

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. Mai 1997 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger (Pächter) nehmen die Beklagte (Verpächterin) auf Rückgewähr angeblich überzahlten Pachtzinses und überzahlter Nebenkosten in Anspruch.

Durch Vertrag vom 7. Dezember 1992 verpachtete die Beklagte den Klägern das Anwesen L. Str. in S. zum Betrieb eines Bierlokals nebst Pension. Die Nutzfläche der Gaststätte im Erdgeschoß (mit Kellerräumen) und der Zimmer in den Obergeschossen - die während der Pachtzeit durch das Sozialamt belegt wurden - betrug insgesamt rund 413 qm. Als Pachtzins wurde ein Betrag von monatlich 7.000 DM zuzüglich MWSt sowie

eine Nebenkostenvorauszahlung von 1.000 DM zuzüglich MWSt vereinbart; der monatlich zu zahlende Betrag belief sich danach auf 9.200 DM. Außerdem hatten die Kläger einen verlorenen Baukostenzuschuß von 15.000 DM zuzüglich MWSt zu entrichten. Das Pachtverhältnis sollte am 1. Januar 1993, jedoch nicht vor Rückgabe des Pachtobjekts durch den vorherigen Pächter, beginnen. Zu seiner Beendigung sah der Vertrag in § 2 Nr. 2 folgende Regelung vor:

Das Pachtverhältnis kann beiderseits mit einer Frist von vier Monaten auf die Termine 31. März, 30. Juni und 30. September eines Jahres, erstmals auf ... (nicht ausgefüllt) gekündigt werden. Das Pachtverhältnis endet am 31. Januar 2002, ohne daß es einer Kündigung bedarf ...

In § 10 des Vertrages wurde eine - ausschließliche - Getränkebezugsverpflichtung mit einer Mindestabnahmemenge von 120 hl Bier im Jahr vereinbart. Durch Nachtrag ebenfalls vom 7. Dezember 1992 bestimmte die Beklagte die S. AG als Bierlieferantin.

Nach § 18 des Vertrages hatten die Kläger eine Barkaution von 40.000 DM zu hinterlegen, die mit höchstens jährlich 4% zu verzinsen war.

Die Kläger ließen in das Pachtobjekt Rauchmelder, eine Notbeleuchtung und drei feuerfeste Türen einbauen, verlegten Teppichböden und erbrachten Anstreicherarbeiten. Weitere Investitionen für Ausbau und Einrichtung - bis zur Höhe eines von den Klägern angegebenen Investitionsgesamtbetrages von rund 80.000 DM - sind streitig.

Am 24. April 1994 kündigte die Beklagte das Pachtverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzuges der Kläger. Nach dem 30. April 1994 verpachtete sie die Gaststätte an einen neuen Pächter E. . Die Pension wurde zunächst von

- 4 -

den Klägern weitergeführt. Ende Juni 1994 wurde das Pachtverhältnis zwischen den Parteien einvernehmlich beendet.

Mit der Behauptung, der Pachtvertrag sei zum einen wegen Verletzung des Schriftformerfordernisses nach §§ 34 GWB (in der damals geltenden Fassung), 125 BGB im Hinblick auf die vereinbarte Getränkebezugsverpflichtung und zum anderen wegen eines im Verhältnis zur Ertragsfähigkeit des Pachtobjekts unverhältnismäßig überhöhten Pachtzinses nach § 138 BGB nichtig gewesen, haben die Kläger - nach Erwirkung eines Vollstreckungsbescheids über einen Teilbetrag - die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 61.754,70 DM nebst Zinsen begehrt. Sie haben dazu insbesondere vorgetragen:

Sie hätten für das Pachtobjekt insgesamt 73.754,70 DM zu viel an die Beklagte gezahlt. Die angemessene Nutzungsentschädigung habe allenfalls monatlich 5.000 DM betragen; für die Monate Mai und Juni 1994, in denen sie, die Kläger, nur noch die Pension betrieben hätten, seien allenfalls je 3.000 DM angemessen. Insgesamt sei eine Nutzungsentschädigung frühestens ab 1. April 1993 zu zahlen gewesen, da sie, die Kläger, die Fremdenzimmer wegen baupolizeilicher Auflagen zum Teil erst ab April 1993 hätten nutzen können.

Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht: Die baupolizeilichen Auflagen hätten nur das zweite Obergeschoß und das Dachgeschoß betroffen. Die Erledigung dieser Auflagen sei aber nach dem Vertrag Sache der Kläger gewesen. Eine etwaige verspätete Nutzbarkeit einzelner Räume sei ihr, der Beklagten, daher nicht anzulasten. Der Pachtvertrag sei wirksam, und der vereinbarte Pachtzins sei nicht überhöht gewesen. So habe der Kläger zu 1 selbst (nur) die Gaststätte für monatlich 4.500 DM an den Kläger zu 3. untervermietet.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Im übrigen sei in einem Rechtsstreit mit einem früheren Pächter des Objekts der angemessene Nettopachtzins durch einen Sachverständigen mit monatlich 5.485 DM ermittelt worden. Zu berücksichtigen sei schließlich bei der Bewertung auch, daß sie, die Beklagte, den Klägern zu 1. und 2. im Zusammenhang mit dem Bierlieferungsvertrag durch Vereinbarung vom 13. April 1993 ein verzinsliches Darlehen in Höhe von 35.000 DM gewährt habe.

Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten zur angemessenen Pachthöhe nach der sogenannten EOP-Methode (an der Ertragskraft orientierte Pachtwertfindung) bei dem Diplomkaufmann L. eingeholt und nach dessen Ergebnissen den Pachtvertrag vom 7. Dezember 1992 als nach § 138 BGB nichtig angesehen. Außerdem hat es wegen eines Formverstoßes bei der Vereinbarung der Bierbezugsverpflichtung (§§ 34 GWB in der damals geltenden Fassung, 125 BGB) Teilnichtigkeit des Vertrages angenommen und die Beklagte aus diesen Gründen nach dem Klageantrag (bis auf die Höhe der geltend gemachten Zinsen) zur Zahlung verurteilt.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt sie ihr Klagabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

1. Das Berufungsgericht hat den Pachtvertrag vom 7. Dezember 1992 gemäß §§ 125, 139 BGB i.V. mit §§ 34, 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB (in der damals geltenden Fassung) als nichtig angesehen und dies wie folgt begründet:

Auszugehen sei für die Prüfung der Formnichtigkeit gemäß § 34 GWB davon, daß die Kläger nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung einer ausschließlichen Bierbezugspflicht bei der S. AG (sowie für alkoholfreie Getränke bei einer Firma G.) unterworfen gewesen seien. Die als ausschließlich vereinbarte Getränkebezugsverpflichtung unterfalle der Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB, auf die § 34 GWB wegen des Schriftformerfordernisses Bezug nehme. Der Umstand, daß die Bezugspflicht nicht mit der Brauerei, sondern in einem Vertrag zwischen Verpächter und Pächter vereinbart worden sei, sei für § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB unerheblich, da der Pachtvertrag insoweit zugunsten der Brauerei abgeschlossen worden sei. Auch für eine solche Auferlegung von Bezugspflichten zugunsten einer Brauerei gelte § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

§ 34 GWB verlange, daß die Vereinbarungen der Parteien die Schriftform einhielten. Im vorliegenden Fall hätten die Parteien nach der Behauptung der Beklagten vereinbart, daß für die Preise des zu beziehenden Bieres die jeweiligen Preislisten gelten sollten. Diesen ihren Standpunkt habe die Beklagte auch durch Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen Minderbe-

zuges gegen die Kläger zum Ausdruck gebracht, die sie allerdings später auf gerichtlichen Hinweis zurückgenommen habe. Schon die entsprechende Behauptung der Beklagten und die Erhebung der erwähnten Klage legten es nahe, daß eine Preisvereinbarung geschlossen worden sei. Diese sei aber in dem Vertrag nicht in schriftlicher Form enthalten. § 34 GWB stelle zwar keine Anforderungen an den Inhalt eines Vertrages, sondern ordne lediglich für einen gegebenen Vertragsinhalt die Schriftform an. Es treffe aber nicht zu, daß sich die Parteien nicht auf einen bestimmten Bezugspreis geeinigt hätten. Diese von dem Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht aufgestellte Behauptung stehe zum einen im Widerspruch zum früheren schriftsätzlichen Vortrag. Zum anderen vertrage sie sich nicht damit, daß die Beklagte Schadensersatz wegen Minderabnahme eingeklagt habe; denn dieses Vorgehen setze voraus, daß die Beklagte selbst von der Vereinbarung bestimmter Bezugspreise ausgegangen sei. Auch wenn die Einigung sich nicht aus dem Text der Vertragsurkunde ergebe, sei sie doch dadurch zustande gekommen, daß der Bezug tatsächlich nach den Preislisten abgerechnet worden sei. Jedenfalls diese Vertragsdurchführung ersetze die ausdrückliche Einigung unter Verweisung auf Brauereilisten. Damit sei dieser Sachverhalt gleich zu werten wie der, daß Parteien es nicht für erforderlich hielten, die von ihnen gemeinsam als selbstverständlich angenommene Maßgeblichkeit der jeweiligen Preisliste im Vertrag festzuhalten, womit ein Verstoß gegen § 34 GWB vorliege (OLG Frankfurt am Main in GRUR 1978, 114). Da somit auch im vorliegenden Fall eine Einigung über den Preis vorliege, hätte dies in schriftlicher Form niedergelegt werden müssen, wobei gemäß § 34 Satz 3 GWB schriftliche Bezugnahme auf jeweils gültige Brauereilisten möglich gewesen wäre. Daran fehle es indessen. Das habe zur Folge, daß der Pacht-

vertrag wegen Verstoßes gegen § 34 GWB nach §§ 125, 139 BGB insgesamt nichtig sei.

2. Diese Ausführungen halten, wie die Revision zu Recht rügt, der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Zwar ist das Schriftformerfordernis des § 34 GWB mit Inkrafttreten des 6. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. August 1998 (BGBl. I 2521) und der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom selben Tage (BGBl. I 2546) mit Wirkung vom 1. Januar 1999 ersatzlos entfallen. Eine Übergangsvorschrift enthält das Gesetz nicht. Der Wegfall des Formerfordernisses berührt den vorliegenden Fall jedoch nicht. Er kann sich nur auf Verträge auswirken, die unter der Geltung des neuen Rechts abgeschlossen werden. Bei Verträgen, die wie der hier zu beurteilende Pachtvertrag vom 7. Dezember 1992 unter der Geltung des alten Rechts geschlossen wurden und nach altem Recht wegen Nichteinhaltung der gebotenen Schriftform unwirksam sind, führt die Rechtsänderung nicht zur nachträglichen Wirksamkeit. Denn die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Formvorschriften, die bei seiner Vornahme galten. § 34 GWB a.F. bleibt mithin für die Beurteilung der Wirksamkeit des vorliegenden Pachtvertrages weiterhin anwendbar (vgl. BGH Urteile vom 2. Februar 1999 - KZR 51/97 - und vom 9. März 1999 - KZR 23/97 - jeweils zur Veröffentlichung bestimmt; auch Bunte in BB 1998, 1600 f.; Schulze in WRP 1999, 158 ff.).

b) Die Ausführungen des Berufungsgerichts tragen jedoch - mit der gegebenen Begründung - nach dem Vortrag der Parteien nicht die im Berufungsurteil angenommene Verletzung des Schriftformerfordernisses des § 34 GWB a.F.. Die Vorschrift verlangte Einhaltung der Schriftform für den gesamten ver-

einbarten Vertragsinhalt einschließlich aller Nebenabreden, um damit den Kartellbehörden und -gerichten eine umfassende Kontrolle der getroffenen Vereinbarungen ohne zusätzliche Untersuchungen zu ermöglichen. § 34 GWB a.F. stellte jedoch keine besonderen Anforderungen an den Inhalt des geschlossenen Vertrages. Hatten Vertragsparteien über einen einzelnen Punkt, etwa über den Preis, keine Abrede getroffen, dann lag insoweit keine schriftformbedürftige Erklärung vor; ein Verstoß gegen § 34 GWB a.F. schied damit aus (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 119, 283, 288 ff. m.w.N.).

Nach § 10 des Pachtvertrages i.V. mit dem Nachtrag vom 7. Dezember 1992 waren die Kläger verpflichtet, sämtliche Biere ausschließlich von der S. AG abzunehmen. Zu welchen Preisen die Abnahme zu erfolgen hatte, ist weder in dem Pachtvertrag selbst noch in dem Nachtrag niedergelegt. Das Berufungsgericht hat gleichwohl die Feststellung getroffen, die Parteien hätten sich - mündlich - über den maßgeblichen Preis geeinigt, und zwar dahingehend, daß für die Preise des zu beziehenden Bieres die jeweiligen Preislisten der Brauerei zu gelten haben sollten.

Gegen diese Feststellung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision zu recht mit der Rüge, daß das Oberlandesgericht insoweit das Vorbringen der Parteien nicht zutreffend berücksichtigt habe.

Da die Kläger Rückzahlung eines Teiles des von ihnen gezahlten Pachtzinses wegen behaupteter Nichtigkeit des Pachtvertrages verlangen, tragen sie die Darlegungs- (und Beweis-)last für die die Nichtigkeit des Vertrages begründenden Umstände. Sie haben indessen zunächst in der Klageschrift (nur) vorgetragen, eine "Bezugnahme auf gültige Preislisten der fraglichen Brauerei bzw. der Getränkelieferanten" sei bei dem Vertragsabschluß nicht erfolgt (Schriftsatz vom 17. Mai 1995 Bl. 6). Diesem Vortrag ist nicht die Behauptung

zu entnehmen, die Parteien hätten sich - ohne schriftliche Festlegung - auf die Maßgeblichkeit der jeweils gültigen Bier- bzw. Getränkelisten der Lieferanten geeinigt. Da der Pachtvertrag nicht mit der Brauerei geschlossen wurde, bestand keine zwingende Notwendigkeit, bereits in diesem Vertrag eine entsprechende Preisvereinbarung zu treffen. Eine solche konnte vielmehr besonderer Abmachung zwischen den Klägern und der Brauerei vorbehalten bleiben. Daran ändert nichts die von dem Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung herangezogene Schadensersatzklage, die die Beklagte wegen der Bier-Minderabnahme gegen die Kläger erhoben hatte (27 O 518/94 LG Stuttgart). Diese Klage war nämlich auf die Behauptung gestützt worden, die Beklagte hätte bei Erfüllung der vereinbarten Abnahmemenge von jährlich 120 hl Bier durch die Kläger von der S. AG eine Rückvergütung in Höhe von 75 DM zuzüglich MWSt pro hl erhalten; den geltend gemachten Schaden hatte die Beklagte demgemäß aus der Minderabnahmemenge von 96,38 hl im Jahre 1993 und anteilig 44,97 hl im Jahre 1994 mit (141,35 hl zu je 75 DM) 10.601,25 DM errechnet. Der Preis, zu dem die Kläger das Bier beziehen sollten, war hiernach für die Beklagte nicht von vordringlichem Interesse. Soweit das Berufungsgericht aus der Erhebung der genannten Schadensersatzklage den Schluß zieht, die Beklagte habe hiermit ihre Auffassung zu erkennen gegeben, daß sich die Vertragsparteien über die Geltung der jeweiligen Preislisten einig gewesen seien, trägt diese Annahme die gezogene Schlußfolgerung somit nicht. Mit Schriftsatz vom 14. August 1995 hat die Beklagte demgegenüber erkennbar zum Ausdruck gebracht, die Parteien hätten keine Vereinbarung über den zu entrichtenden Preis getroffen, daher liege auch keine schriftformbedürftige Erklärung vor (aaO S. 2). Eine entsprechende Behauptung hat nach der Feststellung des Oberlandesgerichts auch der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgestellt. Daraufhin

haben die Kläger mit Schriftsatz vom 16. April 1996 (S. 2) geltend gemacht, es treffe nicht zu, daß die Parteien bei Abschluß des Pachtvertrages keine Vereinbarung über die Preise getroffen hätten, die der streitigen Getränkebezugsverpflichtung zugrunde liegen sollten; beide Parteien seien übereinstimmend von den jeweils gültigen Listenpreisen der S. AG ausgegangen.

Keine der Parteien hat sich im folgenden, was auch das Berufungsgericht nicht annimmt, den Vortrag der Gegenseite zu eigen gemacht. Damit standen sich, wie die Revision zu recht hervorhebt, widersprechende Parteierklärungen gegenüber. Die Annahme des Berufungsgerichts, es habe "eine Einigung über den Preis" vorgelegen, die in schriftlicher Form hätte niedergelegt werden müssen, ist hiermit nicht vereinbar. Das angefochtene Urteil kann deshalb in diesem Punkt mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben.

Es kann auch nicht aus anderen Gründen gehalten werden (§ 563 ZPO).

II.

1. Das Berufungsgericht hat den Pachtvertrag vom 7. Dezember 1992 auch nach § 138 BGB wegen eines auffälligen objektiven Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung sowie unter Bejahung der subjektiven Tatbestandsseite der Vorschrift im Hinblick auf einzelne Vertragsbestimmungen, Nebenabreden und Begleitkonditionen für nichtig gehalten. Es hat sich dabei im Ansatz auf das von dem Sachverständigen L. unter Anwendung der von ihm mitentwickelten EOP-Methode erstellte Gutachten (zur Darstellung dieser Methode vgl. Loew/Riedel/Bruss, Miet- und Pachtverträge unter wirtschaftlicher Betrachtung, 4. Aufl. 1998 und Walterspiel in ZMR 1996, 468 ff.,

470 und 471) gestützt, das danach ermittelte Zahlenwerk allerdings in einzelnen Positionen korrigiert und dazu näher ausgeführt:

Der Sachverständige gehe von einem sogenannten Basis-Pachtzins von 43.300 DM pro Jahr aus. Dem lägen nach der angewandten Methode (entsprechend dem Diagramm in ZMR 1996, 470) drei Basiswerte für Gaststättenumsatz, Fremdenzimmerumsatz und Automatenprovisionseinnahmen zugrunde. Diese Basiswerte seien in einem ersten Arbeitsschritt aufgrund sogenannter allgemeiner Kriterien (Betriebsart, Betriebsgröße, Betriebszeit, Standort), sogenannter objektimmanenter Kriterien und sogenannter vertragsbedingter Kriterien (u.a. Getränkebezugspflicht, Kautions, Baukostenzuschuß, Darlehen) ermittelt worden. Sie beliefen sich für den Umsatz aus der Gaststätte auf 200.000 DM, aus den Fremdenzimmern auf 61.000 DM und aus Automatenprovision auf 6.000 DM. Ihnen seien in Prozentsätzen ausgedrückte Basispachtzinssätze zugeordnet von 11 %, 30 % und 50 %. Diese führten zu dem Basispachtzins von 43.300 DM pro Jahr. In einem zweiten Arbeitsschritt seien zur Ermittlung des angemessenen Pachtzinses sodann Korrekturen vorgenommen worden, wobei Ausstattungstiefe (hier: Pächterinvestitionen; objektimmanentes Kriterium), Getränkebezugspflicht, Mindestabnahme, Barkautions und verlorener Baukostenzuschuß (vertragsbedingte Kriterien) als die Korrektur begründende Positionen herangezogen worden seien. Auf diesem Weg komme der Sachverständige zu der letztlich angenommenen angemessenen Nutzungsentschädigung.

Diese von dem Gutachter angewandte Berechnungsmethode, die hier auf einem Pächtermindestgewinn von 36.000 DM beruhe, sei nicht nur in der Rechtsprechung anerkannt, sondern auch einer bloßen Sachwertmethode vorzuziehen. Ihr könne deshalb nicht die von dem Sachverständigen N. in einem

früheren Rechtsstreit für dasselbe Objekt erstellte, an Vergleichsobjekten und qm-Preisen orientierte Methode entgegengesetzt werden, die zu einer angemessenen Pacht von netto 5.485 DM pro Monat gelangt sei. Die grundlegende, die EOP-Methode anerkennende Entscheidung des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 13. Juli 1992 (NJW-RR 1993, 654) erörtere ausdrücklich, daß für die Frage des angemessenen Pachtzinses die Ertragsfähigkeit eines Lokals nicht außer Betracht bleiben dürfe und deshalb die Ertragswertmethode der bloßen Vergleichswert- oder Sachwertmethode vorzuziehen sei. Da der Verpächter die Betriebsart und die Einrichtung selbst vorbestimme, sei zu fragen, ob ein Pächter mit durchschnittlichen Fähigkeiten und Anstrengungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verpächters die konkreten Räume so nützen könne, daß die vereinbarten Pachtzinsen unter normalen Umständen erwirtschaftet werden könnten. Das leiste allein die Ertragswertmethode.

Allerdings sei im vorliegenden Fall der von dem Sachverständigen ermittelte Basispachtzins aufgrund einer Abweichung in der Belegungsdichte hinsichtlich des Fremdenzimmerumsatzes statt mit 43.300 DM mit 57.400 DM pro Jahr anzusetzen. Nicht abzuziehen sei hiervon - entgegen dem Gutachten - ein Betrag für Inventaranschaffung und für Mindestabnahme von Getränken; denn die Kläger hätten unstreitig von ihrem Nachpächter eine ihren Investitionen entsprechende Summe erstattet erhalten, und die Beklagte habe nach dem ergebnislosen Schadensersatzprozeß keine Ansprüche wegen Minderabnahme gegen die Kläger erhoben oder gar durchgesetzt. Mit dem Gutachten sei hingegen der Abschlag für die Getränkebezugspflicht vorzunehmen. Die Kläger hätten sich nämlich an diese Verpflichtung gehalten, was einen geldwerten Nachteil bedeute, weil die Listenpreise, die von einem gebundenen Wirt verlangt würden, ungünstig seien. Außerdem sei dem Gutachten auch hinsichtlich

der Abzugsposten für Kautions- und verlorenen Baukostenzuschuß zu folgen. Bei Berücksichtigung der genannten drei Abzugsposten ergebe sich - unter Zugrundelegung der von dem Sachverständigen für eine Vertragslaufzeit bis zum 31. Januar 2002 angenommenen Abzugswerte - ein Basispachtzins von 49.900 DM pro Jahr. Das entspreche einem Nettomonatsbetrag von 4.158,33 DM bzw. einem Bruttomonatsbetrag für Gaststätte und Fremdenzimmer von 4.782 DM.

Der vertraglich vereinbarte Pachtzins von monatlich 9.200 DM brutto bedeute demgegenüber eine Erhöhung um 92,4 %. Aus dieser Relation sei zwar nicht von vorneherein auf die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer verwerflichen Einstellung der Beklagten zu schließen. Für die subjektive Tatbestandsseite könne aber auf die vertraglich vereinbarten Konditionen abgestellt werden wie etwa: kurzfristige Kündigungsmöglichkeit, verllorener Baukostenzuschuß, Investitionsaufwendungen, Getränkebezugspflicht, Barkautionspflicht in Höhe von 40.000 DM, Kreditvertrag über 35.000 DM zu immerhin 13 % Zinsen nebst Nebenkosten von 1.750 DM, Vorbehalt der Automatenaufstellung durch die Beklagte u.a.. Diese führten unter den gegebenen Umständen in Verbindung mit dem überhöhten Pachtzins zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB.

Auf der Grundlage des als angemessen ermittelten Pachtzinses von monatlich 4.782 DM ergebe sich - nach näherer Berechnung - eine gemäß § 812 BGB auszugleichende Überzahlung der Kläger in Höhe von 79.620,88 DM. Da ihnen indessen nur 73.754,70 DM zugesprochen worden seien, sei die Beklagte jedenfalls nicht zu einem zu hohen Betrag verurteilt worden. Ihre Berufung sei daher nicht begründet.

2. Hiergegen bestehen durchgreifende Bedenken.

A: a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft den von ihm für angemessen gehaltenen Pachtzins von monatlich 4.782 DM einem vereinbarten Pachtzins von monatlich 9.200 DM gegenübergestellt. In diesem sind Nebenkosten in Höhe von 1.000 DM zuzüglich MWSt (zusammen 1.150 DM) enthalten, die bei dem Vergleich außer Betracht zu bleiben haben, da auch der angenommene Pachtzins von 4.782 DM keine Nebenkosten umfaßt. Bei einer Gegenüberstellung von 4.782 DM mit dem lediglich vergleichbaren Betrag von 8.050 DM übersteigt der letztgenannte Wert den Vergleichswert um 68,3 %. Eine solche Erhöhung liegt noch nicht in dem Bereich, in dem bei gewerblichen Miet- und Nutzungsverhältnissen aus den objektiven Umständen (Überschreitung um knapp 100 %) auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen wird (vgl. Bub in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. II Rdn. 715 a und 698 m.w.N.).

b) Bei der Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB hat das Berufungsgericht sodann Umstände herangezogen, die zum Teil - wie der verlorene Baukostenzuschuß, die Investitionsaufwendungen, die Getränkebezugs- und die Barkautionspflicht - bereits im Rahmen der Festlegung des angemessenen Pachtzinses auf monatlich 4.782 DM in der Korrekturphase wertmindernd berücksichtigt worden sind. Diese Umstände sind damit, zumindest soweit es um die Höhe der einzelnen Abzüge geht, rechtsfehlerhaft zweifach zu Lasten der Beklagten bewertet worden.

B: Unabhängig hiervon kann das angefochtene Urteil aber schon deshalb nicht bestehen bleiben, weil es die objektiven Voraussetzungen einer Nichtigkeit des Vertrages vom 7. Dezember 1992 nach § 138 Abs. 1 BGB nicht zutreffend ermittelt und festgestellt hat.

a) Miet- und Pachtverträge sind, wie sonstige Rechtsgeschäfte, sittenwidrig und damit nichtig, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten, wie etwa eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten oder Ausnutzung der Unerfahrenheit des Partners u.ä. (ständige Rechtsprechung vgl. etwa BGH, Urteil vom 26. November 1997 - VIII ZR 322/96 = BGHR BGB § 138 Abs. 1 Mißverhältnis 7 m.w.N.; Bub in Bub/Treier aaO m.N.). Der Ermittlung des Leistungsmißverhältnisses ist grundsätzlich der objektive Wert (Verkehrswert) der verglichenen Leistungen (vgl. BGB-RGRK/Krüger-Nieland/Zöller 12. Aufl. § 138 Rdn. 46; BGH Urteil vom 20. April 1990 - V ZR 256/88 = NJW-RR 1990, 950), also das verkehrsübliche Äquivalent, zugrunde zu legen (MünchKomm/Meyer-Maly BGB 3. Aufl. § 138 Rdn. 118). Bei Mietverhältnissen ist der Verkehrswert und damit die ortsübliche Marktmiete in der Regel als Vergleichsmiete, d.h. durch Vergleich mit den erzielten Mieten für andere vergleichbare Mietobjekte, festzustellen (vgl. Bub in Bub/Treier aaO Rdn. 715 a m.N.; BGHZ 128, 255, 260). Nur wenn ausnahmsweise vergleichbare Objekte nicht zur Verfügung stehen sollten, wofür hier allerdings kein Anhaltspunkt besteht, sind gegebenenfalls andere Erfahrungswerte heranzuziehen (vgl. Bub in Bub/Treier aaO). Das bedeutet jedoch nicht, daß in einem solchen Fall auf die Ermittlung des objektiven (Verkehrs-)Wertes, gegebenenfalls unter Berücksichtigung bestimmter sich sonst anbietender Vergleichselemente, zu verzichten wäre und der Maßstab der Orts- bzw. Marktüblichkeit verlassen werden dürfte.

Im vorliegenden Fall, in dem die Beklagte den Klägern sowohl eine Gaststätte als auch Räume zur Nutzung als Beherbergungsbetrieb verpachtet hat, ist zum Zweck der Berechnung für das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung - als Gesamtpachtzins - der angemessene orts- bzw. marktübli-

che Mietzins für die Gebrauchsüberlassung der Räume und darüber hinaus ein angemessener Preis für alles weitere, den Klägern als Pächtern zur Fruchtziehung Überlassene zu ermitteln (vgl. Bub in ZMR 1995, 509, 511). Hieraus ergibt sich der insgesamt angemessene Pachtzins.

Der für die Beurteilung nach § 138 Abs. 1 BGB maßgebliche objektive Pachtwert des Anwesens L. Str. ist danach grundsätzlich als Vergleichswert auf der Grundlage der marktüblichen Pachtzinsen für vergleichbare Objekte zu bestimmen (vgl. Bub aaO S. 512).

b) Dem wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Denn das Berufungsgericht hat den objektiven, orts- bzw. marktüblichen Wert des Pachtobjekts nicht ermittelt. Die von ihm angewandte (wenn auch zum Teil inhaltlich korrigierte) EOP-Methode ist hierzu von ihrem Ansatz her nicht bestimmt und auch nicht geeignet.

Zwar ist nach allgemeinen Grundsätzen die Wahl einer bestimmten Bewertungsmethode generell dem - insoweit sachverständig beratenen - Tatrichter vorbehalten. Seine Entscheidung kann von dem Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 = FamRZ 1991, 43, 44 m.N.). Letzteres ist hier aber der Fall. Die der Entscheidung des Oberlandesgerichts zugrunde gelegte EOP-Methode ist ausdrücklich dafür vorgesehen, den Pachtwert ertragsorientiert im Sinne der Gebrauchsvorteile für den Pächter zu bestimmen (vgl. Seitter in ZMR 1996, 587 ff.; Walterspiel aaO; Usinger in NZM 1998, 641 ff.; auch OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 654; OLG München ZMR 1999, 109; OLG Karlsruhe NJWE-Mietrecht 1997, 151; OLG München (Senat Augsburg) NZM 1999, 224). Ausgehend von statistischen Durchschnittswerten und nach

zwar fallspezifischen, aber pauschalen Korrekturen (vgl. Walterspiel und Usinger aaO) ermittelt sie, bei welchem Pachtzins ein durchschnittlicher Pächter unter Berücksichtigung seiner gesamten Unkosten und eines als angemessen eingestuften Gewinns die Gaststätte rentabel führen kann. Eine solche Überprüfung mag angebracht sein, um einem potentiellen Pächter oder auch einer um eine Finanzierung angegangenen Bank Anhaltspunkte zu liefern, ob der Abschluß des beabsichtigten Pachtvertrages wirtschaftlich sinnvoll ist. Der tatsächlich zu erzielende Marktpreis hängt aber nicht von einer solchen Rentabilitätsberechnung ab. Er richtet sich vorrangig nach Angebot und Nachfrage. Ist in einem bestimmten Gebiet das Angebot klein und die Nachfrage groß, wird der erzielbare Pachtzins steigen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ein Pachtzins in dieser Höhe nach der EOP-Methode angemessen wäre. Ist der vereinbarte Pachtzins höher als der nach der EOP-Methode errechnete, kann das auch daran liegen, daß bei der gegebenen Marktsituation der ohne weiteres erzielbare Pachtzins aus betriebswirtschaftlicher Sicht eigentlich zu hoch ist.

Würde mit dem Oberlandesgericht der nach der EOP-Methode errechnete Pachtzins bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB als Vergleichsmaßstab herangezogen und bei einer Überschreitung dieses Wertes um einen bestimmten Prozentsatz zwingend Sittenwidrigkeit angenommen, liefe das im Ergebnis darauf hinaus, einen an betriebswirtschaftlichen Rentabilitätsabwägungen orientierten Preisrahmen für den Abschluß von Gaststättenpachtverträgen zu normieren, mit dem - weitgehend ohne Rücksicht auf die besondere Marktsituation des konkreten Objektes - in die freie Preisbildung des Marktes regulierend eingegriffen würde. Damit würde der Regelungsbe-
reich des § 138 Abs. 1 BGB überschritten.

Die Anwendung der EOP-Methode könnte im übrigen dazu führen, die im Gesetz vorgesehene Risikoverteilung zwischen Pächter und Verpächter zu Lasten des Verpächters zu verändern. Nach dem Gesetz trägt der Pächter das volle Verwendungsrisiko für die Gaststätte (§§ 581 Abs. 2, 552 Satz 1 BGB; vgl. Senatsurteil vom 23. Oktober 1996 - XII ZR 55/95 - NJW 1997, 193, 194). Es obliegt ihm zu kalkulieren, ob er die Gaststätte - auch unter Berücksichtigung des vereinbarten Pachtzinses - rentabel führen kann. Die Anwendung der EOP-Methode im Rahmen einer Prüfung der Sittenwidrigkeit könnte es dem Pächter - zu Lasten des Verpächters - ermöglichen, sich im Falle einer groben Fehlkalkulation von dem Vertrag zu lösen, und zwar unabhängig davon, ob der vereinbarte Pachtzins den konkreten Marktverhältnissen entspräche. Auch dies bestätigt, daß die Ermittlung des ortsüblichen Marktwertes nicht Inhalt und Zweck der EOP-Methode ist.

Das kommt im vorliegenden Fall in besonders deutlicher Weise in Folgendem zum Ausdruck: Der Sachverständige hat den Pachtvertrag - ohne entsprechende gerichtliche Vorgabe - dahin verstanden, daß er, auch durch den Verpächter, bereits zum 30. Juni 1993 erstmals kündbar (gewesen) sei. Er hat sich deshalb veranlaßt gesehen, den Pachtwert des Objekts für drei verschiedene Laufzeiten des Vertrages zu ermitteln, nämlich für die kürzestmögliche Laufzeit bis zum 30. Juni 1993, für die tatsächliche Anpachtzeit von Gaststätte und Pension bis zum 30. April 1994 und für die maximale Laufzeit bis zum 31. Januar 2002. Je nach Länge der Laufzeit hat der Gutachter - der als einer der Mitbegründer der EOP-Methode besonders mit dieser vertraut ist - entsprechend den Vorgaben der Methode wegen der pächterseitigen Investitionen, der Kautions-, des Baukostenzuschusses und der Getränkebezugs- und Mindestabnahmeverpflichtung unterschiedliche Abschläge von dem Basispachtzins vorgenommen. Auf diese Weise ist er für den Fall der maximalen Laufzeit zu ei-

nem Pachtwert von 2.595 DM pro Monat, für die Laufzeit bis zum 30. April 1994 zu einem Monatsbetrag von 920 DM und für eine Laufzeit bis zum 30. Juni 1993 zu einem monatlichen Pachtwert von "minus 1.866 DM" gelangt. Abgesehen davon, daß die Annahme des Sachverständigen zu den Kündigungsmöglichkeiten des Vertrages rechtlichen Bedenken begegnet, die Behandlung des Baukostenzuschusses die Frage einer Teilrückzahlung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung außer acht läßt und damit die Ergebnisse der Wertermittlung als solche angreifbar erscheinen, machen sie doch deutlich, daß sie sich allein an der nach betriebswirtschaftlichen Kriterien beurteilten Ertragskraft des Pachtobjekts orientieren und einen Bezug zu den konkreten, im vorliegenden Fall gegebenen Marktverhältnissen vermissen lassen. Da die Bewertungsmethode diesen konkret relevanten Markt als Bewertungsmaßstab außer Betracht läßt, bietet sie keine Gewähr für eine den objektiven Marktverhältnissen entsprechende Bewertung der Gaststättenpacht, wie sie für die Bestimmung eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung i.S. von § 138 Abs. 1 BGB erforderlich ist (vgl. Usinger aaO S. 644).

c) Würde der vertraglich vereinbarte Pachtzins (ohne Nebenkosten) in Höhe von 8.050 DM anstatt mit dem von dem Oberlandesgericht auf der Grundlage der EOP-Methode angenommenen Wert von 4.782 DM mit dem von dem Sachverständigen N. - allerdings nicht für den hier maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Dezember 1992 - als ortsüblich ermittelten Pachtzins in Höhe von netto 5.485 DM (zuzüglich MWSt = 6.307,75 DM) verglichen, so ergäbe sich eine Erhöhung des ortsüblichen Pachtzinses um 27,6 %. In diesem Bereich kommt bei einem Gewerbemiet- bzw. Pachtverhältnis die Annahme eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nicht in Betracht.

Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen kann der von den Klägern erhobene Anspruch nach alledem - entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen - nicht beschieden werden. Die Sache ist vielmehr unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen über die Höhe des ortsüblichen Pachtzinses und zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke