

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 15/71

URTEIL

An Verkündungs Statt
zugestellt am
28. April 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

des T [REDACTED] F [REDACTED]
G m b H, vertreten durch den geschäftsführenden
Gesellschafter Alfons H [REDACTED] in Bad F [REDACTED],
T [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Z [REDACTED] T [REDACTED]
F [REDACTED], vertreten durch den Präsidenten des
Bezirkstags von Niederbayern Frhr.v. M [REDACTED] in
L [REDACTED], Regierungsgebäude,

Kläger, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. November 1970 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsrechtszuges fallen 1/3 dem Kläger und 2/3 der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Familien-GmbH, ist seit 1955 Nießbraucherin an der damals einzigen Thermalquelle in Bad F [REDACTED] (Therme I), die 1937 auf dem Grundstück der Eheleute O [REDACTED] erbohrt worden war. Sie betreibt ein Thermal-Freibad sowie seit 1961 das Kurmittelhaus (KMH). Außerdem beliefert sie Sanatorien und Kurheime mit Thermalwasser, darunter solche, die ihrem geschäftsführenden Gesellschafter, Alfons H [REDACTED] oder dessen Familienmitgliedern gehören.

- 3 -

Der Kläger ist eine zur Förderung des Thermalbades F [REDACTED] gegründete Körperschaft des öffentlichen Rechts. Mitglieder sind der Bezirk Niederbayern, der Landkreis G [REDACTED] und die Gemeinde S [REDACTED], zu deren Gebiet Bad F [REDACTED] gehört.

Am 22. November 1958 schlossen die Parteien eine als Pachtvertrag bezeichnete Vereinbarung, die u.a. folgenden Wortlaut hat:

" § 1

1. Der Zweckverband (das ist der Kläger) erwirbt ... ein Grundstück in der Größe von etwa 4 Tagwerk und errichtet darauf ... im weiteren Benehmen mit der GmbH (das ist die Beklagte) ein Kurmittelhaus. Die Bauausführung soll mittelwertig erfolgen.
2. Die bewegliche Einrichtung erfolgt durch die GmbH, die für die Gesamtplanung erforderlichen Unterlagen werden von der GmbH rechtzeitig zur Verfügung gestellt.
3. Der Gesamtaufwand für die Baumaßnahme wird auf höchstens

1.500.000,- DM

... veranschlagt und begrenzt.

...

§ 2

1. Die GmbH verpflichtet sich das Kurmittelhaus nach Fertigstellung pachtweise zu übernehmen. ...



§ 3

Die Vertragsdauer beträgt 50 Jahre ab Übergabe des Kurmittelhauses. Sie verlängert sich jeweils um 5 Jahre, sofern nicht mindestens 2 Jahre vor Vertragsablauf Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes erfolgt.

§ 4

1. Der Pachtzins beträgt jährlich 10% aus 1 Million DM, abzüglich der Nebenkosten, für die nur 5% Pacht zu zahlen sind. Diese Nebenkosten betragen nach dem derzeitigen Bauplan 136.620,- DM (Grunderwerb, Erschließung und Außenanlagen). Für den 1 Mill. übersteigenden Mehraufwand bis zu 500.000 DM beträgt der Pachtpreis 7%.
- ...
2. Bei wesentlichem Rückgang der Frequenz bleibt die Überprüfung des Pachtpreises und dessen Neufestsetzung vorbehalten.
3. Alle aus dem Eigentum herrührenden Lasten, Abgaben und Steuern trägt der Verpächter. Alle aus dem Betrieb herrührenden Lasten, Abgaben und Steuern trägt die Pächterin. Diese übernimmt zusätzlich auch die allgemeine Haftpflicht für Grundstück und Betrieb.
4. Der Pachtpreis ist ab Übergabe in vierteljährlichen, jeweils im Nachhinein zu bezahlenden Raten, zu entrichten.

§ 5

Beide Vertragsparteien verpflichten sich ihre etwaigen Rechtsnachfolger zu verpflichten, in diesen Vertrag einzutreten.

§ 6

Bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages wird bis zum ursprünglichen Endtermin auf den allgemeinen Wasserpreis ... ein Abschlag von 50% gewährt. ...

Auch über diesen Zeitpunkt hinaus darf dritten Wasserabnehmern ohne Zustimmung des Zweckverbandes kein niedrigerer als der allgemeine Wasserpreis eingeräumt werden.

§ 7

Die GmbH hat die ihr überlassenen Objekte pfleglich zu behandeln. Im übrigen gelten hinsichtlich der Instandhaltung die gesetzlichen Bestimmungen.

§ 8

Nach Beendigung der Pacht sind die gesamten Objekte nebst Inventar des Zweckverbandes in ordnungsgemäßem Zustand zurückzugeben.

Eigenes Inventar der GmbH ist gegen Entschädigung zum Verkehrswert abzugeben und abzulösen.

§ 9

Für die Dauer vorstehenden Vertrages verpflichtet sich die Verpächterin auf dem Kurmittelsektor der Pächterin keine Konkurrenz zu machen."

Der Kläger erwarb ein Grundstück von rd. 14 000 qm (Fl. Nr. 937/7, vgl. Plan Bl. 600) und errichtete darauf das KMH mit einem Baukostenaufwand von 2,2 Millionen DM. Die Parteien errechneten den jährlichen Pachtzins auf der Grundlage des § 4 des Vertrages mit 128 169 DM. Vierteljährlich waren daher 32 042,25 DM zu entrichten.

Am 23. März 1961 wurde der Beklagten das Kurmittelhaus mit Wirkung vom 1. April 1961 übergeben. Die Niederschrift über die Übergabeverhandlung schloß mit einer zusammenfassenden Erklärung, die in Nr. 4 wie folgt lautet:

"Die (Beklagte) übernimmt aufgrund der heutigen Übernahmebesprechung und der mit den Sachverständigen durchgeführten Besichtigung gemäß dem Pachtvertrag vom 28.11.1958 vom Zweckverband das Kurmittelhaus und anerkennt, daß es dem Pachtvertrag und den dazugehörigen und genehmigten Bauplänen entspricht."

Der Kläger hatte bereits vorher Teile des Flurstücks Nr. 937/7 an Dr. H. [REDACTED] (3 460 qm) und

Dr. Z [REDACTED] (830 qm) zur Errichtung je eines Sanatoriums veräußert. Auch das restliche Grundstück erhielt die Beklagte nicht in vollem Umfang. Sie beanstandete dies bei der Übergabeverhandlung ohne Erfolg. Sie lehnte außerdem das Verlangen des Klägers auf Zahlung eines höheren Pachtpreises als des in der Vereinbarung vom 22. November 1958 festgesetzten ab.

Die Beklagte kürzte von Anfang an den vierteljährlichen Pachtzins um jeweils 2 042,25 DM, den Pachtzins für das zweite Quartal 1962 um 5 042,25 DM.

Der Kläger, der den Vertrag vom 22. November 1958 mit Schreiben vom 6. August 1963 fristlos gekündigt hat, verlangt im Rechtsstreit rückständigen Pachtzins und Nutzungsentschädigung für die Zeit bis 31. Dezember 1966 in Höhe von 49 971,75 DM, außerdem 6 311,97 DM für Kosten der Wartung der Telefonanlage des KMH und deren Versicherung. Dabei handelt es sich um folgendes: Der Kläger ließ bei der Errichtung des KMH eine Fernsprechanlage mit Nebenanschlüssen und Vermittlung durch die Firma S [REDACTED] & H [REDACTED] AG einbauen. Er schloß mit dieser Firma ein Wartungsabkommen verbunden mit einem Versicherungsvertrag. Die Beklagte weigert sich, dem Kläger die aus diesen Verträgen anfallenden

monatlichen Gebühren von 65,88 DM (Wartung) und 17,50 DM (Versicherung) zu erstatten.

Dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 56 283,72 DM nebst Zinsen zu verurteilen, gab das Landgericht statt. Das Oberlandesgericht hat den Kläger mit einem Betrag von 19 837,50 DM abgewiesen. Die Beklagte strebt mit der Revision die völlige Abweisung der Klage, der Kläger mit der Anschlußrevision die Wiederherstellung des Urteils erster Instanz an.

Entscheidungsgründe:

Die Klageforderung ist rechnerisch unstreitig. Es kommt also nur darauf an, ob sie begründet ist oder ob die Einwendungen der Beklagten durchgreifen.

A. Pachtzinsrückstände

I. Die Beklagte macht Schadenersatz und Pachtzinsminderung in erster Linie mit der Begründung geltend, der Kläger habe ihr vertragswidrig nicht insgesamt 4 Tagwerk Grund und Boden (1 Tagwerk entspricht 3 407,27 qm), sondern nur das KMH mit einem geringfügigen "Umgriff" an Grünanlagen von

etwa 3m Breite, insgesamt jedenfalls nicht mehr als 6 272 qm übergeben.

Dem ist das Berufungsgericht im wesentlichen gefolgt. Es hat zwar angenommen, der Kläger habe der Beklagten keine "Netto-Fläche" von 4 Tagwerk zu übergeben brauchen. Er habe vielmehr, weil zur Zeit des Vertragsabschlusses die Anlegung von Straßen und Wegen noch bevorstanden habe, einen Teil der von ihm zum Erwerb vorgesehenen 4 Tagwerk Boden für diesen Zweck abtrennen dürfen und deshalb insgesamt nur etwas mehr als 3 Tagwerk zu übergeben brauchen. Da der Kläger danach rd. 4 500 qm zu wenig übergeben habe, könne, so führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte den Pachtzins nach §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326, 323 Abs. 1 Halbs. 2, 472 BGB mindern. Das Berufungsgericht berechnet die Minderung mit jährlich 2 250 DM. Schadenersatzansprüche der Beklagten hat es dagegen abgelehnt.

Diese Ausführungen werden von beiden Parteien angegriffen.

1. a) Der Kläger meint, die Vereinbarung vom 22. November 1958 sei nur ein Vorvertrag. Der Pachtvertrag sei erst mit der Übergabe am 23. März 1961

zustande gekommen. Dabei sein keine Einigung darüber erzielt worden, daß der Beklagten mehr als das KMH sowie der "Umgriff" an Grünanlagen zu übergeben seien.

Das Berufungsgericht sieht die Vereinbarung vom 22. November 1958 als Pachtvertrag an. Was die Anschlußrevision gegen diese tatrichterliche Auslegung vorbringt, greift nicht durch. Verfahrensfehler sind nicht erkennbar. Eine Verletzung von Auslegungsregeln liegt nicht vor. Die als Pachtvertrag bezeichnete Vereinbarung enthält sämtliche wesentlichen Merkmale eines Pachtvertrages, nämlich die Angabe der Parteien, des Pachtgegenstandes, des Pachtzinses und der Vertragsdauer. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum sie nur einen Vorvertrag enthalten soll. Für das Berufungsgericht spricht schon, daß dem Kläger angesichts der kostspieligen Errichtung des KMH daran gelegen sein mußte, bereits bei Abschluß der Vereinbarung einen Pächter fest unter Vertrag zu haben. Dem konnte vernünftigerweise nicht gegenüberstehen, daß, wie der Kläger meint, eine eigene Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung nicht begründet werden sollte. Auch der Umstand, daß die Rechtsfolgen bei vorzeitigem oder regulärem Ende des Pachtverhältnisses geregelt (§§ 6 und 8) und ein Konkurrenzverbot vereinbart worden sind (§ 9), sprechen gegen einen bloßen Vorvertrag.

b) Die Anschlußrevision führt weiter aus, zumindest habe das Berufungsgericht den etwaigen Pachtvertrag falsch ausgelegt. Der Pachtgegenstand sei in § 2 bestimmt. Danach werde nur das KMH verpachtet.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, der Kläger habe sich zur Verpachtung einer "Brutto-Fläche" von 4 Tagwerk verpflichtet, auf den Wortlaut des Vertrages auf einen Briefwechsel, den die Parteien nach dem 22. November 1958 geführt haben, sowie auf Zeugenaussagen gestützt.

aa) Es folgt daraus, daß nach § 1 der Kläger ein Grundstück erwerben und darauf ein KMH bauen sollte, die Verpflichtung, der Beklagten nicht nur das KMH, sondern auch das zu Baulzwecken erworbene Gelände zu überlassen. Das Berufungsgericht meint weiter, weil die Pachtzinsberechnung des § 4 zum Teil auf den Erwerbskosten für das gesamte Grundstück aufbaue, sei anzunehmen, daß der Beklagten der erworbene Grund und Boden mit verpachtet sei.

Gegen diese jedenfalls mögliche Würdigung ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden. Warum sie mit dem Wortlaut des Vertrages unvereinbar sein soll, hat die Revision nicht aufzuzeigen vermocht.

bb) Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung auch auf einen Briefwechsel zwischen dem Kläger und der Beklagten. Deren Vertreter, Rechtsanwalt R. [REDACTED] schrieb am 6. Juli 1959 an den Kläger, die Beklagte habe Benutzungsgebühren für einen gedeckten Gang zu fordern, der vom KMH zum geplanten Sanatorium Dr. H. [REDACTED] errichtet werde, weil sie Pächterin des gesamten 4 Tagwerk großen Grundstücks sei. Der Kläger antwortete durch seinen damaligen Geschäftsführer S. [REDACTED] am 9. Juli 1959, das Entgelt stehe dem Kläger zu, und führte u.a. aus:

"Darin liegt keineswegs ein Verstoß gegen den Pachtvertrag, da die Fassung des § 1 es durchaus zuläßt, Einzelflächen von der Verpachtung auszunehmen, wenn nur der Größenanforderung - etwa 4 Tagwerk - entsprochen wird."

Hieraus und aus der Tatsache, daß sowohl das Schreiben des Rechtsanwalts R. [REDACTED] als auch der Brief des Klägers von dessen damaligem Verbandsvorsitzenden, Graf von S. [REDACTED] abgezeichnet worden sind, folgert das Berufungsgericht, man sei sich bei Vertragsabschluß darüber einig gewesen, daß unter "Kurmittelhaus" in § 2 des Vertrages das gesamte in § 1 genannte Grundstück von 4 Tagwerk zu verstehen sei.

Auch diese Würdigung ist rechtlich unangreifbar. Darauf, ob, wie die Anschlußrevision meint, Geschäftsführer und Verbandsvorsitzender des Klägers keine vom Willen der Verbandsversammlung abweichende Erklärung verbindlich abgeben konnten, kommt es nicht an. Das Berufungsgericht war jedenfalls nicht gehindert, aus der Auffassung, die zwei maßgebende Persönlichkeiten des Klägers damals vertraten, auf den Inhalt des Vertrages vom 22. November 1958 zu schließen. Erst recht ist es deshalb nicht zu beanstanden, daß es die Aussagen des Zeugen S [REDACTED], der den Vertrag vom 22. November 1958 mit vorbereitete, für seine Auffassung verwertet hat. S [REDACTED] hat bekundet, daß nach seiner Ansicht der Kläger 4 Tagwerk Grund und Boden an die Beklagte verpachtet habe.

cc) Die Anschlußrevision hält den Beweisantrag des Klägers für übergegangen, wonach der zur Zeit des Vertragsabschlusses amtierende Vorsitzende des Klägers, Sch [REDACTED], bekunden könne, nach den Vorstellungen des Zeugen habe nur das KMH Pachtgegenstand sein sollen, von etwas anderem, insbesondere von der Verpachtung von 4 Tagwerk Grund sei gegenüber der Beklagten nie die Rede gewesen, die Verbandsversammlung sei nur davon unterrichtet worden, es werde ein KMH verpachtet und nur dies und nicht eine Grundstücksverpachtung sei beschlossen worden.

Die Rüge kann keinen Erfolg haben. Auf die Auffassung, die von Mitgliedern des Klägers intern vertreten worden ist, kommt es, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, nicht an. Gleichgültig ist aber auch, wie Sch. [REDACTED] seine Erklärungen von der Beklagten verstanden wissen wollte. Das Berufungsgericht hat im Wege der Auslegung den objektiven Erklärungsinhalt des Vertrages festgestellt. Deshalb brauchte es keinen Beweis über die Vorstellungen zu erheben, die die Organe des Klägers angeblich mit ihren Erklärungen verbunden haben. Davon, daß diese nie ausdrücklich von einer Verpachtung von 4 Tagwerk Grund gesprochen haben, geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus. Es hat insoweit also die vom Kläger unter Beweis gestellte Tatsache unterstellt.

c) Das Berufungsgericht hält die vom Kläger in zweiter Instanz, nämlich mit Schriftsatz vom 22. Februar 1968 erklärte Anfechtung für verspätet, die für den Fall ausgesprochen worden ist, daß der Vertrag eine Verpachtung von 4 Tagwerk Grund und Boden enthält. Demgegenüber meint die Anschlußrevision, die Anfechtung sei ohne schuldhaftes Zögern erfolgt (§ 121 BGB), weil der Kläger selbst jetzt noch keine Gewißheit habe, daß die von ihm abgegebene Willenserklärung etwas anderes besage, als er gewollt habe.

Darauf kommt es aber nicht an. Entscheidend ist, wann der Kläger darüber Gewißheit erlangte, daß seine Erklärung und sein Wille sich möglicherweise nicht deckten (Senatsurteil vom 15. Mai 1968 - VIII ZR 29/60 = NJW 1968, 2099). Das aber wußte der Kläger, wenn nicht bereits seit der Übergabeverhandlung vom 23. März 1961, jedenfalls seit Beginn des vorliegenden Rechtsstreits, also seit 1962, in welchem die Parteien von Anfang an darüber gestritten haben, wie der Pachtvertrag hinsichtlich des Pachtgegenstandes auszulegen ist.

d) Mit der Anschlußrevision macht der Kläger schließlich noch geltend, das Berufungsgericht habe den der Beklagten angeblich vorenthaltenen Grund und Boden mit 4 500 qm zu hoch angesetzt. Habe der Kläger nur 6 157 qm zur Verfügung gestellt und sei er, wie das Berufungsgericht meine, verpflichtet gewesen, der Beklagten etwas mehr als 3 Tagwerk zu überlassen, so betrage die Differenz nur 4 064 qm.

Das wäre dann richtig, wenn der Kläger nach der Meinung des Berufungsgerichts der Beklagten lediglich 3 Tagwerk d.h. 10 221 qm hätte überlassen müssen. Ersichtlich ist aber seine auf tatrichterlichen Erwägungen beruhende Auffassung,

daß unter "über 3 Tagwerk Grund", wie es an der einschlägigen Stelle des Berufungsurteils heißt (BU S. 24), etwa 10 657 qm zu verstehen sind. Dann ergibt sich die von ihm angenommene nicht übergebene Fläche von 4.500 qm. Daß das Berufungsgericht sich bei einer so einfachen Rechnung versehen haben könnte, wie offenbar die Anschlußrevision meint, kann nicht angenommen werden. Einer exakten Festlegung war das Berufungsgericht, von § 287 Abs. 2 ZPO abgesehen, hier deshalb enthoben, weil schon der Pachtvertrag selbst die Verpflichtung des Klägers nur annähernd ("etwa 4 Tagwerk") angab.

e) Einen Teilerfolg kann die Anschlußrevision auch nicht etwa deshalb haben, weil der Kläger mit Schreiben vom 6. August 1963 das Pachtverhältnis fristlos gekündigt hat und, worüber die Parteien in einem Parallelprozeß streiten, möglicherweise seither der Vertrag beendet ist, so daß der Kläger zur Überlassung der nicht übergebenen Fläche zumindest seit diesem Zeitpunkt nicht mehr verpflichtet ist. Eine Verpflichtung der Beklagten, nunmehr eine Entschädigung in Höhe des vollen Pachtzinses zu zahlen, ergibt sich nämlich nicht aus § 597 BGB. Denn da sie die ihr vertragswidrig nicht übergebene Fläche nach wie vor nicht innehat,

fehlt es insoweit schon an der für die Anwendung dieser Vorschrift notwendigen Vorenthaltung des Pachtgegenstandes.

2. a) Die Beklagte wendet sich mit der Revision dagegen, daß das Berufungsgericht nur eine Verpflichtung des Klägers zur Überlassung einer "Netto-Fläche" von etwas mehr als 3 Tagwerk angenommen hat. Sei ein Gelände von annähernd bestimmter Größe verpachtet, so dürfte der Verpächter die Gebrauchsüberlassung nicht auf einen Grundstücksteil beschränken, der nach der Anlegung von Wegen und Straßen noch übrig bleibt.

Das mag grundsätzlich richtig sein. Hier hat das Berufungsgericht in der allein ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung jedoch in Betracht gezogen, daß am 22. November 1958 die Anlegung von Wegen und Straßen in noch unbekanntem Umfang bevorstand, während andererseits das Grundstück, das als Baugelände für das KMH in Aussicht genommen war, der Lage und Größe nach bereits feststand. Bei dieser Sachlage ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn es die §§ 1 und 2 des Pachtvertrages dahin ausgelegt hat, der Kläger sei zur Überlassung von mehr Grund und Boden als ihm nach Abzweigung der für die Zufahrtsstraße nötigen Fläche übrig blieb, nicht verpflichtet gewesen.

b) Ohne Erfolg bemängelt die Revision der Beklagten die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe der Beklagten 6 157 qm, nämlich 6 272 qm abzüglich der Flächen für gedeckte Gänge vom KMH zu den angrenzenden Sanatorien mit zusammen 115 qm überlassen. Sie stützt ihre Auffassung auf das Übergabeprotokoll vom 23. März 1961. Gerade diesem entnimmt aber das Berufungsgericht seine Feststellungen, ohne daß ersichtlich wäre, daß ihm dabei wesentlicher Tatsachenstoff entgangen ist. Wenn es aus diesem Protokoll in tatsächlicher Hinsicht andere Schlüsse zieht als die Revision, so kann das allein die auf § 286 ZPO gestützte Rüge nicht begründen.

c) Ohne Erfolg bleiben auch die Rügen, mit denen sich die Revision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht einen Schadenersatzanspruch verneint und der Beklagten nur Pachtzinsminderung zubilligt.

Das Berufungsgericht führt aus, die Überlassung nur eines Teiles des Pachtgegenstandes sei kein Mangel im Sinne des § 537 BGB. Es handele sich vielmehr um eine teilweise Nichterfüllung, die, soweit der Kläger Teile des ursprünglich 4 Tagwerk umfassenden Grundstücks an Dritte veräußert habe, auf Unmöglichkeit, im übrigen darauf beruhe, daß er die Übergabe des Restes endgültig abgelehnt habe. Daraus ergebe sich das Recht der Beklagten, den Pachtzins nach §§ 325

Abs. 1, 323 Abs. 1, 472, 326 BGB zu mindern.

aa) Die Revision beanstandet, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB verweise für den Fall der teilweisen Nichterfüllung nur auf § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht aber auf § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB. § 325 Abs. 1 Satz 2 enthalte aber die Verweisung auf § 323 BGB nicht. Eine Minderung der Gegenleistung komme also im Anwendungsbereich des § 326 BGB nicht in Betracht.

Dem kann, jedenfalls im Ergebnis, nicht gefolgt werden. Es ist schon nicht einzusehen, warum dem Gläubiger bei Teilverzug des Schuldners nur Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder das Recht zum Rücktritt, und zwar im ganzen oder hinsichtlich des nicht erfüllten Teiles zustehen soll. Nicht selten wird er am Vertrag festhalten wollen und einen etwaigen Schaden nur schwer berechnen oder beweisen können. Für diesen Fall bietet sich die Möglichkeit der teilweisen Kürzung seiner Gegenleistung an, wie sie im Falle der Unmöglichkeit ausdrücklich vorgesehen ist (§§ 325 Abs. 1 Satz 3, 323 Abs. 1 Halbs. 2 BGB). Für eine gleichartige Regelung auch im Bereich des § 326 BGB spricht, daß im Falle des § 320 Abs. 2 BGB der Gläubiger zur teilweisen Verweigerung seiner Leistung ("insoweit") berechtigt

ist, als der Schuldner seine Gegenleistung nicht erbringt. Hier kommt hinzu, daß nicht lediglich Verzug des Klägers vorliegt. Vielmehr hat der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Leistung endgültig verweigert. Es steht also ohnehin nur eine entsprechende Anwendung der Regeln des § 326 BGB in Frage. Überdies liegt insoweit auch ein der Unmöglichkeit zumindest nahekommender Sachverhalt vor. Der Kläger hatte Gebrauch und Nutzung in einer ganz bestimmten Vertragszeit, nämlich ab Übergabe des Kurmittelhauses (1. April 1961) zu gewähren. Diese Leistung kann er, soweit sie nicht erbracht worden ist, nachträglich nicht mehr erbringen. Es kann dahinstehen, ob es sich insoweit um einen echten Fall der Unmöglichkeit handelt (vgl. Staudinger BGB 10./11. Aufl., Vorbemerkungen zu §§ 275 bis 292, Nr. 43). Eine zumindest entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 1 Halbs. 2 BGB ist jedenfalls bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden nicht rechtsfehlerhaft.

bb) Die Revision meint unter Hinweis auf die Entscheidung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 11./12. Mai 1971 (V ZR 185/67 = WM 1971, 892) weiter, weil die Beklagte stets Schadenersatz verlangt habe, habe es dem Berufungsgericht nicht freigestanden, ihr nur Minderung zuzubilligen.

Das ist nicht richtig. Im Unterschied zu dem vom V. Zivilsenat entschiedenen Fall hatte die Beklagte nämlich von Anfang an stets Pachtzinsminderung geltend gemacht. Wenn sie sich auch in der Berufungsinstanz in erster Linie auf Schadenersatz berufen hat, so war das Berufungsgericht nicht gehindert, ihr nur eine Herabsetzung des Zahlungsanspruchs des Klägers zuzubilligen, wenn es aus tatsächlichen Gründen zu dem Ergebnis kam, daß ein die Minderung übersteigender Schaden nicht festzustellen sei. Wie bei der Anwendung des § 538 BGB wäre nämlich im vorliegenden Falle der Vorteil aus der Pachtzinsminderung (§§ 323 Abs. 1, 472 BGB) bei der Bemessung des Schadens zu berücksichtigen (Palandt BGB 30. Aufl. § 538 Anm. 1 a; Erman BGB 3. Aufl. § 538 Anm. 1).

cc) Auch die Erwägungen zur Schadenshöhe bekämpft die Revision erfolglos. Die Beklagte behauptet, sie hätte, wenn der Kläger das gesamte ihr vertragsgemäß zustehende Gelände übergeben hätte, mit monatlich etwa 4 000, jährlich etwa 48 000 Patienten Freiluft-Trockengymnastik gegen ein Entgelt von je 0,50 DM betreiben lassen können.

Dem stellt das Berufungsgericht die Feststellungen des Sachverständigen L. in dessen Gutachten vom 22. Dezember 1965 gegenüber, wonach

1965 nur insgesamt 3 219 Personen ärztlich verordnete Gymnastik betrieben haben. Das ergibt noch nicht einmal einen Erlös, der die errechnete Pachtzinsminderung von 2 250 DM erreicht, geschweige denn einen entsprechenden Schaden. Mit den gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffen bewegt sich die Revision auf dem ihr verschlossenen Gebiet tatrichterlicher Würdigung. Sie kann deshalb auch insoweit keinen Erfolg haben.

3. Die Berechnung der Pachtzinsminderung ist weder vom Kläger noch von der Beklagten angegriffen worden.

II. 1.) Die Beklagte hatte geltend gemacht, der Thermalwasserzulauf in der vom Kläger gelegten Leitung sei so schwach, daß die Beklagte die Kapazität des KMH nicht ausnützen könne und deshalb Mindereinnahmen habe..

Schadenersatz und Minderung aus diesem Grunde hält das Berufungsgericht schon im Hinblick darauf für unbegründet, daß die Beklagte am 23. März 1961 das KMH vorbehaltlos angenommen hat, obgleich sie gewußt habe, daß entgegen früheren Planungen und ihrem eigenen Vorschlag

nur eine Thermalwasserleitung statt zwei gebaut worden waren.

Die Revision hält § 539 BGB für verletzt, weil die Beklagte bei der Übergabeverhandlung habe erkennen lassen, sie habe noch keine Gelegenheit gehabt, alles zu überprüfen, sie übernehme das KMH nur unter Vorbehalt. Damit kann die Revision nicht durchdringen, weil ein solcher Vorbehalt sich seinem Inhalt nach nur auf solche Eigenschaften des KMH erstreckte, die der Beklagten am 23. März 1961 nicht bekannt waren. Dazu gehörte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Zulauf des Thermalwassers aber gerade nicht.

2. Das Berufungsgericht gewährt der Beklagten eine Minderung des Pachtzinses in Höhe von jährlich 1 200 DM, weil beim Entleeren der im Untergeschoß des KMH stehenden sog. Schmetterlingswannen mehrfach Überschwemmungen aufgetreten sind.

Das bekämpft der Kläger mit der Anschlußrevision.

a) Zu Unrecht meint er, Mängelansprüche seien insoweit schon nach § 539 BGB ausgeschlossen. Die Nr. 4 der Schlußerklärung der Übergabeverhandlung, nach der die Beklagte das KMH als vertragsgemäß übernimmt, bezieht sich nach der Auffassung des Berufungsgerichts nur auf solche Eigenschaften des KMH, die bei der Übergabeverhandlung der Beklagten bekannt waren. Der mangelhafte Ablauf von verbrauchtem Thermalwasser konnte aber, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, erst nach Inbetriebnahme des KMH festgestellt werden.

b) Der Annahme eines Fehlers im Sinne des § 537 BGB steht nicht entgegen, daß nach Auffassung des Sachverständigen L. die gelegentlich auftretenden Überschwemmungen die Kapazität des KMH nicht beeinträchtigten. Kapazitätsminderung durch technische Mängel kann ein Merkmal für das Vorliegen eines Fehlers der Pachtsache sein. Aber auch ohne daß es zu wirtschaftlichen Schäden kommt, kann, wie das Berufungsgericht richtig angenommen hat, ein Fehler vorliegen, wenn wiederholt auch bei gedrosseltem Wasserablauf immer wieder Überschwemmungen im Untergeschoß auftreten.

c) Gegen die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO im Bereich des § 472 BGB bestehen keine Bedenken

(vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 1963 - VIII ZR 253/62 S. 14). Die Schätzung der Minderung auf jährlich 1 200 DM, also auf weniger als 1 % des Pachtzinses ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Die Beklagte hatte sich für die von ihr geltend gemachten Schadenersatz- und Minderungsansprüche auch darauf berufen, die Entlüftungsanlage des KMH sei falsch konstruiert. Es sei nämlich nicht möglich, das Hauptgebäude stockwerkweise getrennt zu entlüften, so daß selbst in Zeiten geringer Benutzung des KMH stets mit unangemessen hohen Stromkosten die gesamte Belüftungsanlage in Betrieb gesetzt werden müsse.

Das Berufungsgericht verneint einen Mangel und meint überdies, die Beklagte habe in der Übergabeverhandlung insoweit keinen Vorbehalt gemacht, so daß nach § 539 BGB Mängelansprüche ausgeschlossen seien. Das ist richtig. Die Belüftungsanlage gehört zu den Teilen des KMH, die der Beklagten am 23. März 1961 bereits bekannt waren. Insbesondere wußte sie, daß die Entlüftung nur insgesamt und nicht auf einzelne Stockwerke beschränkt möglich war. Der bei Beginn der Übergabeverhandlungen gemachte Hinweis der Beklagten, das KMH mangels Überprüfbarkeit auf seine technischen

11

Einrichtungen nur unter Vorbehalt übernehmen zu können, betrifft deshalb nicht die Entlüftungsanlage (s. oben Nr. II 1).

4. Nichts anderes gilt für die Verneinung von Minderungs- und Schadenersatzansprüchen wegen der angeblich mangelhaften, weil zu kostspieligen Kühlung des Thermalwassers mit Hilfe von Trinkwasser. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, daß der Beklagten, einem Fachunternehmen auf dem Gebiet des Kurmittel- und Bäderwesens, bei Übernahme des KMH diese Art der Kühlung bekannt war.

5. Die Revision bemängelt schließlich noch, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Verstoß des Klägers gegen die Konkurrenzklausel des § 9 des Pachtvertrages nicht als Fehler der Pacht-sache angesehen. Dabei handelt es sich darum, daß der Kläger dem Freistaat Bayern 1963 ein Grundstück zur Verfügung stellte, auf dem dieser eine zweite Thermalwasserbohrung, die spätere Therme II, niederbrachte, so daß dort ein sog. Wasserhaus errichtet werden konnte, in welchem an Patienten Kurmittel verabreicht wurden.

Es kann dahinstehen, ob der Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel, wie offenbar das Berufungsgericht meint, grundsätzlich keine Ansprüche

aus §§ 537, 538 BGB begründen kann (vgl. RGZ 119, 353). Auf jeden Fall könnte ein Fehler des Pachtgegenstandes nur festgestellt werden, wenn der Konkurrenzverstoß zu einer Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs geführt hätte. Das Berufungsgericht stellt aber fest, daß in der hier in Betracht kommenden Zeit aus der Therme II kein Thermalwasser abgegeben worden ist. Tatsächlich ist also der Beklagten eine Konkurrenz nicht entstanden. Das schließt sowohl Schadenersatz- wie Minderungsansprüche aus, ohne daß es auf weiteres ankommt.

B. Kosten der Telefonanlage

Diese Kosten hat das Berufungsgericht dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zugesprochen. Die Revision bekämpft auch das ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Telefonanlage mit Einverständnis der Beklagten in dem jetzt bestehenden Umfang eingerichtet worden ist. Auch sind beide Parteien während des ganzen Rechtsstreits übereinstimmend davon ausgegangen, daß für eine Anlage, wie sie im Kurmittelhaus geschaffen wurde, auf Verlangen der

Bundespost ein Wartungs- und Versicherungsvertrag abgeschlossen werden muß. Da nach § 1 Nr. 2 des Vertrages die bewegliche Einrichtung durch die Beklagte zu schaffen war und nach § 4 Nr. 3 die Lasten, die sich aus dem Betrieb des KMH ergaben, von der Beklagten getragen werden mußten, kann sie sich den Kosten, die aus der mit ihrer Billigung eingerichteten Anlage herrühren, nicht entziehen. Vielmehr entsprach bei dieser Sach- und Rechtslage sowohl der Einbau der Telefonanlage als auch der Abschluß des Wartungs- und Versicherungsvertrages dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Beklagten (§§ 683, 670 BGB). Darauf, daß eine Anlage des jetzt bestehenden Umfanges für das KMH nicht erforderlich gewesen wäre, kommt es nicht an, nachdem die vorhandene Anlage nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit Billigung der Beklagten eingerichtet worden ist. Im Rahmen des § 683 BGB ist es auch ohne Belang, daß die Beklagte alsbald nach Übernahme des KMH es ablehnte, die Rechnungen für den Wartungs- und Versicherungsvertrag zu bezahlen. Damals war dieser Vertrag längst abgeschlossen.

C. Revision und Anschlußrevision erweisen sich sonach in vollem Umfang als unbegründet. Sie waren deshalb mit der Kostenfolge aus § 92 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Bundesrichter
Dr. Gelhaar ist
beurlaubt und kann
deshalb nicht unter-
schreiben.

Mormann

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann