

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 94/91

Verkündet am:  
27. Januar 1993  
Küpferle  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Juliana H [REDACTED], K [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße 73 a, W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

1. Axel B [REDACTED], B [REDACTED]straße 17, W [REDACTED],  
2. Dr. Helga S [REDACTED], B [REDACTED]straße 17, W [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Zysk, Nonnenkamp, Dr. Knauber und Dr. Hahne

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 17. Dezember 1990 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verpachtete mit Vertrag vom 29. Juli 1985 ein ihr gehörendes Kellerlokal in W. "als Abendlokal mit Tanz" an den Beklagten zu 1 für die Zeit vom 1. August 1985 bis 31. August 1995. Die Beklagte zu 2 verbürgte sich selbstschuldnerisch gegenüber der Klägerin für alle Verbindlichkeiten des Beklagten zu 1, begrenzt auf die Höhe einer Jahrespacht zuzüglich Nebenkosten. Für das Lokal lag eine bauaufsichtliche Genehmigung der Stadt W. für ein "Kellerrestaurant mit Barraum" vor. Im Januar 1988 schloß

- 3 -

der Beklagte zu 1, dem bereits am 14. Mai 1985 eine gaststättenrechtliche Genehmigung für den Betrieb einer Diskothek erteilt worden war, mit Zustimmung der Klägerin über das Lokal einen Unterpachtvertrag mit einem Herrn W., der das Lokal als Diskothek führte. Wegen damit verbundener Lärmbelästigungen kam es zu Nachbarbeschwerden an die Stadt W.. Diese berief sich gegenüber dem Beklagten zu 1 darauf, daß eine bauaufsichtliche Genehmigung für eine Diskothek nicht erteilt sei. Mit Schreiben seines Anwalts vom 11. April 1989 focht der Beklagte zu 1 den Pachtvertrag gegenüber der Klägerin "gem. § 119 II BGB" an, da bauaufsichtlich lediglich eine Genehmigung zum Betrieb eines "Speiselokals mit Barraum" vorliege. Zugleich forderte der Beklagte zu 1 die Klägerin auf, den Mangel bis 26. April 1989 zu beseitigen. Die Stadt W. wandte sich ebenfalls an die Klägerin und deren Ehemann und wies darauf hin, daß das Führen des Lokals als Diskothek eine Nutzungsänderung sei, die der Genehmigung bedürfe.

Mit Anwaltsschreiben vom 12. Mai 1989 kündigte der Unterpächter W. gegenüber dem Beklagten zu 1 den Unterpachtvertrag fristlos, weil das Lokal, das ihm als Abendlokal mit Tanz verpachtet sei, baurechtlich lediglich als Schank- und Speisewirtschaft genehmigt sei. Er könne deshalb keine endgültige Schankerlaubnis erhalten. Trotz Aufforderung habe es der Beklagte zu 1 schuldhaft versäumt, die für den Betrieb des Unterpächters erforderliche Genehmigung der Nutzungsänderung beizubringen. Mit Anwaltsschreiben vom 31. Mai 1989 kündigte der Beklagte zu 1 den Pachtvertrag vom 29. Juli 1985 gegenüber der Klägerin fristlos, weil sie ihm das Kellerlokal "als Abendlokal mit

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



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Tanz" verpachtet habe, obwohl hierfür eine bauaufsichtsrechtliche Genehmigung nicht vorliege.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten zu 1 als Pächter und von der Beklagten zu 2 als Bürgin rückständigen Pachtzins sowie Nebenkosten für die Zeit von Mai bis Dezember 1989 in Höhe von 104.785,05 DM nebst Zinsen. Sie hält Anfechtung und Kündigung des Pachtvertrags durch den Beklagten zu 1 für unwirksam, da Gegenstand des Pachtvertrags der Betrieb eines Abendlokals mit Tanz sei. Ein solcher Betrieb werde von der Stadt W. nach deren Auskunft bis 31. August 1995 geduldet.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der beanspruchten Zinsen stattgegeben. Es hat ausgeführt, der Beklagte zu 1 habe nach dem Vertrag keinen Anspruch darauf, ihm den Betrieb einer Diskothek zu ermöglichen, sondern nur, ein Abendlokal mit Tanz betreiben zu können. Diese Möglichkeit habe er, weil die Stadt W. den Betrieb eines Abendlokals mit Tanz in der Vergangenheit geduldet habe und weiterhin bis zum Ablauf des Pachtvertrags dulde. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Entscheidung des Landgerichts geändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt aus, aus dem Verhalten der Parteien auf den Hinweis des Senatsvorsitzenden hin, einem Senatsmitglied sei bekannt, daß in dem Pachtobjekt schon vor Abschluß des Vertrags vom 29. Juli 1985 eine Diskothek betrieben worden sei, ergebe sich eine Willensübereinstimmung der Parteien dahin, daß dem Beklagten zu 1 das Objekt auch zum Betrieb einer Diskothek verpachtet worden sei. Wenn der Beklagte das Pachtobjekt tatsächlich wie sein Vorpächter nach Erteilung einer gaststättenrechtlichen Konzession für eine Diskothek betrieben habe und wenn die Parteien die Erteilung dieser Konzession vor Abschluß des schriftlichen Pachtvertrages abgewartet hätten, so mache das nur einen Sinn, wenn die Verpachtung die Möglichkeit eines Diskothekenbetriebs eingeschlossen habe. Bei der Formulierung im Pachtvertrag "Abendlokal mit Tanz" handele es sich daher um eine falsa demonstratio. Das Betreiben einer Diskothek werde aber von der Stadt wegen Fehlens der für eine solche Nutzungsänderung erforderlichen baurechtlichen Genehmigung gerade nicht geduldet. Dies stelle einen Mangel im Sinne des § 537 BGB dar, der die Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB und die fristlose Kündigung des Pachtvertrages rechtfertige. Damit entfalle ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung des Pachtzinses. Der geltend gemachte Anspruch könne auch nicht nach § 584b BGB verlangt werden, da der Beklagte zu 1 der Klägerin den Pachtgegenstand nicht vorenthalten habe. Auch ein Bereicherungsanspruch scheide aus, da der Beklagte zu 1 nach Beendigung des Pachtvertrages weder tatsächlich Nutzungen gezogen habe, noch es schuldhaft unterlassen habe, solche zu ziehen. Weil der Beklagte zu 1

zur Zahlung nicht verpflichtet sei, komme auch eine Haftung der Beklagten zu 2 als Bürgin nicht in Betracht.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Ohne Erfolg allerdings rügt die Revision es als Verfahrensfehler, daß das Berufungsgericht die Äußerung des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26. November 1990, die Parteien hätten die Erteilung der gaststättenrechtlichen Konzession vom 14. Mai 1985 an den Beklagten zu 1 abgewartet, bevor sie den schriftlichen Vertrag vom 29. Juli 1985 abgeschlossen hätten, nicht protokolliert, sondern im Berufungsurteil wiedergegeben hat.

§ 160 ZPO verlangt die von der Revision vermißte Protokollierung der Erklärung des Parteivertreters nicht. Die von ihr herangezogenen Entscheidungen BGHZ 21, 59, 61 und NJW 1969, 428, 429 betreffen schon nicht Erklärungen der Prozeßbevollmächtigten. Soweit die Erklärung des Beklagten zu 1 in Frage steht, ist sie ins Protokoll aufgenommen. Dessen hätte es jedoch nicht einmal bedurft (Senatsurteil vom 19. Oktober 1988 - IVb ZR 27/88 - BGHR ZPO § 160 Abs. 3 Nr. 4 Parteierklärung 1). Der von der Revision behauptete Widerspruch zwischen Tatbestand und Sitzungsprotokoll besteht nicht, weil das Protokoll über die Erklärung des Parteivertreters nichts enthält (Zöller/Stephan, ZPO 17. Aufl. § 314 Rdn. 2 a.E.). Die Revision meint ferner, daß sich aus dem bisherigen Akteninhalt und dem schriftsätzlichen Vortrag der Parteien das Gegenteil ergebe, und will daraus ei-

ne Protokollierungspflicht ableiten. Auch damit dringt sie nicht durch. Die im Termin vom 26. November 1990 abgegebenen Erklärungen stehen nicht im Gegensatz zum bisherigen Vortrag, sondern sind Ergänzungen dazu. Entgegen der Auffassung der Revision genügt es für die revisionsrechtliche Prüfung, daß die Äußerungen, auf die das Berufungsgericht seine Entscheidung stützt, im Berufungsurteil festgehalten sind.

2. Mit Recht rügt die Revision jedoch eine Verletzung des § 139 Abs. 1 ZPO, weil das Berufungsgericht die Parteien nicht darauf hingewiesen hat, daß es aufgrund ihres Verhaltens in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 1990 auch den Betrieb einer Diskothek als vereinbart ansehe.

Die Revision führt aus, die Klägerin hätte bei entsprechendem Hinweis darauf aufmerksam gemacht, daß der bisherige Akteninhalt und der schriftsätzliche Vortrag der Parteien, insbesondere der Vortrag des Beklagten zu 1 in seinem Schriftsatz vom 16. Oktober 1989 Seite 3, der Auffassung des Berufungsgerichts entgegenstehe und daß ihr Ehemann, der für sie die Verhandlungen geführt habe, im Rechtsstreit gegen den Unterpächter Wilhelm als Zeuge ausgesagt habe, ihm sei die gaststättenrechtliche Genehmigung des Pachtobjekts als Diskothek erst "lange nach Abschluß des Pachtvertrages von 1985" bekannt geworden.

Diese Rüge greift durch.

Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte zu 1 hatten stets vorgetragen, daß Gegenstand des zwischen ihnen ge-

schlossenen Pachtvertrages der Betrieb "eines Abendlokals mit Tanz" war. Der Beklagte hatte seine fristlose Kündigung vom 31. Mai 1989 darauf gestützt, daß ihm die Räume "als Abendlokal mit Tanz" verpachtet worden seien, obwohl hierfür eine bauaufsichtsrechtliche Genehmigung nicht vorliege. Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben, weil nur der Betrieb eines Abendlokals mit Tanz, nicht dagegen einer Diskothek im Vertrag vom 29. Juli 1985 vereinbart worden sei. Unter diesen Umständen mußte die Klägerin ohne entsprechenden Hinweis des Gerichts nicht damit rechnen, daß es die Erklärungen der Parteien im Termin dahin auslege, ihre Vereinbarung habe eine Verpachtung als Diskothek eingeschlossen. Der Vermeidung darauf beruhender "Überraschungsentscheidungen" dient die Erörterungspflicht des Gerichts (BGH, Urteil vom 13. Juni 1989 - VI ZR 216/88 - NJW 1989, 2756, 2757 = BGHR ZPO § 139 Abs. 1 Überraschungsentscheidung 1; vgl. auch Urteil vom 10. November 1988 - VII ZR 272/87 - BGHR ZPO § 139 Abs. 1 Anwaltsprozeß 2).

Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des behaupteten Vortrags der Klägerin nicht zu seiner Beurteilung des Vertragsinhalts gekommen wäre. Das angefochtene Urteil kann daher mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten bleiben.

3. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 563 ZPO. Zwar begründet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine behördliche Gebrauchsbeschränkung für die Mietsache einen Sachmangel, wenn sie auf der Beschaffenheit oder Lage des Mietobjekts beruht (BGH, Urteil vom 22. Juni 1988

- VIII ZR 232/87 - BGHR BGB § 537 Abs. 1 Gaststättenkonzession 1). Wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, wird der Beklagte zu 1 bei Führung des Lokals als Abendlokal mit Tanz jedoch durch die fehlende bauaufsichtliche Genehmigung im Gebrauch der Pachtsache nicht beeinträchtigt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Stadt W. die Führung des Lokals in dieser Weise jahrelang hingenommen und wird sie auch bis Vertragsende dulden (vgl. dazu auch BGHZ 68, 294, 299). War Vertragsinhalt der Betrieb eines Abendlokals mit Tanz, so lag kein Sachmangel vor.

4. Der Senat kann nicht selbst abschließend entscheiden, da eine erneute tatrichterliche Würdigung des gesamten Streitstoffes, gegebenenfalls nach Beweisaufnahme, erforderlich ist. Deshalb ist die Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz geboten.

Damit kann auf sich beruhen, ob auch die weitere Rüge der Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils hätte führen können, der vom Berufungsgericht herangezogene Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" sei hier unanwendbar, weil in § 7 des Pachtvertrages eine Getränkebezugsverpflichtung enthalten sei, die der Kontrolle nach § 18 GWB unterliege.

5. Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß auch gegen die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts Bedenken bestehen:

Die Auslegung einer Willenserklärung hat zunächst von ihrem Wortlaut auszugehen (BGH, Urteile vom 19. März 1992

- IX ZR 120/91 - NJW-RR 1992, 772, 773 m.N.; vom 14. Mai 1992 - III ZR 48/91 - NJW-RR 1992, 1140). Im Vertrag vom 29. Juli 1985 ist vom Betrieb einer Diskothek nicht die Rede. Vereinbaren auf dem Gebiet der Gastronomie erfahrene Parteien, denen der Unterschied zwischen einem "Abendlokal mit Tanz" und einer "Diskothek" geläufig ist, den Betrieb eines "Abendlokals mit Tanz", so spricht dies dafür, daß der Betrieb eines Abendlokals mit Tanz und nicht der Betrieb einer Diskothek gewollt war.

Allerdings ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Daraus hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß für den Inhalt eines Vertrages der übereinstimmende Wille der Beteiligten maßgebend ist, selbst wenn die Erklärungen objektiv eine andere Bedeutung haben sollten (vgl. Senatsurteil vom 24. Juni 1987 - IVb ZR 48/86 - BGHR BGB § 133 Wille 2 m.N.). Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus. Zuzustimmen ist ihm ebenfalls darin, daß auch außerhalb eines Vertrages liegende Umstände für dessen Auslegung herangezogen werden können, soweit sie einen Schluß auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 52. Aufl. § 133 Rdn. 15 m.N.). Bedenken bestehen jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht einen solchen Umstand darin gesehen hat, daß der Vorpächter des Beklagten zu 1 das Lokal als Diskothek geführt hat, ohne festzustellen, daß diese Tatsache der Klägerin oder deren Ehemann, dessen Wissen sie sich als das ihres Vertreters zurechnen lassen müßte (§ 166 Abs. 1 BGB), bekannt war. War der Klägerin oder ih-

rem Mann dieser Umstand unbekannt, so läßt sich schon deshalb aus ihm für die Vertragsauslegung nichts herleiten.

Auch die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, das Abwarten der Erteilung der Diskothekenkonzession durch die Parteien ergebe "nur einen Sinn", wenn auch der Betrieb einer Diskothek möglich sein sollte, ist nicht zwingend. Das Abwarten der Parteien auf die Erteilung dieser Konzession konnte auch dann Sinn haben, wenn es der Klägerin gleichgültig war, ob der Beklagte zu 1 das Lokal abweichend vom Vertragsinhalt führen wollte, der Beklagte zu 1 jedoch vor Vertragsabschluß Gewißheit über den Umfang seiner Konzession nach dem Gaststättengesetz haben wollte. Pachtvertragsinhalt und Konzession brauchen sich nicht stets zu decken. Feststellungen dazu, daß die Klägerin ein Interesse daran hatte, das Lokal auch für den Betrieb einer Diskothek zu verpachten, hat das Berufungsgericht bisher nicht getroffen.

Das Berufungsgericht hat auch nicht berücksichtigt, daß der Beklagte selbst in seinem Kündigungsschreiben vom 31. Mai 1989 die Kündigung nicht etwa darauf gestützt hat, keine Diskothek führen zu dürfen, sondern darauf, kein Abendlokal mit Tanz betreiben zu können. Hätte der Beklagte als Vertragsinhalt den Betrieb einer Diskothek angesehen, ist nicht ersichtlich, warum er dies nicht spätestens hier zum Ausdruck gebracht hat. Wie sich aus § 1 Abs. 1 des mit

dem Unterpächter W [REDACTED] am 31. Januar 1988 geschlossenen Vertrages ergibt, war dem Beklagten zu 1 der Unterschied zwischen einem "Abendlokal mit Tanz" und einer "Diskothek" bekannt.

Blumenröhr

Zysk

Nonnenkamp

Knauber

Hahne