

BUNDESGERICHTSHOF 2088 036

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 61/65

URTEIL

Verkündet am

12. Juni 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Gastwirtin Anneliese S [REDACTED] in V [REDACTED]
[REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die B [REDACTED] Aktiengesellschaft N [REDACTED] in N [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die Vorstands-
mitglieder W. F [REDACTED] und Dr. S [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 18. Dezember 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Brauerei verpachtete mit Vertrag vom 27. Oktober 1958 eine Gaststätte in V [REDACTED], die sie selbst gepachtet hatte, an die Beklagte für die Zeit vom 15. November 1958 bis 30. September 1968 weiter. Der monatliche Pachtzins beträgt 650 DM. Nach § 2 des Vertrages ist der Pachtzins jeweils bis zum 5. eines Monats für den laufenden Monat pünktlich zu bezahlen. Aufrechnung gegen den Pachtzins ist ausgeschlossen. In § 1 des Vertrages verpflichtet sich die Beklagte, an die Klägerin für Aufwendungen im Zuge der Renovierung 8 000 DM zu zahlen. Als Gegenleistung soll das gesamte bewegliche neu eingebrachte Mobiliar, soweit es nicht Gegenstand des Pachtobjekts ist, in das Eigentum der Beklagten übergehen. In § 4 ist bestimmt, daß Nichtbezah-

lung des Pachtzinses zur festgesetzten Zeit dem Verpächter das Recht einräumt, fristlos und mit sofortiger Wirksamkeit das Pachtverhältnis zu kündigen.

Die Beklagte konnte infolge Verzögerung der Umbauarbeiten die Gaststätte im Erdgeschoß erst am 20. Dezember 1958 eröffnen. Die Hotelzimmer im ersten und zweiten Obergeschoß waren erst am 15. Februar 1959 benutzbar, nachdem die Beklagte, um weitere Verzögerungen zu vermeiden, die Ausbesserungsarbeiten selbst hatte ausführen lassen.

Die Beklagte zahlte bis einschließlich Februar 1961 die vereinbarten Pachtzinsen. Mit Schreiben vom 13. Februar 1961 kündigte die Klägerin das Pachtverhältnis fristlos, weil die Beklagte die Gastwirtschaft nicht vertragsgemäß führe. Mit Schreiben vom 8. März 1961 machte die Beklagte eine "Gegenforderung" geltend. Wegen dieser Gegenansprüche leistete die Beklagte in der Folgezeit keine Pachtzahlungen mehr. Nachdem Vergleichsverhandlungen eingeleitet waren, erklärte ein von der Beklagten beauftragter Rechtsanwalt mit Schreiben vom 19. Juni 1962:

"...jedoch möchte ich auch weiterhin an dem Versuche einer gütlichen Regelung mitwirken, soweit dies in meinen Kräften steht. Meine Mandantin hat mir mitgeteilt, daß nach ihrer Berechnung ihre Gegenforderung nunmehr mit der einbehaltenen Pacht ausgeglichen ist, so daß sie ab 1. Juli 1962 wieder den vollen Pachtzins zahlen wird. ...

Ich darf schließlich noch darum bitten, daß Sie in geeigneter Weise für die Durchführung



der von dem Eigentümer übernommenen Dachinstandsetzung und der Beseitigung der Wasserschäden Sorge tragen. ..."

Die Beklagte nahm die Pachtzinszahlungen wieder auf, stellte sie aber am 1. November 1962 erneut ein, weil sie entgegen einer angeblichen Zusicherung des Vertreters der Klägerin vom Oktober 1962 nicht anderes Mobiliar erhalten habe. Bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsrechtszuges leistete die Beklagte keine Zahlungen mehr.

Mit der Klage verlangt die Klägerin Herausgabe der Pachträume. Im Schriftsatz vom 2. Mai 1963 sprach sie die fristlose Kündigung nochmals aus und stützte sie primär auf Zahlungsrückstände für die Zeit ab November 1962.

Die Beklagte macht gegenüber den seit November 1962 fälligen Pachtzinsforderungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend und meint, sie sei deshalb nicht mit Pachtzinszahlungen in Verzug gekommen. Mit der Widerklage verlangt sie die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 24 426,65 DM. Ihre Forderung setzt sich wie folgt zusammen:

Schadensersatz wegen Verzögerung
in der Eröffnung des Gastwirtschafts-
betriebes

6 378,06 DM

Auslagen für die Fertigstellung der
Obergeschosse

7 360,89 DM

Entgangener Gewinn wegen Wasserschäden in der Zeit vom 1. Mai 1959 bis 15. Oktober 1962	18 858,-- DM
Aufwendungen zur Schadensbeseitigung	712,20 DM
Rückforderung der aufgrund des Miet- vertrages gezahlten	<u>8 000,-- DM</u>
	41 309,15 DM
abzüglich Wert der von der Klägerin gestellten Stühle	1 292,50 DM
abzüglich einbehaltene Pacht, 24 x 650 DM	<u>15 600,-- DM</u>
	24 416,65 DM.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte zur Räumung der Gaststätte verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

I. Das Berufungsgericht hält die fristlose Kündigung, die die Klägerin im Schriftsatz vom 2. Mai 1963 wiederholt hat, für begründet. Sie sei, so meint das Berufungsgericht, gerechtfertigt, weil die Beklagte ab November 1962 den Pachtzins nicht mehr gezahlt hat. Die

Beklagte befinde sich mit der Entrichtung des Pachtzinses im Verzuge. Ob ihr Gegenforderungen zuständen, könne dahingestellt bleiben. Die Ausübung des "Zurückbehaltungsrechtes" an den Pachtzinszahlungen bedeute in Wahrheit eine Aufrechnungserklärung, die Aufrechnung sei aber nach § 2 des Pachtvertrages ausgeschlossen. Das Aufrechnungsverbot sei weder sittenwidrig und deshalb nichtig, noch stelle die Berufung auf das Verbot eine unzulässige Rechtsausübung dar.

II. Gegen diese Ausführungen wendet die Revision sich vergebens.

1. Die Revision entgegnet in erster Linie, die Beklagte habe nicht aufgerechnet, sondern ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Es habe ihr zugestanden, weil die Klägerin die ihr obliegende Pflicht zur Überlassung der Pachträume in einem zu dem Vertragszwecke geeigneten Zustande nicht nachgekommen sei. Die Beklagte habe daher nach § 320 BGB mit der Pachtzinszahlung zurückhalten können.

a) Die in Rechtsprechung und Schrifttum nicht unstrittige Frage, ob und wieweit dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB zusteht, wenn der Vermieter die Mietsache nicht in vertragsmäßigem Zustande übergeben hat (vgl. RG JW 1906, 333; Roquette, Mietrecht 1966 Rdnr. 6 vor §§ 537 - 542), bedarf hier keiner Entscheidung. Die Vorschrift des § 320 BGB findet im vorliegenden Fall schon deshalb keine Anwendung, weil es sich bei den Ansprüchen der Beklagten,

wegen deren sie die Pachtzinszahlungen ab 1. November 1962 zurückhalten will, nicht um den Anspruch auf vertragsmäßige Überlassung der Pachträume handelt. Nach ihrem eigenen Vorbringen waren der Beklagten schon vor dem 1. November 1962 die Räume zur Verfügung gestellt worden. Sie hatte auch vorhandene Mängel entweder selbst behoben oder sie waren anderweit behoben worden. Das ergibt sich einwandfrei aus der ihrer Widerklage zugrunde liegenden Aufstellung. Soweit die Beklagte schließlich Rückzahlung von 8 000 DM verlangt, begründet sie ihren Anspruch damit, daß sie den gezahlten Betrag erstattet verlangen könne, weil die Klägerin angeblich versprochenes Mobiliar nicht geliefert habe. Die Beklagte übt nicht ein "Zurückbehaltungsrecht" aus, um von der Klägerin Überlassung von Pachträumen zu erlangen, sondern um zu erreichen, daß die Klägerin ihr Zug um Zug gegen Zahlung der rückständigen Pachtzinsen den als Schadensersatz beanspruchten Betrag von 24 416,65 DM zahlt. Zur Begründung dafür, daß die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer vermeintlichen Geldforderung geltend macht, hätte sich das Berufungsgericht nicht nur auf den eigenen Vortrag der Beklagten, wonach das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht zur Folge habe, daß Mietrückstände nicht vorhanden seien, sondern auch auf die eigene Berechnung der Beklagten stützen können. In ihr zieht die Beklagte von der errechneten Gesamtforderung von 41 309,15 DM u.a. die einbehaltenen Pachtzinsen im Betrage von 15 600 DM ab, worauf es unter Abzug weiterer 1 292,50 DM zu der mit der Widerklage geltend gemachten Forderung von 24 416,65 DM (irrig 24 426,65 DM) gelangt.

b) Ob, wie das Berufungsgericht meint, bei beiderseits fälligen Geldforderungen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts schlechthin die Erklärung der Aufrechnung bedeutet, braucht nicht entschieden zu werden. Denn das vertragliche Aufrechnungsverbot schließt jedenfalls dann ein Zurückbehaltungsrecht aus, wenn die Zurückbehaltung zu demselben Erfolg wie die Aufrechnung führen würde. Ist die Abrede über den Aufrechnungsausschluß wirksam getroffen, ist auch die Ausübung des "Zurückbehaltungsrechts" wegen einer Gegenforderung ausgeschlossen.

2. a) Die Revision glaubt weiter, der Ausschluß der Aufrechnung verstoße gegen Treu und Glauben.

Das Berufungsgericht hat entgegen der Meinung der Revision nicht verkannt, daß nach dem von der Revision angeführten Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17. Februar 1956 (I ZR 101/54 - IM BGB § 387 Nr. 20 = WM 1956, 563) die Berufung auf einen Aufrechnungsausschluß als mißbräuchliche Rechtsausübung unbeachtlich sein kann, wenn es nach den besonderen Umständen des Einzelfalles mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, daß der Gläubiger eine Aufrechnung nicht zulassen will. Ob der Sachverhalt jenes Urteils (Aufrechnungsausschluß nach Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken; Kreditforderung der Bank und zur Aufrechnung gestellte Forderung des Bankkunden aus dem Kreditsicherungsverhältnis) überhaupt mit dem vorliegenden vergleichbar ist, bedarf keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat als möglich angenommen, daß hier Pachtzinsansprüche

und Schadensersatzansprüche aus Verletzung der Verpflichtung des Verpächters zur ungeschmälerten Überlassung des Pachtgegenstandes einem einheitlichen, gegenseitige Pflichten erzeugenden Rechtsverhältnis entspringen. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe in dieser Hinsicht den Sachverhalt nicht erschöpfend behandelt, gehen die Angriffe ins Leere.

Das Berufungsgericht hat aber aus mehreren Umständen für den vorliegenden Fall ohne Rechtsirrtum gefolgert, es sei mit Treu und Glauben vereinbar, wenn die Klägerin die Aufrechnung nicht zulassen wolle. So führt es aus, daß die Beklagte trotz der von ihr behaupteten Schäden wegen Verzögerung und Mängel der Instandsetzungsarbeiten sowie Unbenutzbarkeit der Hotelzimmer und trotz ihrer angeblichen Rückerstattungsforderung den Pachtzins bis zu der mit Schreiben vom 13. Februar 1961 ausgesprochenen Kündigung der Klägerin geleistet habe, ohne Gegenansprüche geltend zu machen, geschweige denn gegen die Pachtsumme aufzurechnen. Das Berufungsgericht berücksichtigt ferner, daß die Beklagte mit Schreiben ihres Anwalts vom 19. Juni 1962 der Klägerin mitteilte, nach ihrer Berechnung sei ihre Gegenforderung nunmehr mit der einbehaltenen Pacht ausgeglichen, so daß sie ab 1. Juli 1962 wieder den vollen Pachtzins zahlen werde. Die Klägerin habe danach annehmen und darauf vertrauen dürfen, die Beklagte werde nicht mehr mit Gegenforderungen, auch soweit diese in dem Schreiben vom 8. März 1961 geltend gemacht worden waren, gegen die Pachtschuld aufrechnen. In diesem Zusammenhang fällt auch die Erwägung des Berufungsgerichts ins Gewicht, die Klägerin habe ein

verständliches Interesse an dem Aufrechnungsverbot gehabt, weil sie gehalten war, ihrerseits Pachtzins an den Eigentümer des Pachtgrundstückes zu entrichten. Wenn das Berufungsgericht das Vertrauen der Klägerin, daß die Beklagte nicht aufrechnen werde, berücksichtigt, so ist das entgegen der Meinung der Revision nicht fehlsam. So hat der erkennende Senat es gebilligt, daß ein Berufungsgericht bei Abwägung der gesamten Umstände des Falles ein vertragliches Aufrechnungsverbot unter anderem mit der Begründung zugelassen hat, der Schuldner habe den Gläubiger mit einer Zahlungsverweigerung überrascht, mit der er nach Lage der Sache nicht zu rechnen brauchte (Urteil vom 9. Mai 1966 - VIII ZR 8/64 - NJW 1966, 1452). Wenn im übrigen die Revision glaubt, das Berufungsgericht sei der Auffassung, die Beklagte habe auf ihre Gegenforderungen verzichtet oder habe sie verwirkt, so irrt sie. Das Berufungsgericht führt nur aus, die Klägerin habe annehmen dürfen, daß die Beklagte nicht aufrechnen werde, das heißt also: ihre Gegenforderungen nicht im Wege der Aufrechnung, sondern mittels Klage verfolgen werde.

b) Fehl geht auch, wenn die Revision die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbotes daraus herleiten will, daß die Beklagte gehindert gewesen sei, den laufenden Pachtzins zu zahlen, weil sie durch Verschulden der Klägerin die Wirtschaft und das Hotel nicht zum vereinbarten Zeitpunkt habe eröffnen können. Die Eröffnung hat unstreitig am 15. Februar 1959 stattgefunden. Die fristlose Kündigung wird auf die Pachtrückstände seit 1. November 1962 gestützt. Daß die Beklagte wegen schuldhafter Vertrags-

verletzung der Klägerin zur Zahlung der seit 1. November 1962 fälligen Pachtzinsraten nicht instande gewesen sei, hat sie selbst nicht vorgetragen.

c) Zu Unrecht beruft die Beklagte sich schließlich auf Rechtsirrtum. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, die Beklagte trage gegenüber dem eindeutigen Wortlaut des Vertrages die Gefahr, daß ihre Rechtsansicht nicht richtig sei.

III. Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber