

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 59/70

URTEIL

Verkündet am
5. Mai 1971
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der G [REDACTED] - T a n k b e t r i e b e GmbH
in W [REDACTED]-F [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED] vertreten durch
den Geschäftsführer, Kaufmann Erhard Go [REDACTED], da-
selbst,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Eheleute Theodor und Erika U [REDACTED] geb. T [REDACTED]
[REDACTED] in Ho [REDACTED], C [REDACTED] Straße [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Februar 1970 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger, Eheleute, verpachteten durch Vertrag vom 16. Dezember 1962 einen 800 qm großen Teil ihres Grundstücks in Ho[REDACTED] an die Beklagte zum Betriebe einer Tankstelle für die Dauer von 25 Jahren, beginnend am 1. Januar 1963. Der auf 300 DM festgesetzte monatliche Pachtzins war nach § 4 des Vertrages jeweils im voraus zu zahlen. In einer Zusatzvereinbarung vom 16. Dezember 1962 trafen die Parteien folgende Abrede:

"Dem Verpächter wird vom Pächter für den Eigenbedarf von Kraftstoffen ein Sonderpreis eingeräumt, der zur Zeit DM 0,05 unter dem Tankstellenverkaufspreis liegt. Dieser Nachlaß erfolgt durch Rückvergütung nach Vorlage der getankten Mengen durch das Hauptgeschäft in W[REDACTED]-E[REDACTED]."

Mit Brief vom 23. April 1965 weigerte sich die Beklagte, weiterhin einen Nachlaß von 0,05 DM zu gewähren. Die Kläger, die ein Transportunternehmen betreiben, stellten daraufhin zunächst den Bezug von Kraftstoffen bei der Beklagten ein. Ab 1966 tankten sie wieder bei der Beklagten, nahmen von den Treibstoffrechnungen aber Abzüge vor. Letzteres beanstandete die Beklagte mit Schreiben vom 1. August 1968. Der Versuch einer Einigung über den Preisnachlaß, bei dem die Beklagte 0,03 DM anbot, die Kläger aber auf 0,04 DM bestanden, blieb erfolglos.

Mit Rechtsanwaltschreiben vom 5. Dezember 1968 kündigten die Kläger den Pachtvertrag wegen Verweigerung des Preisnachlasses fristlos und verlangten Räumung zum 31. Dezember 1968. Weiter heißt es in diesem Schreiben:

"Die fristlose Kündigung wird auch darauf gestützt, daß Sie in der Vergangenheit ständig den Pachtzins unpünktlich gezahlt haben.

...

Es kommt hinzu, daß nach Information unserer Mandanten die Pacht für den Monat November bis heute noch nicht eingegangen ist; desgleichen nicht der Pachtzins für den Monat Dezember 1968.

Aus vorstehenden Gründen ist es unseren Mandanten nicht zuzumuten, das Pachtverhältnis mit Ihnen weiter fortzusetzen."

Die Beklagte wies mit Schreiben vom 18. Dezember 1968 die Kündigung zurück und führte u.a. aus:



"Die von Ihnen hilfsweise gegebene Begründung der Nichtzahlung des Pachtzinses schlägt gleichfalls nicht durch. Es hätte vielmehr eher an mir gelegen (den Kläger) wegen der Nichtzahlung der Kreditrechnungen in Anspruch zu nehmen. (Der Kläger) beruft sich ja darauf, daß er keinen Nachlaß erhält, zieht aber diesen Nachlaß ständig von den Kreditrechnungen ab. Ihre Mandanten nehmen also das Recht, was sie zu haben glauben, schon stets und ständig in Anspruch. Darüber hinaus haben sie für die letzten Monate, nämlich die Monate September und Oktober, derart geringe Beträge auf die Kreditrechnungen gezahlt, die von meiner Buchhaltung erst differenzmäßig noch aufgeklärt werden müssen. Eine Erklärung hierzu haben Ihre Mandanten bisher nicht gegeben. ...

Dementsprechend erkläre ich auch gegenüber der Pachtzinsforderung für die Monate November und Dezember vorsorglich die Aufrechnung mit den mir zustehenden Gegenforderungen.

Ich werde Ihren Mandanten in einigen Tagen eine genaue Abrechnung der von Ihnen gezahlten Beträge vorlegen, woraus sich auch die nicht gezahlten Beträge ergeben. ..."

Nach Einreichung der Klage bezifferte die Beklagte in einem Brief vom 27. Januar 1969, der den Klägern am 29. Januar 1969 zuging, den für die Monate November und Dezember 1968 sowie Januar und Februar 1969 rückständigen Pachtzins zuzüglich Mehrwertsteuer für diesen Zeitraum und für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Oktober 1968 auf 1 464,68 DM und überreichte einen Verrechnungsscheck über diese Summe. Sie errechnete ferner den Unterschiedsbetrag zwischen dem Tankstellenpreis

a) Die Fälligkeit des Pachtzinses war nach dem Kalender bestimmt. Bei Nichtzahlung trat Verzug demnach ein, ohne daß es einer Mahnung seitens der Kläger bedurfte: § 284 Abs. 2 BGB. Die Beklagte war deshalb am 5. Dezember 1968 mit der Entrichtung des Pachtzinses für zwei aufeinanderfolgende Termine in Verzug.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte, wie sie meint, gegen die Kläger einen Anspruch aus Kraftstofflieferungen hatte und demnach gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht mit der Wirkung hätte geltend machen können, daß ihr eigener Verzug ausgeschlossen wurde. Denn ein solches Zurückbehaltungsrecht hat sie jedenfalls bis zur Kündigung nicht geltend gemacht. Das Unterlassen der Leistung allein ist kein Geltendmachen der nach § 273 BGB etwa möglichen Einrede (vgl. Senatsurteil vom 25. November 1970 - VIII ZR 101/69 = WM 1971, 215, 216 = NJW 1971, 421 = BGHWarn 1970 Nr. 270; Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 273 Nr. 16). Das bloße Bestehen einer Zurückhaltungsmöglichkeit schließt den Leistungsverzug nicht aus (BGH aaO).

Anders wäre es, wenn die beiderseitigen Leistungsverpflichtungen auf einem gegenseitigen Vertrag beruhten (BGH Urteil vom 26. Oktober 1965 - V ZR 87/63 = NJW 1966, 200 = BGHWarn 1965 Nr. 211). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Anspruch der Kläger auf Zahlung des Pachtzinses beruht auf dem Pachtvertrag, der angebliche Anspruch der Beklagten dagegen

der von den Klägern 1968 bezogenen Kraftstoffe und den von ihnen geleisteten Zahlungen mit insgesamt 4 690,11 DM und forderte die Kläger zur Zahlung dieser Summe auf.

Die Kläger haben Verurteilung der Beklagten zur Räumung und Herausgabe des Tankstellengrundstücks sowie Zahlung von 900 DM nebst Zinsen, abzüglich der am 29. Januar 1969 gezahlten 900 DM begehrt.

Das Landgericht hat der Klage mit einer Einschränkung im Zinsanspruch stattgegeben. Die Berufung blieb erfolglos. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Kläger haben beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Räumungs- und Herausgabeklage

1. Das Berufungsgericht hält die fristlose Kündigung vom 5. Dezember 1968 nach §§ 554, 581 BGB für wirksam, weil die Beklagte mit zwei Pachtzinsraten, nämlich für die Monate November und Dezember 1968 in Verzug gewesen sei.

2. Dem ist beizutreten.

auf rechtlich davon unabhängigen Verträgen über die Lieferung von Kraftstoff.

c) Die Kündigung wäre unwirksam, wenn die Beklagte unverzüglich nach der Kündigung aufgerechnet hätte: § 554 Abs. 1 Satz 3 BGB.

aa) Das Berufungsgericht meint, die Aufrechnung sei nicht unverzüglich erfolgt. Das ist richtig. Wie das Schreiben der Beklagten vom 1. August 1968 ergibt, war ihr bereits damals bekannt, daß - jedenfalls nach ihrer Auffassung - die Kläger mit der Bezahlung des von ihnen bezogenen Treibstoffes seit längerer Zeit in Rückstand waren. Sie wußte also zur Zeit der Kündigung, daß die Kläger ihnen Zahlungen zumindest in Höhe des rückständigen Mietzinses schuldeten. Wenn das Berufungsgericht bei dieser Sachlage die erst rund zwei Wochen nach der Kündigung erklärte Aufrechnung als nicht mehr unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgt beurteilte, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Die Verzögerung kann nicht damit entschuldigt werden, die Beklagte habe zunächst aus ihren Unterlagen die Höhe ihrer Forderungen feststellen müssen; denn in dem Schreiben vom 18. Dezember 1968 ist eine Bezifferung ihrer Gegenansprüche nicht erfolgt.

bb) Davon abgesehen hat die Beklagte in diesem Brief eine genaue Berechnung ihrer angeblichen Forderung angekündigt. Diese Berechnung ist mit Schreiben vom 27. Januar 1969 erfolgt. Die Beklagte hat diesem Schreiben aber einen Scheck über die rück-

ständigen Pachtzahlungen, und zwar auch für diejenigen der Monate November und Dezember 1968 beigelegt. Sie hat weder erklärt, daß die Zahlung lediglich vorsorglich noch daß sie nur unter Vorbehalt erfolge. Daraus ergibt sich, daß sie ihre Schuld nicht als durch Aufrechnung erloschen ansah, die Tilgung vielmehr erst durch Zahlung vornehmen wollte. Das Schreiben vom 18. Dezember 1968 war demnach lediglich die Ankündigung einer beabsichtigten Aufrechnung, von der, wie der Brief vom 27. Januar 1969 zeigt, die Beklagte dann aber Abstand genommen hat.

d) Den Klägern war es auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, wegen des Zahlungsverzugs der Beklagten zu kündigen.

aa) Zwar tragen sie selbst vor, die Beklagte habe den Pachtzins niemals pünktlich gezahlt. Nach ständiger Rechtsprechung, auch des erkennenden Senats, kann ein Vermieter oder Verpächter wegen Zahlungsverzugs des Mieters oder Pächters nicht fristlos kündigen, wenn er dauernde Zahlungsunpünktlichkeit längere Zeit widerspruchslos hingenommen hat. Er muß in einem solchen Falle den Mieter oder Pächter vielmehr zuvor abmahnen. Letzteres ist aber hier geschehen. In dem Schreiben vom 3. Oktober 1968 haben die Kläger unmißverständlich zu verstehen gegeben, daß sie jedenfalls in Zukunft pünktliche Zahlungen erwarteten.

bb) Es kann dahinstehen, ob wegen des wirtschaftlichen Zusammenhangs des Pachtvertrages mit den Kraftstofflieferverträgen möglicherweise eine Verletzung der letzteren durch die Kläger wegen nicht vollständiger Bezahlung des Kaufpreises auch eine Verletzung des Pachtvertrages sein könnte. Das schloß eine Kündigung nach § 242 BGB nämlich nicht aus.

Die Frage, ob die Kläger den ihnen berechneten Tankstellenpreis kürzen durften und gegebenenfalls um welchen Betrag, war nach der Regelung der Nachtragsvereinbarung zweifelhaft. Für die Kläger sprach immerhin der Wortlaut dieser Vereinbarung und die Tatsache, daß die Beklagte seit 1966 zwei Jahre lang die von den Klägern an den Kraftstoffrechnungen vorgenommenen Kürzungen unbeanstandet hingenommen hatte. Mag auch die Nachtragsvereinbarung möglicherweise dahin auszulegen sein, daß die Beklagte nicht zu mehr verpflichtet war, als den Kraftstoff zum Selbstkostenpreis abzugeben, so konnten die Kläger sich jedenfalls auf den Standpunkt stellen, bis zur substantiierten Darlegung, daß ein Verkauf mit einem Nachlaß von 0,05 DM je 1 Kraftstoff nicht einmal die Kosten der Beklagten gedeckt hätte, habe es bei dem schriftlich Vereinbarten sein Bewenden. Überdies war die Beklagte, wenn sie die Abzüge an den Treibstoffrechnungen für unberechtigt hielt, durchaus nicht schutzlos. Sie brauchte sich auf Lieferungen auf Kredit nicht mehr einzulassen, sondern konnte von den Klägern Barzahlung an der Tankstelle verlangen. Auf einen

Vorwegabzug des ihnen vermeintlich zustehenden Rabattes hatten die Kläger nach dem klaren Wortlaut der Vereinbarung vom 16. Dezember 1968 ohnehin keinen Anspruch, wenn auch die Beklagte gegen diese Handhabung seitens der Kläger bis dahin keinen Einspruch erhoben hatte.

Bei dieser Sach- und Rechtslage konnten die Kläger verlangen, daß unbeschadet des Ausgangs des Streites über die Höhe des Kraftstoffpreises der ohnehin niedrige Pachtzins laufend weiter gezahlt wurde. Dieses Verlangen haben sie auch ausdrücklich gestellt. Kam die Beklagte dem nicht nach, so verstieß es nicht gegen § 242 BGB, wenn die Kläger von ihrem gesetzlichen Kündigungsrecht nach § 554 BGB Gebrauch machten.

3. Der Räumungs- und Herausgabeklage ist sonach mit Recht stattgegeben worden.

II. Das gilt auch für die Zahlungsklage.

1. Zu Unrecht beanstandet die Revision, die Beklagte sei zur Zahlung von 900 DM verurteilt worden, obwohl sie entweder wirksam aufgerechnet oder gezahlt habe.

Ihr ist zwar zuzugeben, daß nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ein uneingeschränkter Zahlungsantrag gestellt und die Beklagte vom Landgericht dementsprechend verurteilt worden ist.

In Wirklichkeit haben die Kläger nach Eingang des Schecks über 1 464,48 DM ihren Zahlungsantrag nur noch hinsichtlich der geltend gemachten Zinsen aufrechterhalten. Dem entspricht auch die Verurteilung durch das Landgericht, wie sich aus Absatz 2 der Urteilsformel ergibt.

2. Diese Verurteilung ist auch zu Recht erfolgt. Der Zinsanspruch wäre nur dann unbegründet, wenn die Beklagte mit der Folge rückwirkender Tilgung der Pachtzinsforderung (§ 389 BGB) wirksam aufgerechnet hätte.

Unter Nr. I 2 c bb wurde aber bereits ausgeführt, daß die Beklagte gegenüber der Pachtzinsforderungen für November und Dezember 1968 nicht aufgerechnet, sondern eine Aufrechnung nur angekündigt, dann aber durch Übersendung eines Schecks am 29. Januar 1969 ihre Schuld beglichen hat. Wegen ihres bis dahin bestehenden Verzugs hat sie den Klägern die vom Landgericht zugesprochenen Zinsen zu zahlen.

3. Die Revision erweist sich demnach auch hinsichtlich des Zahlungsanspruchs als unbegründet.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Dr. Mezger Mormann

Braxmaier Dr. Hiddemann