

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 135/70

URTEIL

Verkündet am
22. September 1971
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Andreas S [REDACTED], Gärtnermeister
in S [REDACTED]-Rot, R [REDACTED]straße [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Mathilde S [REDACTED],
Hausfrau, wohnhaft daselbst,

Beklagten und Revisionskläger,

Nebenintervenientin auf seiten der Beklagten:

Firma W [REDACTED] N [REDACTED] GmbH & Co. KG in
St [REDACTED]-Bad C [REDACTED], Schmidenerstraße 192, gesetz-
lich vertreten durch die Firma W [REDACTED] N [REDACTED] GmbH, die-
se wiederum vertreten durch ihren Geschäftsführer Adolf
Si [REDACTED],

Nebenintervenientin
und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma P [REDACTED] GmbH in St [REDACTED]-S,
Wilhelm-Ra [REDACTED]-Straße [REDACTED], vertreten durch den Geschäfts-
führer Dr. We [REDACTED] in St [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und der Streithelferin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30. Juni 1970 dahin geändert:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 23. Dezember 1969 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagten Eheleute strebten die Verwertung des der Zweitbeklagten gehörenden, etwa 60 Ar großen gärtnerisch genutzten Grundstücks in St[REDACTED] Z[REDACTED] an. Zu diesem Zweck schlossen sie mit

- 3 -

der Klägerin, einer Mineralölgesellschaft, am 22. Juli 1966 einen schriftlichen Vertrag, der in den hier maßgebenden Bestimmungen folgenden Wortlaut hat:

"§ 7

Nach Bereinigung des Grundbuches und Regelung der im § 1-5 erwähnten Rechtsfragen werden die Vertragschließenden einen notariellen Erbbaurechtsvertrag abschließen und zwar mit folgendem Inhalt:

- 1.) Das Erbbaurecht gilt für alle massiven oder Behelfsbauten, auch für Lager- und Büroräume, ebenso für technische Anlagen, Wege, Abwasseranlagen usw. Es erstreckt sich auch auf die bereits vorhandenen Baulichkeiten. Laufzeit 99 Jahre.
- 2.) Der Erbbauzins beträgt DM 24000.-- jährlich. Er ist in 1/2-jährigen Raten jeweils zum 30.6. und 31.12.fällig. Die Zahlungsverpflichtung entsteht mit dem Baubeginn.

Nach vorliegender Baugenehmigung werden sich die Vertragschließenden über den Zeitpunkt des Baubeginns und der Besitzübergabe noch einigen, unter Berücksichtigung der bisherigen gärtnerischen Nutzung des Grundstücks.

.....

§ 8

Bis zum Abschluß des notariellen Erbbaurechtsvertrages und Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch vereinbaren die

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



Parteien hiermit ein Pachtverhältnis über das Grundstück R. weg mit Wirkung ab der Beendigung des jetzt auf 31.12.1966 gekündigten Pachtvertrages. Es läuft bis zum 31.12.2065, falls nicht vorher das Erbbaurecht bestellt wird.

Für das Pachtverhältnis gelten die in § 7 erwähnten Bestimmungen sinngemäß.

Der Pachtzins beträgt, solange das Grundstück nicht gemäß § 7 in der vorgesehenen Überbauung genutzt wird, DM 300.-- monatlich und ist jeweils zum Monatsende fällig."

Bei den "Rechtsfragen", die nach § 7 vor Abschluß des Erbbaurechtsvertrages noch zu klären waren, handelte es sich im wesentlichen um die Beseitigung von Bebauungsbeschränkungen und Bebauungshindernissen.

Der in § 8 genannte alte Vertrag mit dem früheren Pächter endete erst am 31. Dezember 1967. Die Klägerin zahlte keinen Pachtzins. Am 21. April 1969 erklärten die Beklagten den Rücktritt mit der Begründung, die Klägerin habe in 3 Jahren keinerlei finanzielle Leistungen erbracht. Am 25. April 1969 verkauften sie das Grundstück an die Firma K. Wohnbau GmbH, die es in der Zwischenzeit an die Firma W. N. GmbH & Co. KG weiterverkaufte. Eine Umschreibung im Grundbuch ist bisher nicht erfolgt.

Die Klägerin verlangt im vorliegenden Rechtsstreit Feststellung der Wirksamkeit des Pachtvertrages sowie ihres unmittelbaren Besitzes an dem Pachtgrundstück. Während des Rechtsstreits haben die Beklagten durch Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 27. Juni und 6. Oktober 1969 den Pachtvertrag fristlos gekündigt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung im übrigen der Klage auf Feststellung der Wirksamkeit des Pachtvertrages stattgegeben. Die Beklagten und die ihr im zweiten Rechtszuge als Streithelferin beigetretene W. N. GmbH & Co. KG haben Revision eingelegt, mit der sie die Abweisung der Klage in vollem Umfang anstreben. Die Klägerin hat beantragt, die Revisionen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht prüft, ob der Vertrag vom 22. Juli 1966 wegen Sittenwidrigkeit (Knebelung und Wucher = § 138 Abs. 1 und 2 BGB) nichtig ist. Es verneint dies ebenso wie die weitere Frage, ob Nichtigkeit nach §§ 125, 139 BGB deshalb vorliegt, weil § 7 möglicherweise einen formnichtigen Vertrag zur Bestellung eines Erbbaurechts enthält (§ 11 Abs. 2 ErbbauVO), der die Nichtigkeit des gesamten Vertrages vom 22. Juli 1966 nach sich zieht.

Die Revision hält beides für unrichtig. Dem braucht indessen nicht nachgegangen zu werden, weil das angefochtene Urteil schon aus einem anderen Grunde nicht bestehen bleiben kann.

II. Das Berufungsgericht hat untersucht, ob die Beklagten das Pachtverhältnis durch wirksame Kündigung zum Erlöschen gebracht haben.

1. Es hat dazu ausgeführt, in dem Rücktrittsschreiben vom 21. April 1969 könne zwar eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs der Klägerin gesehen werden. Diese Kündigung sei aber wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht wirksam.

Dem ist beizutreten. Nach ständiger Rechtsprechung, auch des erkennenden Senats, kann ein Verpächter wegen Zahlungsverzugs nicht fristlos kündigen, wenn er dauernde Zahlungsunpünktlichkeit längere Zeit widerspruchlos hingenommen hat. Er muß in einem solchen Falle den Pächter vielmehr zuvor abmahnen.

Unstreitig haben die Beklagten bis zum "Rücktritt" vom 21. April 1969 das Ausbleiben der Zahlungen der Klägerin nicht beanstandet.

2. Das Berufungsgericht hält auch die Kündigungen vom 27. Juni und vom 6. Oktober 1969, die der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten erklärt hat,

für wirkungslos. Die erste Kündigung sei, so führt das Berufungsgericht aus, nach § 174 BGB unwirksam gewesen. Der Erklärung habe keine Vollmachtsurkunde beigelegt, und die Klägerin habe die Kündigung mit Schreiben vom 30. Juni 1969 unverzüglich zurückgewiesen. Zur Zeit der Abgabe der Kündigung vom 6. Oktober 1969, der eine Prozeßvollmacht des Rechtsanwalts der Beklagten beigelegt war, sei die Klägerin nicht in Verzug gewesen. Die Beklagten hätten nämlich eine Zahlung des Untermieters T [REDACTED] von 40 DM, die die Klägerin an sie weitergeleitet habe, mit diesem Kündigungsschreiben zurückgewiesen. Außerdem habe die Zweitbeklagte dem Geschäftsführer der Klägerin schon im Juni oder Juli 1969 erklärt, die Parteien seien miteinander fertig. Damit hätten die Beklagten zum Ausdruck gebracht, daß sie die weitere Erfüllung des Pachtvertrages ablehnten. Unter diesen Umständen sei die Klägerin mit ihrer Leistung nicht in Verzug gewesen.

Diese Begründung trägt das angefochtene Urteil nicht.

a) Es kann dahinstehen, wie die Wirksamkeit der Kündigungen vom 27. Juni und vom 6. Oktober 1969 zu beurteilen ist. Das Berufungsgericht hat jedenfalls nicht beachtet, daß in dem festgestellten Verhalten der Zweitbeklagten, das es zutreffend als Erklärung beider Beklagten wertet, eine fristlose Kündigung lag. Die Erklärung, mit der Klägerin nichts mehr zu tun haben zu wollen, bedeutete nach der vorangange-

nen Rücktrittserklärung vom 21. April 1969 nichts anderes als die Kundgabe des Willens, den bestehenden Vertrag sofort zu beenden. Der Kündigungsgrund war der Klägerin schon aus dem Schreiben vom 21. April 1969 bekannt.

b) Für diese Kündigung fehlte nicht die aus den unter Nr. II 1 dargelegten Gründen erforderliche Mahnung. Daß in der Kündigung, die in einer Räumungs- und Herausgabeklage enthalten ist, eine schlüssig erklärte Abmahnung zu sehen ist, hat der erkennende Senat bereits früher ausgesprochen (VIII ZR 76/67 vom 26. März 1969 = WM 1969, 625 = LM BGB § 554 b Nr. 1). Nichts anderes gilt hier für die Rücktrittserklärung vom 21. April 1969. Seither bestand unter den Parteien Klarheit darüber, daß die Beklagten mit der Nichtzahlung jeglichen Pachtzinses nicht einverstanden waren. Nachdem die Klägerin hierauf mit weiterem Zahlungsverzug reagierte, war im Juni oder Juli 1969 eine erneute Kündigung nicht treuwidrig und nach § 554 Abs. 1 BGB wirksam. Lag aber eine begründete fristlose Kündigung vor, so ist kein Raum mehr für die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten die Erfüllung des Vertrages verweigert und damit sei ein Zahlungsverzug der Klägerin nicht eingetreten.

c) Der Verzug kann auch nicht etwa deshalb verneint werden, weil der Klägerin, wie sie meint, ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe. Dabei handelt es sich um folgendes:

Mitverpachtet waren einige auf dem Pachtgrundstück stehende Gewächshäuser. Die Beklagte hat diese Gewächshäuser im Jahre 1967 mit Zustimmung der Klägerin veräußert. Die Klägerin schrieb am 2. Oktober 1967 an die Beklagte, dies müsse später bei der Berechnung der Erbbausumme "irgendwie" berücksichtigt werden. Die Klägerin ist der Auffassung, da die Beklagten den Erlös der Gewächshäuser einbehalten hätten, sei sie zur Zurückhaltung der Pachtzinsszahlungen berechtigt gewesen.

Das trifft indessen nicht zu. Die Gewächshäuser gehörten der Beklagten zu 2. Die Klägerin hatte deshalb im Falle der Veräußerung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf den Erlös, mit dem sie ein Zurückbehaltungsrecht hätte ausüben können.

Geltend machen konnte sie allerdings gegebenenfalls eine Minderung des Pachtzinses, wenn, was nicht feststeht, durch die Veräußerung und Entfernung der Gewächshäuser eine verminderte Tauglichkeit des Pachtgrundstücks eintrat (§§ 581 Abs. 2, 537 BGB). Zugunsten der Klägerin kann von einer solchen Minderung ausgegangen werden. Damit ermäßigte sich der Pachtzins aber allenfalls, auf keinen Fall trat eine völlige Befreiung von der Pachtzinsschuld ein.

d) Der Verzug war auch nicht wegen Rechtsirrtums der Klägerin ausgeschlossen (§ 285 BGB). Es kann dahinstehen, ob die Klägerin bis zur Rücktrittserklä-

11

rung vom 21. April 1969 schuldlos der Meinung sein durfte, auch die Beklagten seien der Auffassung, vor einer Regelung wegen der Veräußerung der Gewächshäuser habe sie keinen Pachtzins zu zahlen. Es fehlte für diese Annahme jeder Anhaltspunkt, nachdem die Beklagten ausdrücklich den Zahlungsverzug zum Anlaß eines, wenn auch wirkungslosen, Rücktritts vom Vertrag genommen hatten.

e) Die Kündigung ist auch nicht durch unverzügliche Aufrechnung unwirksam geworden (§ 554 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dabei kann offenbleiben, ob die Klägerin auf die in der festgestellten Erklärung der Zweitbeklagten liegende Kündigung überhaupt eine Aufrechnung erklärt hat. Möglicherweise war die in dem Schreiben vom 30. Juni 1969, das auf die Kündigung vom 27. Juni 1969 antwortete, erklärte Aufrechnung noch rechtzeitig. Der Klägerin standen aber aufrechnungsfähige Forderungen nicht zu. Hinsichtlich des Erlöses aus der Veräußerung der Gewächshäuser ergibt sich das bereits aus den Ausführungen unter Nr. II 2 c. Was für ein Schaden der Klägerin in der Zeit zwischen dem wirkungslosen "Rücktritt" und der wirksamen Kündigung durch die Entziehung der Vollmachten entstanden sein soll, die die Beklagten der Klägerin nach § 1-5 des Vertrages erteilt hatten, um die Bebaubarkeit des Grundstücks bei den Behörden zu erreichen, ist nicht erkennbar und auch in keiner Weise dargelegt. Auch insoweit fehlt es also an einer aufrechnungsfähigen Forderung.

f) Ohne rechtliche Bedeutung ist, welche Motive der Kündigung der Beklagten letzten Endes zugrunde lagen. Hatten sie Gründe, die sie nach dem Gesetz zur fristlosen Kündigung berechtigten, so ist es gleichgültig, daß ihnen die vorzeitige Lösung des Vertrages aus wirtschaftlichen Gründen, nämlich wegen der günstigen Verkaufsmöglichkeit an die Firma K [REDACTED], gelegen kam. Die Klägerin hatte es in der Hand, spätestens nach der wirkungslosen Rücktrittserklärung vom 21. April 1969 durch pünktliche Erfüllung des Vertrages zu verhindern, daß die Beklagten eine Kündigungsmöglichkeit erhielten.

g) Ob § 174 BGB gegenüber der Kündigung des Prozeßbevollmächtigten einer Partei, mit der der Kündigungsgegner einen Rechtsstreit um die Kündigung führt, überhaupt durchgreifen könnte, braucht daher nicht entschieden zu werden.

Unerheblich ist auch, daß gegenüber der Kündigung vom 6. Oktober 1969 die Tatsache der Zurückweisung der 40.-- DM weitergeleiteter Unterpacht schon deshalb ohne Bedeutung war, weil eine - dem Umfang nach übrigens ganz unerhebliche - Teilleistung den die Kündigung begründenden Zahlungsverzug mit der Restschuld keinesfalls beseitigen konnte.

III. Da das Landgericht somit im Ergebnis zutreffend entschieden hat, war auf die Revisionen das angefochtene Urteil zu ändern und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil erster Instanz in vollem Umfang zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann