

Verkündet am 5. Juli 1961
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Willi W [REDACTED] in K [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gemeinde K [REDACTED] in K [REDACTED], vertreten
durch den Verwaltungsausschuß,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Braunschweig vom 26. Juli 1960 wird zu-
rückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Beklagten
zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 9. März 1955, der in der nach § 37 Abs.2 der Deutschen Gemeindeordnung i. d. Fassung der Verordnung Nr.21 der Britischen Militärregierung vom 1. April 1946 (ABl BrZ Nr.7 S.127) vorgeschriebenen Form geschlossen ist, verpachtete die Klägerin ihre Gemeindebäckerei einschließlich der dazugehörigen Wohnung an den Beklagten. Die Pachtzeit sollte vom 1. April 1955 bis 31. März 1964 laufen. Als Pachtpreis wurden 1500 DM jährlich vereinbart, die in Vierteljahresraten jeweils im voraus zu zahlen waren. Reparaturen an Backhaus und Backstube sollte der Pächter bis zu einem Betrage von 200 DM jährlich selbst tragen, Reparaturen am Backofen bis zum Betrage von 100 DM jährlich. Wenn Reparaturen nicht oder nicht in Höhe der angegebenen Beträge ausgeführt worden seien, sollte ein Betrag von 300 DM oder der jeweils an 300 DM fehlende Unterschiedsbetrag an die Gemeindekasse abgeführt werden und zur Deckung etwa notwendig werdender größerer Reparaturen dienen.

Der Beklagte hat die für die Zeit bis einschließlich 30. September 1957 fälligen Pachtzinsraten, die letzte dieser Raten am 8. Oktober 1957, entrichtet. Mit Schreiben vom 13. März 1958 hat die Klägerin dem Beklagten einen Betrag von 500,85 DM, den er für Reparaturen verauslagt hatte, auf rückständige Pacht verrechnet. Ferner hat der Beklagte am 20. Mai 1958 noch einen Betrag von 249,15 DM und am 26. September 1958 einen Betrag von 200 DM gezahlt. Weitere Zahlungen für die Überlassung der gewerblichen Räume sind nicht mehr erfolgt.

Die Klägerin hat wegen Pachtzinsrückständen das Pachtverhältnis mit Schreiben vom 21. November 1958 fristlos gekündigt und hat, da der Beklagte die Räu-

mung des Pachtgrundstückes verweigerte, Klage auf Herausgabe der Gemeindebäckerei und der dazugehörigen Wohnung erhoben.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Klägerin hat im Wege der Zwangsvollstreckung den Besitz an den Geschäftsräumen, jedoch nicht an den Wohnräumen erlangt. Im Berufungsrechtszuge hat der Beklagte außer der Abweisung der Klage auch die Verurteilung der Klägerin zur Rückgabe der Gemeindebäckerei begehrt. Die Berufung des Beklagten blieb abgesehen von einer ihm gewährten Erstreckung der Räumungsfrist hinsichtlich der Wohnräume ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte das Begehren auf Klageabweisung und Verurteilung der Klägerin zur Rückgabe der gewerblichen Räume weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Die Revision bittet um Prüfung, ob das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien dem Mieterschutz unterliege.

Das Berufungsgericht führt aus, bei Würdigung des Vortrages der Parteien über die die Geschäftsräume und die zugehörige Wohnung betreffenden tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere unter Berücksichtigung, daß der Beklagte die insofern erfolgte Würdigung des Urteils des Landgerichts nicht angegriffen habe, sei davon auszugehen, daß sowohl die Geschäftsräume als auch die Wohnräume des Pachtgrundstückes nach § 5 Abs.1 und 3 GRMG in der alten, vor dem Inkrafttreten des Ersten



Bundesmietengesetzes vom 27. Juli 1955 geltenden Fassung, die hier Anwendung findet, vom Mieterschutz ausgenommen sind. Nach dieser Vorschrift besteht kein Mieterschutz, wenn der Mietwert der Wohnräume weniger als ein Drittel des gesamten Mietwerts der vermieteten Räume beträgt. Das Berufungsgericht entnimmt also ersichtlich dem Prozeßverhalten beider Parteien, es sei unstreitig, daß ein solches Verhältnis der Mietwerte vorliege.

Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht demnach nicht etwa seiner Entscheidung nur eine übereinstimmende Rechtsansicht der Parteien zugrunde gelegt und unterlassen, zu dieser Rechtsfrage selbst Stellung zu nehmen, sondern es hat nach dem Vorbringen der Parteien von der Klägerin behauptete Tatsachen, nämlich die Mietwerte der Wohnräume und der gewerblichen Räume, als von dem Beklagten zugestanden angesehen. Gegen die Würdigung des Berufungsgerichts bestehen deshalb keine Bedenken. Dementsprechend hat es zutreffend das Miet- und Pachtrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches angewendet.

II. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß der Beklagte bei Zugang der fristlosen Kündigung vom 21. November 1958 mindestens mit zwei Pachtzinsraten für die Zeit vom 1. Juli 1958 bis 31. Dezember 1958 wenigstens zum Teil im Verzuge gewesen ist.

1. Das Berufungsgericht legt die vom Beklagten nicht bestrittenen Aufstellungen der Schriftsätze der Klägerin vom 14. April 1959 und 8. Juli 1960 zugrunde. Danach hatte der Beklagte die Pachtzinsraten für die Zeit bis zum 30. September 1957, wenn auch teilweise verspätet, vollständig bezahlt. Ab 1. Oktober 1957

ergibt sich bis zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung folgender Stand:

<u>Rechnungsjahr 1957/58</u>	Pachtzins	Zahlungen	
3. Vierteljahr v. 1.10.-31.12.57	375,--	--	
4. Vierteljahr v. 1. 1.-31. 3.58	<u>375,--</u>	500,85	Verrechnung
	750,--		lt. Schreiben
	- 500,85		d. Klägerin
	<u>249,15</u>		v. 13.3.58
<u>Rechnungsjahr 1958</u>	Rest	249,15	
1. Vierteljahr v. 1. 4.-30. 6.58	375,--	249,15	Zahlung
			v. 20.5.58
2. Vierteljahr v. 1. 7.-30. 9.58	375,--	200,--	Zahlung
			v. 26.9.58
3. Vierteljahr v. 1.10.-31.12.58	<u>375,--</u>	--	
	1374,15	449,15	
	- 449,15		
	<u>925,--</u>		
	=====		

Wenn die Klägerin auf einen Endbetrag von 875 DM und nicht 925 DM kommt, so beruht das, wie auch die Revision (vgl. S.5 der Revisionsbegründungsschrift) nicht verkennt, auf einem Schreibfehler. Dem Beklagten sind mit Schreiben der Klägerin vom 13. März 1958 unstreitig nicht 550,85 DM, wie es in den Aufstellungen heißt, sondern 500,85 DM gutgebracht worden. Hierauf kommt es im übrigen für das Ergebnis des Rechtsstreites nicht an.

Angriffe gegen diese Berechnung hat die Revision in der mündlichen Verhandlung nicht mehr geltend gemacht. Das Berufungsgericht geht daher rechnerisch zu Recht davon aus, daß im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagte auf das Vierteljahr vom 1. April bis 30. Juni 1958 nur einen Betrag von 200 DM und für die Vierteljahre vom 1. Juli bis 30. September und vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1958 überhaupt keine Zahlungen mehr geleistet hatte.

2. Das Berufungsgericht unterstellt zu Gunsten des Beklagten, daß der Backofen, wie der Beklagte zur Rechtfertigung der unterbliebenen Pachtzinszahlungen vorträgt, Mängel aufgewiesen habe. Da der Beklagte die Geschäftsräume abgesehen vom Brotbacken aber weiter benutzt habe und er unstreitig die Wohnräume weiter innegehabt habe, so hätten, meint das Berufungsgericht, die angeblichen Mängel die vertragsgemäße Tauglichkeit des Pachtgegenstandes höchstens teilweise beeinträchtigen können. Der Beklagte hätte deshalb den Pachtzins nach §§ 537, 473, 472 BGB nur in entsprechendem Verhältnis mindern dürfen. Bei einer Schätzung der möglichen Höhe des Minderungsanspruches ergebe sich, daß der Beklagte auf jeden Fall einen die Hälfte übersteigenden Teil der jeweiligen Pachtzinsraten hätte entrichten müssen. Der Beklagte habe jedoch mehr als zwei volle Pachtzinsraten überhaupt nicht bezahlt. Da für das Recht zur fristlosen Kündigung genüge, daß der Mieter oder Pächter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit nur einem Teil des Miet- oder Pachtzinses im Verzuge sei, hält das Berufungsgericht den Räumungsanspruch für begründet.

3. Die Annahme, daß der Beklagte wegen der behaupteten Mängel des Backofens von der Verpflichtung zur Pachtzinszahlung nicht befreit worden sei, sondern den Pachtzins nur hätte mindern können, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Selbst wenn infolge der Mängel des Backofens die gewerblichen Räume zur Ausübung des Bäckereihandwerkes nicht mehr tauglich gewesen sein sollten, so waren für den Beklagten die Wohnräume doch von Bedeutung geblieben. Daß er auch für die Wohnräume kein Entgelt zu entrichten brauche, hat der Beklagte selbst nicht vorgebracht. In dieser Hinsicht hat auch die Revision Angriffe nicht ausdrücklich erhoben. Wenn

sie vorträgt, der Beklagte habe im Rechnungsjahr 1958 einen Pachtzins überhaupt nicht zu entrichten brauchen, so geschieht es unter dem Gesichtspunkt, daß der Beklagte, soweit die Minderung des laufenden Pachtzinses nicht durchgreife, mit Ansprüchen, die ihm wegen der Mängel zugestanden hätten, habe aufrechnen können.

a) Er glaubt einmal, schon in der vorausgegangenen Zeit zur Minderung berechtigt gewesen zu sein und den zuviel gezahlten Pachtzins auf den noch geschuldeten verrechnen zu können. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten einen solchen Anspruch auf Rückforderung nicht zugebilligt und hat ausgeführt, der Beklagte habe, weil er trotz Kenntnis der Mängel, die ihm durch die tägliche Erfahrung nicht hätten verborgen bleiben können, vorbehaltlos gezahlt habe, sich, wie aus der entsprechenden Anwendung des § 539 BGB folge, des Rechts begeben, nachträglich wegen dieser Minderungsrechte Abzüge auf spätere Pachtraten zu machen. Daß der Beklagte wegen der angeblichen Minderungsrechte bei Zahlung der Pachtraten ausdrücklich einen Vorbehalt erklärt habe, sei von ihm selbst nicht behauptet. Ein aus einem schlüssigen Verhalten zu entnehmender Vorbehalt sei weder nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme noch aus dem Parteivortrag des Beklagten mit der erforderlichen Bestimmtheit zu entnehmen. Der gelegentliche Hinweis auf gewisse Mängel des Backofens genüge nicht.

Diese Rechtsauffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Daß ein Pächter, der nach Vertragsschluß Kenntnis von Mängeln erlangt, die ihm wegen dieser Mängel zustehenden Rechte in entsprechender Anwendung des § 539 BGB zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens verliert, wenn er, ohne Beanstandungen zu erheben, den Vertrag fortsetzt und erfüllt, entspricht der herrschen-

den Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (RG JW 1936,2706 = DWA 1936,411; BGB RGRK 11.Aufl. § 537 Anm.12, § 539 Anm.3; Staudinger BGB 11.Aufl. § 537 Anm.18). Dieser Auffassung schließt der Senat sich an. Die Revision, die gegen eine entsprechende Anwendung des § 539 BGB Bedenken geltend macht, beanstandet zwar, das Berufungsgericht habe übergangen, daß der Beklagte wiederholt die Abstellung der Mängel des Backofens verlangt habe, und meint, das Berufungsgericht habe von einer vorbehaltlosen Zahlung der Pachtzinsen nicht ausgehen können. Die Angriffe der Revision gehen aber fehl. Sie führt in erster Reihe nur Beanstandungen an, die der Beklagte im Jahre 1958 erklärt haben soll. So will der Beklagte nach seinem Schriftsatz vom 4. Mai 1959 bereits Anfang 1958 die Abstellung der festgestellten Mängel verlangt haben. Ferner beruft er sich darauf, daß er mit Schreiben vom 13. Februar 1958 der Klägerin die von ihm durchgeführten Reparaturen mitgeteilt habe. Diese Beanstandungen können also die für die Zeit bis zum 30. September 1957 geleisteten Zahlungen, deren letzte am 8. Oktober 1957 erfolgt ist, nicht berühren. Das Berufungsgericht war aber auch nicht genötigt, hinsichtlich der Entrichtung des Pachtzinses für die Zeit vom 1. Oktober 1957 bis 31. März 1958 einen Vorbehalt anzunehmen. Der Pachtzins für diese Zeit ist dadurch entrichtet worden, daß die Klägerin den mit Schreiben des Beklagten vom 13. Februar 1958 geltend gemachten Anspruch auf Erstattung von Reparaturkosten in Höhe von 500,85 DM anerkannt hat und der Beklagte danach am 20. Mai 1958 noch einen Betrag von 249,15 DM gezahlt hat. Der Gesamtbetrag ergibt den Pachtzins von 750,-- DM für zwei Vierteljahre. Das Schreiben vom 13. Februar 1958 enthält nur eine Aufstellung über Reparaturen, die der Beklagte in der Vergangenheit hatte ausführen las-

sen, jedoch keinerlei Beanstandungen über nicht beseitigte, noch vorhandene Mängel. Daß er etwa bei der Zahlung von 249,15 DM irgend einen Vorbehalt gemacht habe, hat der Beklagte selbst nicht vorgetragen. Wollte der Beklagte sich das Recht vorbehalten, über die wegen aufgewendeter Kosten geltend gemachten Ersatzansprüche hinaus noch den Pachtzins zu mindern, so hätte er dem Ausdruck geben müssen. Daher kann allenfalls in der Teilzahlung von 200 DM am 26. September 1958 der Ausdruck zu finden sein, wegen der Mängel des Backofens den Pachtzins mindern zu wollen. Allerdings rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Beklagte im Schriftsatz vom 6. Februar 1960 behauptet habe, er habe, wie im übrigen der Zeuge Schridde bestätigt habe, die Klägerin schon im Jahre 1956 auf Mängel des Backofens hingewiesen. Richtig ist, daß der Zeuge Sch [REDACTED] bekundet hat, der Beklagte habe im Jahre 1956 den damaligen Gemeindedirektor auf Mängel des Backofens hingewiesen. Als dann die Gesundheitsbehörde den Verkauf von Backwaren im Hausflur untersagt habe, habe der Gemeindedirektor den Beklagten gefragt, ob er erst die Mängel beseitigt haben wolle oder ob ihm zuerst an der Herrichtung eines Ladens gelegen sei. Der Beklagte habe erklärt, er lege zunächst Wert auf die Herrichtung des Ladens. Wenn das Berufungsgericht demgegenüber meint, der gelegentliche Hinweis auf Mängel genüge nicht, um einen Vorbehalt zu begründen, so läßt diese Würdigung keinen Rechtsirrtum erkennen. Der Vermieter oder Verpächter kann zwar den Ausschluß seiner Haftung für Mängel der Miet- oder Pachtsache nicht daraus herleiten, daß der Mieter oder Pächter einer Verschiebung der gebotenen Ausbesserung nicht widersprochen hat (RGZ 89,384; 90,65,67). Eine solche Fallgestaltung liegt hier aber nicht vor. Es

handelt sich nicht um den Ausschluß etwaiger Schadensersatzansprüche, sondern darum, daß der Beklagte nach Treu und Glauben nicht nachträglich den Mietzins mindern kann, wenn er durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, er wolle aus dem Bestehen der Mängel ein Recht zur Minderung nicht herleiten.

Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob gegenüber dem Räumungsanspruch die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung nicht schon deshalb nach § 554 Abs.2 BGB bedeutungslos ist, weil der Beklagte nicht unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung mit seinen vermeintlichen Ansprüchen auf Rückzahlung zuviel gezahlter Pacht erklärt hat.

b) Der Beklagte will weiter mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen, die er daraus herleitet, daß die Klägerin ihre Verpflichtung, ihm einen brauchbaren Backofen zu überlassen, verletzt habe. Das Berufungsgericht unterstellt, daß dem Beklagten Schadensersatzansprüche zuständen, meint aber, dadurch würde die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nicht berührt werden, weil der Beklagte die Aufrechnung unverzüglich nach der Kündigung hätte erklären müssen. Er habe aber eine Aufrechnungserklärung mit Schadensersatzansprüchen unstreitig erstmals mit Schriftsatz vom 7. März 1959, also lange Zeit nach der mit Schreiben vom 21. November 1958 ausgesprochenen Kündigung erklärt. Selbst dieser verspäteten Aufrechnungserklärung fehle es im übrigen an einer hinreichenden Substantiierung der zur Aufrechnung gestellten Ansprüche.

Was die Revision demgegenüber anführt, vermag ihr ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen. Die Revision

glaubt, der Beklagte habe Schadensersatzansprüche schon in seinem Schreiben vom 13. Februar 1958 aufgerechnet. Das ist indessen nicht der Fall. Wie die Revision in der mündlichen Verhandlung selbst nicht mehr in Zweifel gezogen hat, stand dem Beklagten bei Ablauf des dritten Pachtjahres am 31. März 1958 allenfalls eine Forderung von (1616,10 abzüglich 900 und 210 DM =) 506,10 DM - von ihm selbst später mit 500,85 DM eingesetzt - zu. Diese Forderung ist aber dem eigenen Wunsche des Beklagten entsprechend auf rückständige Pacht verrechnet worden. Dadurch, sowie durch Zahlung von 249,15 DM ist, wie oben dargelegt, ein Pachtzinsrückstand für die Pachtzeit vom 1. Oktober 1957 bis 31. März 1958 mit insgesamt 750 DM getilgt worden. Wenn die Revision ferner meint, angesichts der Erklärungen des Beklagten sei zu bezweifeln, daß die Aufrechnung mit weiteren Schadensersatzansprüchen nicht unverzüglich erfolgt sei, so ist das nicht verständlich. Von der Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche im Schreiben vom 13. Februar 1958 kann keine Rede sein. Daß der Beklagte etwa sonst vor oder unverzüglich nach der Kündigung mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet habe, hat die Revision nicht aufgezeigt.

III. Ein Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung würde nicht bestehen, wenn es trotz Pachtzinsrückstandes am Verzuge des Beklagten fehlte. Verzug wäre nicht eingetreten, falls der Beklagte hinsichtlich der für die Vierteljahre vom 1. Juli bis 30. September 1958 und vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1958 zu entrichtenden Raten in voller Höhe ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hätte. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht allerdings die Rechtslage nicht ausdrücklich erörtert. Der unstreitige Sachverhalt ergibt in-

dessen, daß der Beklagte sich gegenüber der Berufung der Klägerin auf den Pachtzinsrückstand nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht stützen kann. Ein solches Recht hat er bei Fälligkeit des Pachtzinses gar nicht ausüben wollen. In seinem Schreiben vom 13. Februar 1958 hatte er ausdrücklich gebeten, das von ihm errechnete Guthaben auf Pachtzahlungen des Jahres 1958 zu verrechnen. Nachdem die Klägerin die Forderung mit Schreiben vom 13. März 1958 in Höhe von 500,85 DM anerkannt und Zahlung des dann noch geschuldeten Betrages verlangt hatte, entrichtete er am 20. Mai 1958 einen Betrag von 249,15 DM und beglich damit, wie schon erwähnt, einen Pachtzinsrückstand von genau 750,--DM für zwei Vierteljahre des Pachtjahres 1957/58 bis zum 31. März 1958. Am 24. September 1958 erklärte er sich in einer Urkunde, von der die Klägerin eine Photokopie zu den Akten eingereicht hat, und deren Echtheit der Beklagte nicht bestritten hat, zur Zahlung der rückständigen Pacht in folgender Weise bereit: Am 25. September 1958 sollte der Pachtzins des 1. Vierteljahres des Pachtjahres 1958 in Höhe von 375,--DM gezahlt und im Laufe des Oktober 1958 der Pachtzins des 2. Vierteljahres beglichen werden. Er hat dann am 26. September 1958 einen Betrag von 200,--DM gezahlt. Unter diesen Umständen ist das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß der Beklagte bei Ausspruch der Kündigung mit mindestens zwei Pachtzinsraten wenigstens teilweise im Verzuge gewesen ist.

IV. Das Berufungsgericht hat schließlich das Vorbringen des Beklagten gewürdigt, der Rückstand mit der Zahlung der Pachtzinsraten und damit die Grundlage des Herausgabeanspruchs der Klägerin seien auf ihr eigenes vertragswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzu-

führen, die Klägerin habe durch ungenügende Instandhaltung des Pachtgegenstandes den Vermögensverfall des Beklagten verschuldet, auf dem seine Zahlungsunfähigkeit beruhe. Das Berufungsgericht hat geprüft, ob der auf § 242 BGB beruhende allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben dem aus § 554 Abs.1 BGB herzuleitenden Kündigungsrecht der Klägerin entgegengesetzt werden und dieses Kündigungsrecht zu Fall bringen könne. Es meint, der Beklagte könne sich auf einen Verstoß der Klägerin gegen Treu und Glauben, der im übrigen nicht nachgewiesen sei, nur berufen, wenn er selbst bei Erfüllung seiner Vertragspflichten dem angeführten Rechtsgrundsatz getragen hätte. Hieran fehle es jedoch offensichtlich. Wenn der Beklagte selbst den Rechtsgedanken von Treu und Glauben befolgt hätte, hätte er die Klägerin rechtzeitig und nachdrücklich auf den drohenden Eintritt der jetzt von ihm behaupteten schwerwiegenden Folgen der fehlenden Instandsetzung der Bäckerei hinweisen und seinerseits alles tun müssen, um die Nachprüfungen der Klägerin zu fördern. Das sei nicht geschehen, auch wenn von der eigenen Darstellung des Beklagten ausgegangen werde. Es komme hinzu, daß er, anstatt seine Unfähigkeit zur Zahlung der Pachtraten mit entsprechenden Hinweisen zu begründen, zum Teil die Zahlung von Pachtzinsraten durch Hingabe ungedeckter Schecks vorgetäuscht habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Verzug des Beklagten hinsichtlich seiner Pachtzinszahlungen nur darauf zurückzuführen sei, daß die Klägerin ihre Vertragspflicht zur Instandsetzung des Backofens nicht erfüllt habe. Diese Rüge geht ins Leere. Das Berufungsgericht hat gerade unterstellt, daß der Verzug des Beklagten auf das Verhalten der Klägerin zurückzuführen sei.

Einen auf sachlichrechtlichem Gebiet liegenden Rechtsirrtum lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht erkennen. Mit Recht hat es den Einfluß des Grundsatzes der Wahrung von Treu und Glauben auf ein Räumungsbegehren erwogen. Grundsätzlich ist allerdings daran festzuhalten, daß über den Rechtsbehelf des Zurückbehaltungsrechtes nach §§ 320 ff BGB hinaus die Verletzung der Pflichten des einen Vertragsteils für die Pflichten des anderen unerheblich ist. Selbst ein Zurückbehaltungsrecht ist bei Miet- und Pachtverhältnissen nach § 556 Abs.2 BGB ausgeschlossen. Was eine das Kündigungsrecht zu Fall bringende Aufrechnung betrifft, so muß nach der Rechtsprechung sogar die Aufrechnung mit einer auf arglistiger Täuschung beruhenden Forderung unverzüglich nach der Kündigung erklärt werden, damit der Gesetzeszweck, alsbald Klarheit über die Wirksamkeit der Kündigung zu schaffen, erreicht wird (RGZ 119, 360). Das schließt allerdings, wie der erkennende Senat ausgeführt hat, die Annahme nicht aus, daß die Kündigung selbst sich als unzulässige Rechtsausübung darstellt, wenn ein Vermieter oder Verpächter durch arglistiges Verhalten den Mieter oder Pächter geschädigt und dadurch bewirkt hat, daß der Mieter oder Pächter den Miet- oder Pachtzins nicht fristgerecht gezahlt hat (Urt. v. 10. Juni 1958 - VIII ZR 135/57 - LM BGB § 242 (Cd) Nr.55). So hat auch das Reichsgericht (RGZ 160,88,91) angenommen, daß es eine unzulässige Rechtsausübung sein möge, wenn sich ein Verpächter auf den Schutz des § 556 Abs.2 BGB auch gegenüber der Haftung aus einer eigenen vorsätzlich begangenen Rechtsverletzung berufe. Die Rechtsprechung hat jedoch immer nur in Fällen schwerer Vertragsverletzung angenommen, daß das Recht des Verpächters zur

Rückforderung der Pachträume gegenüber Schadensersatzansprüchen des Pächters zurückstehen müsse. Daß im vorliegenden Fall die Klägerin vorsätzlich oder gar arglistig Rechte des Beklagten verletzt habe, hat das Berufungsgericht, wie seine Ausführungen zeigen, nicht feststellen können, ohne daß hinsichtlich dieser auf tatsächlichem Gebiet liegenden Ausführungen des Berufungsgerichts ein Rechtsverstoß ersichtlich wäre. Da das Berufungsgericht davon spricht, es sei Pflicht des Beklagten gewesen, die Klägerin auf den drohenden Eintritt der von ihm behaupteten schwerwiegenden Folgen der mangelnden Instandsetzung hinzuweisen und die Nachprüfungen der Klägerin zu fördern, gibt es zu erkennen, daß nach seiner Auffassung der Klägerin nicht bewußt gewesen ist, sie führe dadurch, daß sie weitere Reparaturen, als sie der Beklagte selbst schon vorgenommen hatte, vor einer fachmännischen Überprüfung des Ofens unterlasse, den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Beklagten herbei. Mit Recht hat das Berufungsgericht bei der Abwägung, ob die Klägerin sich bei Verfolgung ihres Räumungsbegehrens eines Verstoßes gegen das Gebot der Wahrung von Treu und Glauben schuldig mache, zugunsten der Klägerin gerade berücksichtigt, daß der Beklagte unterlassen habe, die Klägerin auf den angeblich durch die Mängel des Backofens eintretenden Verlust der Wirtschaftsgrundlage hinzuweisen. Die Rechtsgrundlage für die Verpflichtung des Verletzten, drohenden Schaden abzuwehren, die in § 254 Abs.2 BGB umrissen ist, findet sich in der Bestimmung des § 242 BGB. Es verstößt gegen das Verbot des eigenen widersprüchlichen Verhaltens, wenn der Verletzte den Schaden, dessen Abwendung oder Minderung ihm zumutbar ist, auf den Schädiger abwälzen will (BGH Urt. v. 14. März 1961-VI ZR 189/59 - NJW 1961,655,657; Soergel/Siebert, BGB 9.Aufl. § 242 Anm.97). Ein Hinweis auf die Höhe des drohenden Scha-

dens lag dem Beklagten umsomehr ob, als er sich mit dem oben erwähnten Schreiben vom 24. September 1958 zur Zahlung der rückständigen Pachtzinsen in voller Höhe bereit erklärt hatte. Auch die sonstige, im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Würdigung, die das Berufungsgericht bei der Prüfung, ob die Klägerin mit dem Räumungsbegehren ein Recht unzulässig ausübe, dem Verhalten beider Parteien zuteil werden läßt, enthält keine Verkennung des Rechtsbegriffs von Treu und Glauben.

V. Die Revision des Beklagten ist daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Pagendarm Artl Dr.Spieler Dr.Mezger Dr.Messner