

24

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 239/80

URTEIL

Verkündet am

11. November 1981

S c h n u r r,  
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

berichtet  
durch Beschluß  
vom 16. November 1981

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Eduard M [REDACTED], V [REDACTED]straße [REDACTED] in K [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und  
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Kauffrau Loni T [REDACTED], geborene U [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED]  
in K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. Juni 1980 aufgehoben.

Der von dem Kläger an die Beklagte aufgrund des Vertrages vom 19. Juli 1962 zu zahlende Pachtzins wird ab 1. Januar 1972 auf 2.450,-- DM bestimmt.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Parteien sind zu je 1/2 Eigentümer des Grundstücks V[REDACTED]straße [REDACTED] in K[REDACTED]-B[REDACTED]. Auf diesem Grundstück betrieben sie zunächst gemeinsam eine Tankstelle. Mit notariellem Vertrag vom 19. Juli 1962 verpachtete die Beklagte dem Kläger rückwirkend ab 1. Juli 1962 für 26 Jahre ihren Grundstücksanteil sowie den "1/2-Anteil an den Einrichtungsgegenständen und sonstigen Gerätschaften des Tankstellenbetriebes" zu einem monatlichen Pachtzins von 1.600,-- DM. Unter Nr. 2 haben die Parteien folgende Vereinbarung getroffen:

" ...

Ändern sich die geldlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse in einem Maße, daß entweder der Verpächterin die Annahme der Leistungen aus der vereinbarten Pacht oder dem Pächter die Bewirkung der Leistungen aus der vereinbarten Pacht nicht mehr zugemutet werden kann, so soll der jeweilig fällige Pachtzins neu festgesetzt werden, und zwar mangels Einigung unter den Beteiligten durch einen von der Industrie- und Handelskammer Köln zu ernennenden Sachverständigen, der nach billigem Ermessen im Sinne der §§ 315, 317 BGB, also ohne Bindung an einen bestimmten Wertungsfaktor (insbesondere an den Lebenshaltungsindex), zu entscheiden hat.

Die Entscheidung ist für die Parteien bindend.

Bei der Neufestsetzung finden Wertverbesserungen, die der Pächter vorgenommen hat, keine Berücksichtigung.

Die Neufestsetzung der Pacht ist nur dann möglich, wenn sich der Lebenshaltungsindex von Nordrhein-Westfalen gegenüber dem heutigen Stand um mehr als 15 % (nicht schon um 15 Zahleneinheiten) erhöht oder ermäßigt hat ...".

Der Kläger (Pächter) hat es im Pachtvertrag übernommen, die auf dem Grundstück lastenden und mit dem Betrieb der Tankstelle verbundenen Steuern und Abgaben zu bezahlen, Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen, das Pachtobjekt zu versichern, Ausbesserungs- und Erneuerungskosten zu tragen und für Schäden einzustehen, die auf dem Anwesen verursacht würden. Neu- oder Umbauten sollten entschädigungslos in das Miteigentum der Beklagten übergehen.

Nach Abschluß des Pachtvertrages errichtete der Kläger eine Auto-Schnellwaschanlage und eine Gebrauchtwagenhalle.



Im Jahre 1968 verlangte die Beklagte eine Pachtzins-  
erhöhung. Der von der Industrie- und Handelskammer Köln  
benannte Sachverständige Hammerschmidt bestimmte in seinem  
Gutachten die Pacht auf monatlich 1.840,-- DM. Der Versuch  
der Beklagten, im Prozeßwege eine weitere Erhöhung zu  
erreichen, mißlang.

Im Mai 1972 strebte die Beklagte erneut eine  
Erhöhung des Pachtzinses, der Kläger dagegen dessen  
Herabsetzung an. Der dieses Mal von der Industrie- und  
Handelskammer Köln benannte Sachverständige P. [REDACTED] kam  
in seinem Gutachten vom 7. Februar 1973 zu dem Ergebnis,  
daß der Pachtzins ab 1. Januar 1972 2.450,-- DM monatlich  
betragen müsse.

Der Kläger hat mit der Behauptung, dieses Gutachten  
sei grob unbillig (in zweiter Instanz "offensichtlich  
unrichtig"), Klage auf Festsetzung des ab 1. Januar 1972  
zu zahlenden Pachtzinses erhoben. Die Beklagte beantragte  
Klageabweisung. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen  
die Klage ab, weil das Gutachter nicht offenbar unbillig  
sei.

Auf die Revision des Klägers hob der erkennende  
Senat das Urteil des Berufungsgerichts auf und wies die  
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an  
das Berufungsgericht zurück. Er hat ausgeführt, gegen den  
Berechnungsansatz des Sachverständigen P. [REDACTED] sowie  
gegen die anschließend durchgeführte Pachtzinsberechnung  
bestünden an sich keine Bedenken. Die Bestimmung des  
Pachtzinses durch den Sachverständigen P. [REDACTED] sei dennoch  
offenbar unbillig, weil er einen für die Billigkeit des neu  
festzusetzenden Pachtzinses entscheidenden Faktor, nämlich  
die Preisentwicklung für gewerbliche Räume im allgemeinen

und für vergleichbare Objekte im besonderen, nicht berücksichtigt habe. Das Berufungsurteil könne somit keinen Bestand haben. Gemäß § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB müsse der Pachtzins aufgrund anderweiter Verhandlung der Sache, ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, durch Urteil bestimmt werden (Urteil vom 2. Februar 1977 - VIII ZR 155/75 = LM BGB § 317 Nr. 18 = NJW 1977, 801 = WM 1977, 413).

Nach erneuter Verhandlung hat das Berufungsgericht nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Philippson die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil wiederum zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger entsprechend seinem bisherigen Antrag die Bestimmung des ab 1. Januar 1972 zu zahlenden Pachtzinses durch Urteil. Dabei geht es dem Kläger ersichtlich darum, eine Herabsetzung des Pachtzinses zu erreichen.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen habe. Denn es müsse bei dem in dem Schiedsgutachten des Sachverständigen P. festgesetzten Pachtzins verbleiben. Das Berufungsgericht habe allerdings die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung durch das Revisionsgericht zugrundegelegt sei, seiner (erneuten) Entscheidung zugrunde zu legen. Der erkennende Senat habe dem Berufungsgericht aufgegeben, bei der gerichtlichen Bestimmung des Pachtzinses die Entwicklung der Geschäftsraumieten für Vergleichsobjekte in seine Erwägungen einzubeziehen. Das Berufungs-

gericht habe dementsprechend dem Sachverständigen Ph[REDACTED] insbesondere aufgetragen, bei seiner Berechnung des Pachtzinses vergleichbare Pachtobjekte heranzuziehen. Der Sachverständige habe jedoch erklärt, daß unmittelbar vergleichbare Objekte in Köln nicht zu finden seien, was beide Parteien für richtig gehalten hätten. Es stehe daher nunmehr fest, daß die Entwicklung der Geschäftsraummieten nicht als Bewertungsfaktor herangezogen werden könne. Infolgedessen habe sich die Tatsachengrundlage der in dem Revisionsurteil enthaltenen rechtlichen Beurteilung in einem maßgeblichen Punkt geändert. Das Schiedsgutachten P[REDACTED] könne deswegen nicht als offenbar unrichtig angesehen werden. Demnach sei für eine gerichtliche Bestimmung des Pachtzinses nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB kein Raum. Vielmehr müsse es bei dem Schiedsgutachten verbleiben. Dieses enthalte zwar Fehler, die auch als offenbare Unrichtigkeiten zu werten seien, die das gutachtliche Gesamtergebnis indessen nur unwesentlich beeinflusst hätten. Das ergebe sich daraus, daß das Schiedsgutachten in seinem Ergebnis durch das Gutachten des Sachverständigen Ph[REDACTED] bestätigt worden sei, obwohl dieser Sachverständige Fehler des Schiedsgutachters P[REDACTED] berücksichtigt und die von diesem verwendeten Faktoren um einen weiteren Faktor - Pachtzins nach ortsüblicher Berechnungsmethode - vermehrt habe. Da auch die Einwände des Klägers gegen die Berechnungsweise des Sachverständigen Philippson nicht überzeugten, sei die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil wiederum zurückzuweisen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht war nach § 565 Abs. 2 ZPO an die rechtliche Beurteilung des erkennenden Senats gebunden soweit dessen Beurteilung der Aufhebung des Berufungsurteils zugrunde lag.

a) Der erkennende Senat hatte das Berufungsurteil aufgehoben, weil nach seiner Auffassung das Schiedsgutachten P[REDACTED] offenbar unbillig war. Denn dieses hatte die Preisentwicklung für gewerbliche Räume im allgemeinen und für vergleichbare Objekte im besonderen nicht berücksichtigt, so daß die Berechnungen des Sachverständigen P[REDACTED] jedenfalls dann praktisch unbrauchbar waren, wenn der Markt den vom Sachverständigen ermittelten Pachtzins nicht hergab.

b) An diese Beurteilung war das Berufungsgericht gebunden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Bindung - wie das Berufungsgericht gemeint hat - dann entfällt, wenn sich die Tatsachengrundlage der in dem Revisionsurteil enthaltenen rechtlichen Beurteilung in einem maßgeblichen Punkt geändert hat. Denn das ist nicht der Fall. Aufgehoben wurde das erste Berufungsurteil, weil die Feststellung des Schiedsgutachters P[REDACTED], der von ihm errechnete Pachtzins werde auch "bei entsprechenden Vergleichsobjekten vereinbart", nicht nachprüfbar war. In der erneuten Verhandlung hat der Sachverständige Ph[REDACTED] ausgeführt, daß unmittelbar vergleichbare Objekte in K[REDACTED] nicht zu finden seien. Bei Fehlen derartiger Vergleichsobjekte bestehen indessen keine Bedenken, den aufgrund der Bodenwertsteigerung, der Bauwertsteigerung sowie des Preisindex für die Lebenshaltungskosten ermittelten Pachtzins anhand der "ortsüblichen Berechnungsmethode" zu überprüfen, wie es der Sachverständige Philipppson getan hat. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war es also nicht unmöglich, die Entwicklung der Geschäftsraum-mieten zu berücksichtigen.

c) War das Berufungsgericht an die rechtliche Beurteilung des erkennenden Senats gebunden, daß die Bestimmung eines möglicherweise an der Realität des Marktes vorbeikalkulierten Pachtzinses offenbar unbillig sei, so ergibt sich aus § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB die Rechtsfolge, daß die Bestimmung des Pachtzinses durch den Schiedsgutachter P[REDACTED] nicht verbindlich war und daß nunmehr eine der Billigkeit entsprechende Bestimmung durch Urteil herbeizuführen war. Der erkennende Senat hat in seinem ersten Urteil ausdrücklich auf diese Rechtsfolge hingewiesen. Da das Berufungsgericht das nicht beachtet, sondern die Berufung des Klägers gestützt auf das Schiedsgutachten erneut zurückgewiesen hat, kann sein Urteil keinen Bestand haben.

2. Die Einwendungen der Revision gegen das Sachverständigengutachten Ph[REDACTED] erweisen sich als unbegründet.

a) Die Fragestellung des Berufungsgerichts in den Beweisbeschlüssen vom 29. Juni 1977 und vom 5. Dezember 1979 läßt sich nicht mit Erfolg beanstanden. Insbesondere in dem zweiten Beweisbeschuß wird ausdrücklich eine Ergänzung des Gutachtens zu der Frage gefordert, welche "Mietzinsen pro Quadratmeter in den Jahren 1962 - 1972 in Köln für gewerblich nutzbare, unbebaute Grundstücke bei einer dem Grundstück V[REDACTED]straße [REDACTED] annähernd vergleichbaren Lage gezahlt wurden".

b) Diese Frage hat der Sachverständige Ph[REDACTED] in der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens so gut beantwortet, als es ihm unter den gegebenen Verhältnissen möglich war. Er hat "aufgrund seiner Erkundigungen" sagen können, "daß die Pachtpreise für unbebaute Grundstücke im K[REDACTED] Stadtgebiet in den Jahren 1962, 1972 und auch später in etwa 6 bis 8 % des Bodenwertes pro anno betragen haben". Desweiteren hat er den Pachtzins für ein gewerblich

nutzbares, unbebautes Grundstück in zwei ihm aus seiner Gutachtertätigkeit bekannt gewordenen Fällen genannt.

c) Daß der Sachverständige den vom Bundesamt in Wiesbaden bekannt gegebenen Preisindex nicht mitgeteilt hat, ist schon deshalb unerheblich, weil der Index sich ohne weiteres feststellen läßt.

d) Der Sachverständige Ph [REDACTED] ist entgegen der Ansicht der Revision von den Preisen für "gewerblich nutzbare Grundstücke", nicht von Wohngrundstücken ausgegangen.

e) Er hat sich in seinem Gutachten nicht in Widerspruch verwickelt. Wie das Berufungsgericht aufgrund der Erläuterung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, entspricht das Verhältnis von 20 % zu 80 % der tatsächlichen Nutzung des Grundstücks für Tankstelle und Gebrauchtwagenhandel und kann daher auch der Berechnung zugrundegelegt werden.

f) Daß es möglich gewesen sei, einen Teil des Grundstücks "z.B. durch einen Supermarkt" nutzen zu lassen, ist ersichtlich nur eine Hilfsbetrachtung des Sachverständigen, der keine maßgebliche Bedeutung für seine Berechnung zukommt.

g) Aus welchen Gründen der Sachverständige Ph [REDACTED] sogenannte "Wägungsanteile" gebildet hat, hat er in seinem Gutachten dargelegt.

h) Die Rentabilität des Betriebes hat außer Betracht bleiben können, weil diese von der Tüchtigkeit und dem Einsatz des Pächters abhängt, wie der Sachverständige zutreffend ausgeführt hat.

i) Davon, daß nach dem Bau der Gebrauchtwagenhalle das Grundstück nur zu einem 1/5 von der Tankstelle genutzt wurde, hat sich der Sachverständige ersichtlich bei dem von ihm eingenommenen Ortstermin überzeugt.

k) Die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs ist schon deshalb unbegründet, weil der nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 2. Juni 1980 lediglich dessen Vortrag in der mündlichen Verhandlung wiedergab.

l) Gegen die Berechnungsweise des Sachverständigen Ph. [REDACTED] bestehen somit keine rechtlichen Bedenken. Er hat die Bodenwertsteigerung, die Bauwertsteigerung und den Preisindex für die Lebenshaltungskosten sowie den Pachtzins "nach ortsüblicher Berechnungsmethode" berücksichtigt. Er hat also keinen für die Neufestsetzung des Pachtzinses maßgeblichen Berechnungsfaktor außer acht gelassen.

III. Unter Beachtung der Rechtsauffassung des erkennenden Senates hätte das Berufungsgericht mithin den geschuldeten Pachtzins ab 1. Januar 1972 durch Urteil auf 2.400,-- DM festsetzen können, welchen Betrag der Sachverständige Philippson ab dem genannten Zeitpunkt als monatlich geschuldeten Pachtzins ermittelt hatte. Da eine weitere Feststellung nicht erforderlich ist, kann die Bestimmung des Pachtzinses in der Revisionsinstanz durch Urteil erfolgen. Denn aus § 565 Abs. 3 ZPO ist der allgemeine Grundsatz abzuleiten, daß das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden kann, wenn nach seiner Rechtsauffassung die Sache aufgrund des feststehenden Sachverhalts zur Entscheidung reif ist und eine Zurückverweisung "eine überflüssige lediglich verfahrensrechtlich doktrinäre Maßnahme" wäre (BGHZ 33, 398, 401). So ist es hier. Der Senat hat daher durch Urteil den Pachtzins ab 1. Januar 1972 auf 2.400,-- DM bestimmt.

IV. Die Kosten des Rechtsstreits sind gemäß §§ 91, 92 Abs. 2 Zweite Alternative ZPO dem Kläger aufzuerlegen. Seinem Antrag, den ab 1. Januar 1972 geschuldeten Pachtzins durch Urteil zu bestimmen, wird zwar entsprochen. Das geschieht indessen deswegen, weil das Schiedsgutachten Pierburg, das bereits einen Pachtzins von 2.450,-- DM bestimmte, wie der Senat in seinem ersten Revisionsurteil ausgesprochen hat, offenbar unbillig war, so daß die Bestimmung des Pachtzinses gemäß § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Urteil zu erfolgen hatte. Dem Kläger ist es indessen darum gegangen, die Bestimmung eines geringeren Pachtzinses als 1.840,-- DM zu erreichen, auf jeden Fall aber diejenige eines höheren Pachtzinses zu vermeiden. Damit hat er keinen Erfolg gehabt. Infolgedessen hat er die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Skibbe

# BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZR 239/80

## BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

M [REDACTED] ./ T [REDACTED]

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Skibbe am 16. November 1981

beschlossen:

Das am 11. November 1981 verkündete Urteil wird gemäß § 319 ZPO im Tenor dahin berichtigt, daß der zu zahlende Pachtzins ab 1. Januar 1972 auf 2.400,-- DM bestimmt wird.

G r ü n d e :

Der Sachverständige P[REDACTED] hatte den ab 1. Januar 1972 geschuldeten Pachtzins auf 2.450,-- DM errechnet, während der Sachverständige Ph[REDACTED] zu einem Pachtzins von 2.400,-- DM gekommen war. Auf diesen Betrag sollte, wie sich aus den Entscheidungsgründen des Urteils ergibt, der monatliche Pachtzins durch Urteil bestimmt werden. Im Tenor des Urteils heißt es indessen versehentlich 2.450,-- DM statt 2.400,-- DM. Diese offenbare Unrichtigkeit war gemäß § 319 ZPO zu berichtigen.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Skibbe