Braxmaier