

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 242 Bc

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Unterpachtvertrag über Gewerberaum vom Unterpächter aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann, wenn der Pächter und Unterverpächter die Erlaubnis des (Haupt-)Verpächters zur Unterverpachtung nicht beibringt.
(Ergänzung zum Senatsurteil vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 128/58
= LM BGB § 542 Nr. 1)

BGH, Urt. v. 17. Dezember 1986 - VIII ZR 328/85 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

68

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 328/85

Verkündet am
17. Dezember 1986
Richter,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Peter H [REDACTED], L [REDACTED]straße 12 in S [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

Herbert P [REDACTED], A [REDACTED] Straße 80 in H [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED]
II. Instanz: [REDACTED] in [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1986 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Brunotte und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. November 1985 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Brauerei G- O- GmbH (künftig: Brauerei) ist Pächterin des Gaststättenanwesens "O" in U bestehend aus Diskothek (Pyramide), Cafe, Speiselokal, Nebenräumen und Wohnhaus. Grundstückseigentümerin und Verpächterin war eine Erbengemeinschaft, deren Nachfolgerin jetzt die Stadt U ist. Am 31. Juli 1979 schlossen die Brauerei und die Eheleute B einen "Pachtvertrag" über den Betrieb mit einer Laufzeit bis zum 31. Juli 1989. Darin ist in § 8 Nr. 8 vereinbart:



"Bezüglich einer möglichen Vertragsablösung wird wie folgt vereinbart: Sollte eine Veräußerung des Mietobjekts zustande kommen, kann dieser Pachtvertrag frühestens nach Ablauf des fünften Jahres ab Eröffnung mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. Die nachweisbaren Neuinvestitionen bei Eröffnung (bis max. DM 800.000,--) werden mit 10 % pro entstehendem Vertragsjahr (1/12 je offenen Monats) ab Vertragsende von der Eigentümergemeinschaft an die Verpächterin und auch an die Pächter bezahlt. Demgemäß ist eine Kündigung zu einem Zeitpunkt nach Beginn des elften Jahres seit Eröffnung ohne Entschädigung möglich".

Aufgrund eines von dem Ehemann B[REDACTED] und Peter H[REDACTED], dem Kläger, vereinbarten und von der Brauerei genehmigten Unterpachtvertrages von 1. September 1980 und eines von den Eheleuten B[REDACTED] und den Eheleuten H[REDACTED] geschlossenen Vertrages vom 27. Oktober 1980 übernahmen der Kläger und seine Ehefrau den O[REDACTED]. Die Eheleute H[REDACTED] verpflichteten sich, für das komplette Anwesen mit dem gesamten Geschäftsbetrieb (Diskothek, Cafe, Speiselokal, Nebenräume und Wohnhaus sowie Grundstück), so wie es in dem Vertrag zwischen der Brauerei und den Eheleuten B[REDACTED] vereinbart wurde, einen Kaufpreis von 985.000,-- DM inkl. 13 % MwSt zu zahlen.

In dem von den Eheleuten H [REDACTED] (Verkäufer) und P [REDACTED] (Käufer) kurze Zeit später unterzeichneten Vertrag vom 10. Dezember 1980 heißt es u.a.:

- "1. Die Eheleute H [REDACTED] verkaufen und übergeben am 15. Februar 1981 das komplette Anwesen U [REDACTED] O [REDACTED] mit dem Geschäftsbetrieb (Diskothek, Cafe, Speiselokal, Nebenräume und Wohnhaus sowie Grundstück), so wie es im Vertrag zwischen der ... Brauerei U [REDACTED] / [REDACTED] und den Eheleuten B [REDACTED] vereinbart wurde, an den Käufer.

Der Vertrag zwischen der ... Brauerei und den Eheleuten B [REDACTED], übergeben und abgetreten an die Eheleute H [REDACTED], ist bekannt und wird von dem Käufer in vollem Umfange übernommen.

...

3. Der Kaufpreis für das gesamte Einrichtungsmobiliar beträgt 985.000,-- DM zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer. ..."

Auf den Kaufpreis, der einschl. MwSt 1.113.050,-- DM beträgt, hat der Beklagte 735.000,-- DM bezahlt.

In dem undatierten aber unstreitig ebenfalls am 10. Dezember 1980 vom Kläger (Unterverpächter) und dem Beklagten, seiner Ehefrau und seinem Sohn (Unterpächter) geschlossenen - nur von den Prozeßparteien unterzeichneten - Unterpachtvertrag ist u.a. bestimmt:

"§ 1 Herr P [REDACTED], dessen Ehefrau, sowie deren Sohn übernehmen das Pachtobjekt in U [REDACTED] O [REDACTED] ab 1. Februar 1981 zu den gleichen Bedingungen wie dies Herr H [REDACTED] von Herrn

B [REDACTED] übernommen hat, so wie es Herr B [REDACTED] von der ...
Brauerei U [REDACTED] gepachtet hat.

§ 2 Herr P [REDACTED], dessen Ehefrau, sowie deren Sohn treten in
den mit der Brauerei geschlossenen Pachtvertrag in vollem
Umfange ein, zu den gleichen Bedingungen und Konditionen wie
dies zwischen Herrn B [REDACTED] und der Brauerei abgeschlossen
wurde. Die in § 3 Abs. 8 (richtig: § 8 Abs. 8) erwähnte
Ablösesumme bleibt bis zur vollständigen Bezahlung an Herrn
H [REDACTED] abgetreten.

§ 3 Laut Zustimmung der Brauerei, die Herr B [REDACTED] von der
Brauerei erhalten hat, kann das Objekt an Herrn P [REDACTED] und
dessen Ehefrau, sowie deren Sohn unterverpachtet werden.
Ferner hat Herr B [REDACTED] dies nochmals im Kaufvertrag zwischen
Herrn Peter H [REDACTED] und Franz B [REDACTED] ausdrücklich aufgeführt."

Der Beklagte hat den "O [REDACTED]" vom 1. Februar 1981 bis
Mitte Dezember 1983 gemeinsam mit seiner Ehefrau betrieben.

Mit Schreiben vom 27. Januar 1981 unterrichtete die Brau-
erei den Kläger davon, daß sie mit der Unterverpachtung an den
Beklagten nicht einverstanden sei und sie demgemäß auch nicht
genehmige. Sechs Wochen später begannen Verhandlungen der Pro-
zeßparteien mit der Brauerei, die den Abschluß eines Unterpacht-
vertrages zwischen der Brauerei und dem Beklagten zum Ziele hat-

ten. Sie zogen sich bis April 1983 hin, hatten jedoch keinen Erfolg. Während die Verhandlungen andauerten, duldete die Brauerei die Überlassung des Pachtobjekts an den Beklagten und belieferte ihn auch mit Getränken.

Mit Schreiben vom 5. November 1983 forderte der Beklagte die Eheleute H [REDACTED] auf, bis zum 12. November 1983 die Zustimmung der Brauerei zur Unterverpachtung des "O [REDACTED] s" an ihn und seine Frau beizubringen und kündigte gleichzeitig an, nach fruchtlosem Fristablauf die Leistung abzulehnen. Durch Anwaltschreiben an die Eheleute H [REDACTED] vom 21. November 1983 ließen die Eheleute P [REDACTED] "den Rücktritt aus dem Vertrag vom 10. Dezember 1980" erklären und zur Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises von 735.000,-- DM auffordern. Der Anwalt teilte außerdem mit, die Pyramide stehe ab sofort wieder zur Verfügung.

Der Beklagte hat die Pachtzinszahlungen, die monatlich zuletzt 6.469,-- DM + MwSt betrugen, im Juli 1983 eingestellt. Der Kläger verlangt mit der Klage Pachtzins für die Monate Juli 1983 bis Februar 1984 (8 x 6.469,-- DM + 14 % MwSt) im Betrage von 58.997,28 DM.

Der Beklagte hat eingewandt, der undatierte Unterpachtvertrag vom Dezember 1980 sei wegen Täuschung über die Zustimmung der Brauerei durch Anfechtung nichtig oder durch Rücktritt beendet und der Kauf- und Übergabevertrag vom 10. Dezember 1980

durch Widerruf nach dem AbzG unwirksam. Beiden Verträgen fehle außerdem mangels Zustimmung der Brauerei und der Stadt U die Geschäftsgrundlage. Hilfsweise werde mit Ansprüchen auf Rückerstattung von Pachtzinszahlungen (infolge Überzahlung in 10 Monaten à 3.969,-- DM = 39.690,-- DM) und Kaufpreiszahlungen (bis zur Höhe der Klageforderung) aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Im zweiten Rechtszuge ist der vom Beklagten hilfsweise geltend gemachte Aufrechnungseinwand nur auf einen mit 347.365,27 DM bezifferten Kaufpreistrückzahlungsanspruch gestützt worden.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der ordnungsgemäß zur mündlichen Verhandlung geladene Beklagte ist in der Revisionsinstanz anwaltlich nicht vertreten. Der Kläger hat den Erlass eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das war durch unechtes Versäumnisurteil auszusprechen.

1. Der Beklagte ist gemeinsam mit seiner Ehefrau Unterpächter der dritten Stufe. Pächter und Unterverpächter ist die Brauerei. Deren Unterpächter sind die Eheleute B [REDACTED]. Unterpächter der zweiten Stufe sind die Eheleute Hiller. Als Unterpächter der dritten Stufe folgen der Beklagte und seine Ehefrau. Die Prozeßparteien sind über ihre Befugnis einig, die Rechte aus den Verträgen vom 10. Dezember 1980 allein geltend machen zu dürfen. Aus Rechtsgründen ist das nicht zu beanstanden.

2. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kauf- und Übergabevertrag vom 10. Dezember 1980 sei nicht durch Widerruf nach § 1 b Abs. 1 und 2 AbzG unwirksam. Unwirksamkeit sei auch nicht deshalb eingetreten, weil darin zum Teil unbewegliche Sachen aufgeführt seien, denn insoweit sei eine Rechtsverschaffungspflicht nicht Vertragsgegenstand gewesen. Dem Kauf- und Übergabevertrag vom 10. Dezember 1980 fehle auch nicht deshalb die Geschäftsgrundlage, weil in § 15 des entsprechenden von den Eheleuten H [REDACTED] und B [REDACTED] am 27. Oktober 1980 geschlossenen Vertrages als Geschäftsgrundlage bestimmt worden sei, "daß die notwendigen Zustimmungen der Stadt U [REDACTED], der Brauereien und der AGI erfolgen". Denn dieser Vertrag sei - anders als der Unterpachtvertrag vom 1. September 1980 - in das Vertragsverhältnis zwischen den Prozeßparteien nicht einbezogen worden. Diese Erwägungen sind für den Kläger günstig und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Den Einwand der Nichtigkeit des Unterpachtvertrages vom 10. Dezember 1980 aufgrund Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hat der Beklagte schon im zweiten Rechtszuge nicht aufrechterhalten.

3. Das Berufungsgericht hat, gestützt auf die Erwägungen des erkennenden Senats im Urteil vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 128/58 (in dem hier maßgeblichen Abschnitt B I 4 nur in LM BGB § 542 Nr. 1 abgedruckt) gemeint, der Beklagte sei aus wichtigem Grunde zur außerordentlichen Kündigung des Unterpachtvertrages vom 12. Dezember 1980 berechtigt gewesen.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Die Kündigungserklärung hat das Berufungsgericht in der Zusammenfassung der Schreiben vom 5. November, 21. November und 5. Dezember 1983 gesehen. Gegen diese Wertung bestehen keine Bedenken. Im Anwaltsschreiben vom 21. November 1983 ist zwar von "Rücktritt" die Rede, das ist jedoch unschädlich, denn der rechtsgeschäftliche Wille, das Vertragsverhältnis unter allen Umständen zu beenden, findet darin unmißverständlichen Ausdruck. Auch die Revision hat insoweit keine konkrete Rüge erhoben.

b) Die Vorinstanz hat gemeint, nachdem die Verhandlungen zwischen dem Beklagten und der Brauerei wegen des Abschlusses

eines unmittelbaren Pachtvertrages gescheitert seien, habe der Beklagte eine halbjährige Überlegungsfrist beanspruchen dürfen, um sich über die daraus zu ziehenden Konsequenzen schlüssig zu werden. Die außerordentliche Kündigung sei deshalb noch rechtzeitig ausgesprochen worden. Dabei müsse die in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht schwierige Lage berücksichtigt werden, in die der Beklagte geraten sei.

Dagegen wendet sich die Revision. Sie meint, der Beklagte müsse die Zeit seit dem 27. Januar 1981, d.h. seit dem Zugang des Schreibens der Brauerei gegen sich gelten lassen, in dem diese die Zustimmung zur Unterverpachtung abgelehnt habe. Unbeachtlich seien die von ihm bis April 1983 geführten Verhandlungen, denn dabei sei es nicht um die Zustimmung der Brauerei zur Unterverpachtung an die Eheleute P., sondern um den Abschluß eines Unterpachtvertrages zwischen diesen und der Brauerei gegangen.

Darin kann der Revision nicht gefolgt werden. Die Verhandlungen berührten ihrer Natur nach auch die Zustimmungsfrage, denn hätten sie zu dem ins Auge gefaßten Abschluß eines Unterpachtvertrages unmittelbar zwischen der Brauerei und den Eheleuten P. geführt, so wäre die Zustimmung zu einer Unterverpachtung auf der dritten Stufe nach dem Pächter gegenstandslos geworden. Auch wenn es danach nur auf die Zeitspanne zwischen dem Scheitern der Verhandlungen im April 1983 bis zur Kündigung

durch den Beklagten ankommt, hat die Vorinstanz diesem eine ungewöhnlich geräumige Frist zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung zugebilligt. Sie hält sich indessen in den Grenzen tatrichterlichen Ermessens, weil mit dem Fortbestand oder der Beendigung des Unterverpachtverhältnisses das Schicksal des Kauf- und Übergabevertrages verknüpft war. Hinzu kommt, daß die Eheleute P., abgesehen von dem erheblichen Investitionsaufwand, den sie bereits erbracht hatten und noch schuldeten, das Unternehmen bereits über zwei Jahre geführt hatten und dabei waren, ihre Existenzgrundlage weiter zu festigen.

c) Die Brauerei, die nur der Unterverpachtung an den Kläger zugestimmt hat, hat der Unterverpachtung an die Eheleute P. - entgegen der Ansicht der Revision - weder ausdrücklich noch konkludent zugestimmt. Dieser Zustimmung hätte es jedoch bedurft, weil das Einverständnis mit der Unterverpachtung an den Kläger nicht eine weitere Unterverpachtung an die Eheleute P. deckte. Im Januar 1981 hat sie die Zustimmung ausdrücklich abgelehnt. Daß sie während der Verhandlungen über den Abschluß eines unmittelbaren Pachtvertrages die Eheleute P. hat wirtschaften lassen, kann nicht als schlüssiges Zustimmungsverhalten gewertet werden. Auch in der bloßen Duldung der Betriebsfortführung in den Monaten nach dem Scheitern der Verhandlungen kann eine stillschweigende Zustimmung nicht gesehen werden. Der im zweiten Rechtszuge vernommene Vertriebsleiter der Brauerei, S., hat darauf hingewiesen, daß die Brauerei nach der raschen Folge

von Unterverpachtungen klare Verhältnisse habe schaffen wollen und deswegen in Verhandlungen mit den Eheleuten P. über den Abschluß eines unmittelbaren Unterpachtvertrages eingetreten sei. Eine zusätzliche Schwierigkeit habe auch wegen des Mitspracherechts der Stadt U. als Hauptverpächterin bestanden. Die Stadt U. habe erreichen wollen, daß der O. von einem Unterpächter betrieben werde, der sich endgültig damit abfände, daß die direkte Zufahrt von der Stadt U. zum O. geschlossen bliebe. Dies habe zur Folge, daß Besucher des O. bei der Zufahrt einen beträchtlichen Umweg in Kauf nehmen müßten. Der Umstand, daß die Brauerei bemüht war, einen Unterpächter zu finden, schließt, zumal das alles mit den Eheleuten P. erörtert worden ist, auch von deren Standpunkt die Annahme eines konkludenten Einverständnisses mit der Unterverpachtung aus. Entgegen der Ansicht der Revision stellt es keinen Verfahrensfehler im Sinne des § 286 ZPO dar, daß die Vorinstanz die von dem Kläger benannten Zeugen Lé. und Dr. K. nicht vernommen hat. Ihr durch diese Zeugen unter Beweis gestelltes Vorbringen, die Brauerei "akzeptierte ausdrücklich den Beklagten als Unterpächter", läßt jede konkrete Angabe darüber vermissen, wo, unter welchen Umständen, auf welche Art und Weise und wem gegenüber dies erklärt worden sein soll.

d) Wegen der Unsicherheit, die nach dem Schreiben der Brauerei vom 27. Januar 1981 eingetreten war und bis zum Frühjahr 1983 andauerte, hatte der Beklagte gegenüber dem Kläger An-

spruch darauf, daß ihm die ausdrückliche Zustimmung nachgewiesen wurde, denn nur dadurch konnten klare Verhältnisse geschaffen werden (vgl. hierzu Senatsurteil vom 9. Oktober 1985 - VIII ZR 198/84 = WM 1985, 1536 unter II 3 a bb). Allerdings stand den Eheleuten P ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 542 BGB nicht zu. Das Fehlen der Zustimmung zur Unterverpachtung stellt - unter dem Gesichtspunkt der Gebrauchsentziehung - keinen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Rechtsmangel dar. Nach einhelliger Meinung genügt das bloße Bestehen eines Rechts, das zur Gebrauchsentziehung führen kann, nicht für eine Kündigung nach § 542 BGB. Der Dritte muß dieses Recht vielmehr ausüben (vgl. dazu z. B. MünchKomm/Voelskow, BGB, § 541 Rdn. 9 m.w.Nachw.). Diese Auffassung liegt auch dem Senatsurteil vom 30. Januar 1959 (aaO) zugrunde, denn darin heißt es, die bloße Ungewißheit darüber, ob es zur Gebrauchsentziehung kommen werde, genüge zur Kündigung nicht. Im vorliegenden Fall bestand nicht mehr als die Ungewißheit, ob die Brauerei das Pachtverhältnis mit den Eheleuten B beenden und von den Eheleuten P Räumung und Herausgabe nach § 556 Abs. 3 BGB verlangen würde. Ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB stand der Brauerei ohnehin nicht zu, weil sie nicht Eigentümerin des Pachtgrundstücks ist.

Demgemäß hat der erkennende Senat in dem im Jahre 1959 entschiedenen Fall einen Kündigungsgrund nicht in § 542 BGB gesehen, sondern dem Berufungsgericht die Prüfung der Voraus-

setzungen des daneben bestehenden Rechts zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde nach § 242 BGB aufgegeben. Anlaß dazu waren die in jenem Fall geltend gemachten *b e s o n d e r e n U m s t ä n d e*, und zwar der Ausbau des gepachteten Fabrikgrundstücks und die Anschaffung eines Tunnelofens zum Preise von 150.000,-- DM.

e) Das Berufungsgericht ist der Meinung, auch hier liege im Fehlen der Zustimmung der Brauerei zur Unterverpachtung ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung i.S. des § 242 BGB vor. Ihn sieht es darin, daß die Brauerei, wie der Zeuge Schwalbe bekundet habe, entschlossen gewesen sei, bei sich bietender Gelegenheit das Gaststättenanwesen an einen neuen Partner zu verpachten und daß sie dann auch versucht hätte, dem neuen Partner den Besitz an dem Gaststättenanwesen mit allen rechtlichen Möglichkeiten zu verschaffen.

Die Revision hat darin recht, daß sich aus dieser Aussage entnehmen läßt, die Gefahr sei nicht akut und auch nicht sonderlich groß gewesen, daß die Brauerei den Eheleuten P. die Nutzung der Gaststätte alsbald würde streitig gemacht haben. Nach den Bekundungen des Zeugen standen dem Abschluß eines unmittelbaren Unterpachtvertrages zwischen der Brauerei und den Eheleuten P. zwei Hindernisse entgegen. Die Brauerei verlangte die Bestellung einer dinglichen Sicherheit. Dazu waren die Eheleute P. nicht bereit oder nicht in der Lage. Außerdem hat die

Stadt U in ihrer Eigenschaft als Verpächterin, wie schon dargelegt, verlangt, daß der neue Unterpächter die von der Stadt verfügte Sperrung des unmittelbaren Zugangs zu der Gaststätte, in der eine Diskothek betrieben wird, hinnehme. Der Abschluß eines unmittelbaren Unterpachtvertrages zwischen der Brauerei und den Eheleuten P soll nach dem Ergebnis der vom Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme letztlich an der Frage der Grundschuldbestellung gescheitert sein. Es liegt auf der Hand, daß diese Probleme auch bei Unterverpachtungsverhandlungen mit anderen Interessenten aufgetreten wären.

All das ändert nichts daran, daß die Eheleute P gezwungen waren, ihren Gewerbebetrieb auf einer unsicheren rechtlichen Grundlage zu führen. Der Gewerbebetrieb bildete ihre Existenzgrundlage. Mit seiner Führung waren rechtliche Verpflichtungen von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite verknüpft. Zu einer ordnungsgemäßen Führung bedarf es, auch wenn - anders als in dem im Jahre 1959 entschiedenen Fall - größere Investitionen nicht unmittelbar bevorstanden, andererseits aber immerhin geleistet waren, einer gesicherten Rechtsgrundlage. Dem Unterpächter eines Gewerbebetriebes, der zugleich seine Existenzgrundlage bildet, ist es unzumutbar, das Unterpachtverhältnis aufrechtzuerhalten, wenn der Unterverpächter sich außer Stande sieht, die Erlaubnis des (Haupt-)Pächters zur Unterverpachtung beizubringen, wenn deshalb ein vertragswidriger Gebrauch der Pachtsache durch den Unterverpächter vorliegt

(BGHZ 59, 3, 7) und daher die Gefahr der Auflösung des Hauptpachtvertrages mit der Rechtsfolge des § 556 Abs. 3 BGB besteht. In einem solchen Fall ist die Kündigung aus wichtigem Grund jedenfalls dann gerechtfertigt (§ 242 BGB), wenn der Unterpächter nach dem Inhalt des Unterpachtvertrages davon ausgehen durfte, die Erlaubnis des Verpächters sei erteilt oder werde jedenfalls erteilt. So aber liegt der Fall hier, wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Unterpachtvertrages zutreffend ausführt.

4. Waren die Eheleute P. zur fristlosen Kündigung des Unterpachtvertrages berechtigt, so schuldeten sie Pachtzins nur für die Zeit bis zum 15. Dezember 1983, also für 5 1/2 Monate. Den Gesamtbetrag hat das Berufungsgericht zutreffend mit 40.560,63 DM berechnet.

Die Vorinstanz hat darin recht, daß durch die wirksame Kündigung des Unterpachtvertrages dem Kauf- und Übergabevertrag vom 10. Dezember 1980 die Geschäftsgrundlage entzogen worden ist, denn die Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände konnten nur an Ort und Stelle im O. sinnvoll weiterverwendet werden. Das bedarf keiner näheren Begründung.

Es ist schließlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht im Wege ergänzender Vertragsauslegung die im Kauf- und Übergabevertrag für einen anderen Fall vorzeitiger Beendigung

vereinbarte Regelung einer Investitionsabgeltung zu Gunsten des Unterpächters herangezogen hat. Daß der Beklagte sich nicht ausdrücklich auf eine derartige - ergänzende - Auslegung berufen hat, ist, entgegen der Ansicht der Revision, unerheblich. Hätten die Parteien den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für den Kauf- und Übergabevertrag infolge fristloser Kündigung des Unterpachtvertrages bedacht, liegt die Annahme nahe, daß ihrem hypothetischen Willen die Lösung entsprach, zu der das Berufungsgericht gelangt ist.

Durch das vertraglich vereinbarte Aufrechnungsverbot war der Beklagte nicht gehindert, den Aufrechnungseinwand zu erheben. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingeräumt, daß dem Beklagten bei der vom Oberlandesgericht vorgenommenen ergänzenden Vertragsauslegung eine Ausgleichsforderung von 58.000,-- DM zustehen würde. In dieser Höhe ist die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung sonach unstreitig.

5. Dem Rechtsmittel mußte danach der Erfolg versagt bleiben. Das löst die Kostenfolge des § 97 ZPO aus.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Groß