

7

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:                   nein

---

BGB §§ 535, 581, 157 D

Zur Auslegung einer Vereinbarung, wonach der Verpächter bei  
Verzug des Pächters mit dessen Instandsetzungspflicht nach  
Fristsetzung zur Ersatzvornahme berechtigt ist.

BGH, Urt. v. 11. April 1984 - VIII ZR 315/82 - OLG Düsseldorf  
LG Wuppertal

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 315/82

### URTEIL

Verkündet am  
11. April 1984  
Kanik,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Georg K [REDACTED], H [REDACTED] B [REDACTED] in V [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

Frau Loni M [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED] in M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Oktober 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Beklagte verpachtete der Klägerin durch Individualvertrag ab 1. Juli 1976 auf die Dauer von fünf Jahren die Gaststätte "Zur S [REDACTED]" in M [REDACTED]. Nach § 4 Abs. 2 des Vertrages hatte die Pächterin sämtliche während der Pachtzeit erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen im Inneren der Pachträume auf ihre Kosten unverzüglich vornehmen zu lassen. Außerdem war sie nach dieser Vertragsbestimmung verpflichtet, die Räume alle zwei bis drei Jahre zu renovieren. In § 4 Abs. 2 Satz 6 des Vertrages ist vereinbart:

"Sollte der Pächter mit einer der vorstehenden Verpflichtungen in Verzug geraten, so ist der Verpächter nach vorheriger Fristsetzung zur Ersatzvornahme auf Kosten des Pächters berechtigt".

Zum 30. Juni 1980 wurden der Pachtvertrag beendet und das Pachtobjekt bis auf die mitvermietete Wohnung von der Klägerin geräumt. Die W [REDACTED]-K [REDACTED]-Brauerei, welche den Beklagten vertrat, ließ an diesem Tag ein Übergabeprotokoll fertigen, das von einem Vertreter der Brauerei, der Tochter der Klägerin und dem neuen Pächter, an den der Beklagte die Gaststätte weiterverpachtet hatte, unterzeichnet wurde.

Mit der am 2. Oktober 1980 eingereichten und am 25. Oktober 1980 zugestellten Klage begehrt die Klägerin die

Rückzahlung der von ihr geleisteten Kautions von 5.000,-- DM. Die Parteien streiten darüber, ob der Rückzahlungsanspruch fällig ist und ob er aufgrund einer vom Beklagten mit Schriftsatz vom 13. April 1981 erklärten Aufrechnung erloschen ist. Die aufgerechnete Forderung hat der Beklagte damit begründet, daß die Klägerin ihrer Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht aus § 4 des Pachtvertrages nicht nachgekommen sei und deshalb die Kosten für die notwendigen Arbeiten, die nur zum Teil bereits ausgeführt seien, zahlen müsse. Den gesamten erforderlichen Kostenaufwand beziffert er auf 5.091,97 DM. Die Klägerin hat bestritten, ihre Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung der Pachträume verletzt zu haben. Außerdem hat sie die Einrede der Verjährung erhoben. Sie meint, der aufgerechnete Anspruch sei erst im Zeitpunkt der Erklärung der Aufrechnung entstanden, weil der Beklagte erst in diesem Zeitpunkt vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch übergegangen sei. Der Beklagte meint, er habe bereits mit Ablauf der Frist, welche die für ihn tätige W[REDACTED]-K[REDACTED]-Brauerei der Klägerin mit Schreiben vom 7. August 1980 gesetzt habe, Ersatz in Geld verlangen können. In diesem Schreiben ist ausgeführt:

"Die mit Übergabeprotokoll vom 30.6.1980 festgestellten Schäden stehen zur Behebung noch offen. Wir hatten mit unserem Schreiben vom 4.7.1980 Frau M[REDACTED] (die Pächterin) aufgefordert, die festgestellten Mängel bis zum 15.7.1980 beheben zu lassen. Entgegenkommender Weise sind wir bereit, Frau M[REDACTED] eine weitere Frist einzuräumen. Sollten die Mängel nunmehr bis zum 22.8.1980 nicht behoben

sein, werden wir die Ersatzvornahme zu Lasten des Kautionskontos veranlassen.

Eine Abrechnung des Kautionskontos kann erst dann erfolgen, wenn der Eigentümer seine Freigabeerklärung abgibt."

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat angenommen, die vom Beklagten erklärte Aufrechnung sei unwirksam, weil die Verjährungseinrede der Klägerin begründet sei. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Klageanspruch für spätestens seit Klageerhebung fällig und die vom Beklagten erklärte Aufrechnung für unzulässig. Zur Unzulässigkeit der Aufrechnung führt es aus:

Nach § 390 Satz 1 BGB könne mit einer einredebehafteten Forderung nicht aufgerechnet werden. Diese Vorschrift sei hier anzuwenden, weil die Verjährungseinrede der Klägerin begründet sei. Für die aufgerechnete Schadensersatzforderung gelte die

sechsmonatige Verjährungsfrist des § 558 BGB. Diese sei am 30. Dezember 1980 abgelaufen, weil die Verjährungsfrist nach § 558 Abs. 2 BGB mit der Rückgabe der Pachtsache begonnen habe und die Klägerin das Pachtobjekt am 30. Juni 1980 zurückgegeben habe. Die Vorschrift des § 390 Satz 2 BGB, wonach die Verjährung die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung hätte aufgerechnet werden können, noch nicht verjährt war, sei hier nicht anwendbar. Der aufgerechnete Anspruch des Beklagten sei nämlich bereits verjährt gewesen, als er der Forderung auf Rückzahlung der Kautionsaufrechnung gegenübergetreten sei. Nach § 387 BGB könnten nur gleichartige Forderungen aufgerechnet werden. Deshalb habe sich für den Beklagten eine Aufrechnungsmöglichkeit erst ergeben, als sein Anspruch auf Durchführung von Renovierungsarbeiten in einen Schadensersatzanspruch und damit in eine Geldforderung übergegangen sei. Mit der Übernahme der Verpflichtung zur Renovierung der Pachträume und zur Vornahme aller erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen im Innern der Pachtsache sei eine Hauptpflicht der Klägerin begründet worden mit der Folge, daß der Beklagte erst nach Eintritt der Voraussetzungen des § 326 BGB Schadensersatz fordern könne und damit einen Geldanspruch erworben habe. Die Aufrechnung sei daher erst am 13. April 1981 statthaft gewesen, als der Beklagte mit Schriftsatz von diesem Tage nach ernsthafter und endgültiger Verweigerung der Ausführung der erforderlichen Arbeiten seitens der Klägerin Schadensersatz wegen Nichter-

füllung verlangt und zugleich die Aufrechnung erklärt habe. Die Klägerin habe nicht bereits mit Ablauf der in dem Schreiben vom 7. August 1980 zum 22. August 1980 gesetzten Frist Schadensersatz geschuldet. Aufgrund der Ausführungen in diesem Schreiben wäre der Anspruch des Beklagten auf Durchführung der Arbeiten nur dann in einen Schadensersatzanspruch übergegangen, wenn in ihnen eine dem § 326 BGB entsprechende Ablehnungsandrohung gesehen werden könnte. Dazu wäre die eindeutige Erklärung nötig gewesen, daß der Beklagte nach dem Ablauf der zur Durchführung der Arbeiten gesetzten Frist die Erfüllung durch die Klägerin ablehne. Eine solche Erklärung enthalte das Schreiben nicht. Auch durch Auslegung könne sie daraus nicht entnommen werden. Es komme darin nämlich nicht zum Ausdruck, daß der Beklagte in dem Zeitraum nach Fristablauf bis zum Beginn der Renovierungsarbeiten eine Instandsetzung durch die Klägerin nicht mehr annehme. Daß der Beklagte mit dem Schreiben vom 7. August 1980 noch nicht vom Leistungs- zum Schadensersatzanspruch habe übergehen wollen, folge zudem eindeutig aus seiner Erklärung im Schriftsatz vom 28. Januar 1981. Darin sei ausdrücklich betont, der Beklagte habe keine Erklärung nach § 326 Abs. 1 BGB abgeben wollen.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Revision meint, die Parteien hätten durch die Vereinbarung in § 4 Abs. 2 Satz 6 des Vertrages die in § 326 BGB getroffene gesetzliche Regelung abbedungen. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe die Prüfung dieser Frage unterlassen.

a) Die Revision hat darin Recht, daß § 326 BGB nachgiebiges Recht enthält. Die Vertragsparteien können deshalb die in § 326 BGB vorgesehenen Rechte erweitern, beschränken oder durch andere ersetzen (Ballhaus BGB RGRK, 12. Aufl., § 326 Rdn. 9 m.w.N.).

b) Ob hier die vertragliche Vereinbarung gegenüber der gesetzlichen Regelung eine Erweiterung der Rechte des Verpächters enthält, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls soll sie den Verpächter nicht schlechter stellen. Das ergibt die Auslegung der Vereinbarung (§§ 157, 133 BGB), die dem erkennenden Senat möglich ist, weil das Berufungsgericht eine Auslegung unterlassen hat und weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen (BGHZ 65, 107, 112).

c) § 4 Abs. 2 Satz 6 des Vertrages, auf den sich der Beklagte in seinem Schreiben vom 7. August 1980 stützt, begründet unter den dort genannten Voraussetzungen des Verzugs und der Fristsetzung ausdrücklich ein Recht des Verpächters zur E r - s a t z v o r n a h m e der unterlassenen Instandsetzungen auf Kosten des Pächters. Eine Ablehnungsandrohung ist hierfür nicht

erforderlich. Dem Sinn der Vereinbarung entspricht die Auslegung, daß der Pächter, wenn er trotz Verzuges und Nachfristsetzung seinen Pflichten nicht nachkommt, nicht mehr berechtigt ist, den Renovierungsanspruch des Verpächters zu erfüllen und die für ihn preisgünstige Möglichkeit der Eigenleistung noch auszunutzen. Vielmehr soll der Verpächter nunmehr befugt sein, die Arbeiten selbst in Auftrag zu geben, um dadurch die Gewähr zu haben, sie alsbald und durch einen Fachmann ausführen zu lassen. Die Kosten der Ersatzvornahme hat nach der Vereinbarung der Pächter zu tragen, weil er seiner Verpflichtung zur Instandsetzung und Instandhaltung nicht nachgekommen ist. Da der Verpächter mit der Ersatzvornahme eine Aufgabe erfüllt, die nach dem Vertrag dem Pächter obgelegen hätte, entspricht es darüber hinaus der Billigkeit, daß der Pächter verpflichtet ist, dem Verpächter die für die Ersatzvornahme voraussichtlich erforderlichen Kosten mit erfolglosem Ablauf der dem Pächter gemäß der Abrede gesetzten Frist vorzuschießen. Mit der Vereinbarung haben die Parteien eine dem § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) gleichartige Regelung getroffen, wonach der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer die ihm zur Mängelbeseitigung gesetzte angemessene Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, die Mängel selbst auf Kosten des Auftragnehmers abstellen lassen kann. Hierzu sowie zu den im wesentlichen gleichgelagerten Tatbeständen der §§ 538 Abs. 2, 633 Abs. 3 BGB vertritt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß der zur Ersatzvornahme Berechtigte einen Anspruch auf Leistung eines Vorschus-

ses in Höhe der voraussichtlich zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten hat (BGHZ 47, 272; 56, 136, 141; 61, 28, 30; 68, 372, 378). Hier kann wegen der Gleichheit der Interessenlage nichts anderes gelten (§ 157 BGB).

d) Der Beklagte war demnach berechtigt, von der Klägerin, die sich mit ihrer Renovierungspflicht in Verzug befand, mit Ablauf der in dem Schreiben vom 7. August 1980 gesetzten Frist, also mit Ablauf des 22. August 1980, einen Vorschuß in Höhe des für eine Ersatzvornahme notwendigen Betrages zu verlangen. Die Klageforderung und die aufgerechnete Forderung standen daher zu einem Zeitpunkt aufrechenbar gegenüber, als die aufgerechnete Forderung noch nicht verjährt war. Nach § 558 Abs. 1 BGB verjährte dieser Anspruch in sechs Monaten. Die Verjährung begann erst in dem Zeitpunkt, in welchem der Beklagte die Pachtsache zurückerhielt, nämlich am 30. Juni 1980 (§ 558 Abs. 2 BGB). Nach § 390 Satz 2 BGB schließt daher die inzwischen eingetretene Verjährung des Vorschußanspruchs die Aufrechnung mit diesem nicht aus. Zwar ist die aufgerechnete Forderung in der Aufrechnungserklärung als Schadensersatzforderung bezeichnet. Das ist aber unschädlich, weil der Beklagte durch den gleichzeitigen Hinweis auf die endgültige Erfüllungsverweigerung durch die Klägerin zum Ausdruck gebracht hat, daß er ausschließlich eine Geldforderung, gleich aus welchem Rechtsgrund, geltend mache.

Die Aufrechnung war nicht deswegen unstatthaft, weil ein

Vorschuß zweckgebunden ist. Nach § 387 BGB richtet sich die zur Aufrechnung erforderliche Gleichartigkeit der Leistungen nach deren Gegenstand, nicht nach deren Zweck. Der Zweck der Leistung gehört zum vertraglichen oder außervertraglichen Schuldgrund. Von dessen Gleichartigkeit hängt die Aufrechenbarkeit nicht ab (BGHZ 54, 244, 246).

2. Die vom Berufungsgericht in den Vordergrund seiner Erörterungen gestellte Frage nach der Fälligkeit des Anspruchs auf Rückzahlung der Kautions stellt sich nicht mehr. Als Forderung, für welche die Kautions als Sicherheit dienen könnte, kommt nur der Anspruch wegen Unterlassens der Renovierung in Betracht. Die für den Eintritt der Fälligkeit des Kautionsrückzahlungsanspruchs erforderliche Abrechnung hat der Beklagte mit der Aufrechnung vorgenommen. Der Zulässigkeit der Aufrechnung stand es nicht entgegen, wenn der Rückzahlungsanspruch bei Erklärung der Aufrechnung noch nicht fällig gewesen sein sollte (§ 387 letzter Halbsatz BGB).

3. Da die Aufrechnung bereits aus den zu II 1 dargelegten Gründen statthaft ist, brauchte die Frage nicht entschieden zu werden, ob, wie das Berufungsgericht geprüft, aber verneint hat, das Zurückbehaltungsrecht, das dem Beklagten wegen des Anspruchs auf Renovierung gegen die Forderung auf Rückzahlung der Kautions zustand, auch nach Eintritt der Verjährung geltend gemacht werden konnte und zu einer Aufrechnungsbefugnis für einen Schadens-

ersatzanspruch wegen Unterlassung der Renovierung "erstarkte", mit dem trotz Eintritts der Verjährung noch aufgerechnet werden konnte.

III. Nach allem mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses hat darüber zu befinden, ob der aufgerechnete Anspruch begründet ist.

Da die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

RiBGH Dr. Brunotte  
ist beurlaubt und  
deshalb verhindert  
zu unterschreiben.  
Braxmaier

Dr. Paulusch