

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 70/74

URTEIL

Verkündet am

28. Mai 1975

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Fritz H., G., R. Weg,
2. Ha. Ursula, M., F. Weg,
3. Ha. Wilhelm, M., F. Weg,

Beklagte, Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

Streithelfer

1. Sch. Michael, E. Nr. 18,
2. Sch. Barbara, E. Nr. 18,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

gegen

Hi. Hans, A., G. Weg,

Kläger, Widerbeklagter und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5. November 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 19. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger pachtete durch Vertrag vom 1. Oktober 1968 von den Eheleuten Sch[REDACTED] auf die Dauer von 6 Jahren das in deren Anwesen in Mü[REDACTED], D[REDACTED]straße [REDACTED] befindliche "Cafe B[REDACTED]" zusammen mit je einer Wohnung im ersten Obergeschoß und im Dachgeschoß. Der Pachtzins betrug monatlich 1.000,-- DM. Der Pachtvertrag enthielt folgende hier interessierenden Bestimmungen:

- 3 -

"9. Untervermietung

Die Untervermietung ist dem Pächter erlaubt.

10. Heizung und Elektrizitätskosten

Sämtliche Heizkörper sind mit Wärmemesser versehen. Die Abrechnung geschieht jährlich.

Der Pächter trägt auch die Stromkosten der Heizung des Treppenaufganges. Dafür wird der lange, nur während der Winterzeit installierte Heizkörper vor der Gartentür im Cafe nicht mit einem Meßgerät versehen.

11. Außerordentliche Kündigung

Der Verpächter ist berechtigt, von dem außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, wenn:

- a) der Pächter trotz vorheriger Anmahnung eine der gegenwärtigen vertraglichen Pflichten verletzt
- b)
- c) wenn der Pächter mit dem Pachtzins länger als einen Monat im Rückstand ist.

14. Verschiedenes

Der Verpächter räumt dem Pächter ein grundbuchmäßig eingetragenes Vorverkaufsrecht ein".

Mit Vertrag vom 25. Mai 1970 verpachtete der Kläger das Cafe an die Beklagten weiter. Dabei verpflichteten sich die Beklagten, eine "Ablösung" von 60.000,-- DM und eine Kautions von 5.000,--DM zu leisten. Die Kautions und 25.000,-- DM der Ablösungssumme zahlten sie bei Vertragsschluß. Der restliche Betrag von 35.000,-- DM war in monatlichen Raten von 500,-- DM, beginnend am 1. Juli 1970 zu zahlen. Hierüber unterzeichneten die Beklagten einen Schuldschein, in welchem der Betrag von 35.000,-- DM als Darlehen bezeichnet und wonach die Gesamtsumme sofort zur Zahlung fällig ist, falls Verzug mit zwei aufeinanderfolgenden Raten eintritt.



Die vom Kläger von der Unterverpachtung unterrichteten Eheleute Sch[REDACTED] ließen durch Rechtsanwaltsschreiben vom 3. Juni 1970 den Beklagten mitteilen, daß der Pachtvertrag vom 1. Oktober 1968 (im Folgenden: Hauptpachtvertrag) durch außerordentliche Kündigung aufgelöst und damit auch das Unterpachtverhältnis erloschen sei. Gleichzeitig wurden die Beklagten unter Klagandrohung aufgefordert, das Pachtobjekt bis spätestens 15. Juni 1970 zu räumen. Das diesem Brief in Abschrift beigelegte, an den Kläger gerichtete Kündigungsschreiben vom 3. Juni 1970 hat folgenden Wortlaut:

"In oben genannter Sache verweise ich auf die in meinem Schreiben vom 19.3.1970 gegebene Sachdarstellung.

Trotz Abmahnung wurde der Mietrückstand von DM 1.851,64 von den Eheleuten Hi[REDACTED] nicht bezahlt.

Zwischenzeitlich habe ich durch meinen Mandanten erfahren, daß die Eheleute Hi[REDACTED] am 26.5. 1970 das Cafe und die Wohnung geräumt haben. Ohne Wissen und gegen den Willen meines Mandanten haben sie die Räume einem Herrn F[REDACTED] und einem Ehepaar Ha[REDACTED] überlassen. Aufgrund dieses eigenmächtigen Verhaltens der Eheleute Hi[REDACTED] kündige ich hiermit das Vertragsverhältnis fristlos.

Mit gleicher Post werden die neuen "Untermieter" aufgefordert, die Wohnung unverzüglich zu räumen."

Mit Schreiben vom 5. Juni 1970 traten die Beklagten daraufhin vom Vertrag vom 25. Mai 1970 (im Folgenden: Unterpachtvertrag) zurück und räumten sofort das Pachtobjekt.

Mit der Klage verlangt der Kläger 35.000,-- DM nebst Zinsen. Die Beklagten haben Widerklage mit dem Antrag erhoben, den Kläger zur Zahlung von 34.716,03 DM, ebenfalls nebst Zinsen, zu verurteilen. Sie halten die Klageforderung wegen Rücktritts bzw. Kündigung des Unterpachtvertrages für erloschen. Die Widerklageforderung setzt sich aus den von ihnen geleisteten 30.000,-- DM und den ihnen durch die Eröffnung des Cafes und den zweimaligen Umzug angeblich entstandenen Kosten zusammen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihre Anträge aus den Vorinstanzen weiter. Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

A) Das Berufungsgericht nimmt an, der Unterpachtvertrag sei weder durch Kündigung noch durch Anfechtung der Beklagten beseitigt worden. Die in diesem Vertrag vereinbarten Leistungspflichten der Beklagten seien deshalb bestehen geblieben, so daß die Klage begründet und die Widerklage - mangels eines Rückzahlungs- und Ersatzanspruchs der Beklagten - unbegründet sei.

I.

Das Berufungsgericht sieht Gründe für eine Anfechtung des Unterpachtvertrages wegen arglistiger Täuschung nicht als gegeben an. Insbesondere sei nicht erwiesen, daß der Kläger bei den Vertragsverhandlungen die Beklagten durch

die Angabe falscher Umsatzzahlen arglistig getäuscht habe.

Diese auf tatsächlichen Feststellungen beruhende Auffassung, gegen die auch die Revision nichts vorbringt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II.

Die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 5. Juni 1970 wertet das Berufungsgericht, offensichtlich im Hinblick darauf, daß der Unterpachtvertrag bereits in Vollzug gesetzt war, als Kündigung.

Auch diese Beurteilung ist rechtlich bedenkenfrei (vgl. BGHZ 50, 312). Die Revision erhebt insoweit gleichfalls keine Einwendungen.

III.

Die Kündigung sei - so das Berufungsgericht - nicht deshalb begründet, weil der Hauptpachtvertrag gemäß §§ 313, 125 BGB nichtig und der Kläger schon deshalb zur Weiterverpachtung nicht berechtigt gewesen sei. Zwar habe die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts in Nr. 14 des Pachtvertrages der notariellen Beurkundung bedurft. Den Umständen nach sei aber anzunehmen, daß die Vertragsparteien, nämlich der Kläger und die Eheleute Sch., den Hauptpachtvertrag auch ohne das Vorkaufsrecht abgeschlossen hätten (§ 139 BGB).

Gegen diese auf tatrichterlichen Erwägungen beruhende Würdigung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

IV.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Hauptpachtvertrag sei von den Eheleuten Sch[REDACTED] nicht wirksam gekündigt worden. Da das Hauptpachtverhältnis demnach nicht erloschen sei, hätten auch die Beklagten keinen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Unterpachtvertrages gehabt.

Diese Ausführungen sind, wie der Revision zuzugeben ist, rechtlich nicht bedenkenfrei.

1. Wird ein Hauptpachtvertrag wirksam gekündigt, so stehen dem Verpächter gegen einen etwaigen Unterpächter nach §§ 581 Abs. 2, 556 Abs. 3 BGB und nach § 985 BGB Herausgabeansprüche zu. Beides sind Rechte Dritter im Sinne des § 541 BGB. Wird der Herausgabeanspruch, wie hier, geltend gemacht, so wird dem Unterpächter damit der vertragsmäßige Gebrauch entzogen (vgl. dazu das Senatsurteil BGHZ 63, 132, 137 f). Der Unterpächter hat dann nicht nur die Rechte aus §§ 537, 538 BGB (vgl. § 541 BGB), sondern auch das Recht zur fristlosen Kündigung nach § 542 BGB; denn diese Vorschrift gilt auch für die durch einen Rechtsmangel bewirkte Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs.

2. Das Hauptpachtverhältnis endete allerdings nicht durch die von den Eheleuten Scheitz ausgesprochene Kündigung, soweit diese auf ein angebliches Verbot der Unterverpachtung gestützt war. Denn die Unterverpachtung war laut Nr. 9 des Hauptpachtvertrages ausdrücklich gestattet.

Ein Grund zur außerordentlichen Kündigung lag insoweit nicht vor.

3. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Eheleute Sch[REDACTED] hätten auch nicht wegen angeblicher Zahlungsrückstände des Klägers wirksam kündigen können. Dabei unterstellt es, daß der Kläger sich mit Heizkosten und Wassergeld in Höhe von 1.851,64 DM in Rückstand befand. Auch wenn man davon absehe, so meint das Berufungsgericht, daß die Kündigung im Schreiben vom 3. Juni 1970 hierauf nicht gestützt worden sei, so sei diese Kündigung schon deshalb nicht wirksam, weil es sich nicht um einen Rückstand von Pachtzins gehandelt habe. Es könne darher dahingestellt bleiben, ob der Kläger ohne Aufschlüsselung des genannten Betrages überhaupt zur Zahlung verpflichtet gewesen sei.

a) Bei der Würdigung des Kündigungsschreibens vom 3. Juni 1970 hat das Berufungsgericht § 133 BGB verletzt, indem es, ohne den wirklichen Willen zu erforschen, allein vom buchstäblichen Sinn des Ausdrucks ausgegangen ist. Insbesondere läßt seine Auslegung ein Eingehen auf den vorangegangenen, sich etwa über 1 Jahr hinziehenden Schriftwechsel des Klägers mit den Eheleuten Sch[REDACTED] vermissen. Diese hatten bereits durch Rechtsanwaltsschreiben vom 10. April 1969 wegen Pachtzinsrückständen von 86,23 DM für März 1969 und von 125,66 DM für April 1969, also wegen verhältnismäßig geringfügiger Beträge den Vertrag fristlos gekündigt und diese Kündigung in den Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 24. April 1969 und vom 14. Oktober 1969 ausdrücklich aufrechterhalten. In einem weiteren Rechtsanwaltsschreiben vom 19. März 1970 wurden unter Anrechnung vom Kläger bezahlter 1.200,-- DM die mit 1.851,64 DM

bezifferten Heiz- und Wasserkosten für die Heizperiode 1968/69 angemahnt und darauf hingewiesen, daß auf die Kosten für die Heizperiode 1969/70 überhaupt noch nichts bezahlt worden sei.

Wenn unter diesen Umständen im Kündigungsschreiben vom 3. Juni 1970 unter Hinweis auf die "Abmahnung" vom 19. März 1970 der dort als rückständig genannte Betrag erneut aufgeführt wurde, so kann das in Anwendung der Auslegungsvorschrift des § 133 BGB nicht anders verstanden werden, als daß die außerordentliche Kündigung auch auf den Verzug mit dieser Leistung gestützt werden sollte. Das muß umsomehr gelten, weil zur Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung, wie der erkennende Senat schon früher ausgesprochen hat, die Angabe des Kündigungsgrundes noch nicht einmal erforderlich ist, vielmehr dessen bloßes Bestehen zur Wirksamkeit der Kündigung ausreicht (Urteil vom 3. Februar 1959 - VIII ZR 91/58 = WM 1959, 538, 542; vgl. auch BGHZ 27, 220, 225). Das folgt im übrigen auch aus der Neufassung des § 564 a Abs. 1 S. 2 BGB, der als Ausnahme von den sonstigen Kündigungsvorschriften (vgl. dazu etwa §§ 542, 553, 554 a BGB) die Bekanntgabe des Kündigungsgrundes anordnet, aber selbst in diesem Falle, wie sich aus der Ausgestaltung als Sollvorschrift ergibt, die Wirksamkeit der Kündigung nicht von der Mitteilung des Kündigungsgrundes abhängig macht.

b) Ob ein Rückstand mit Heiz- und Wasserkosten nicht die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung wegen Pachtzinsrückstandes gemäß Nr. 11 c des Hauptpachtvertrages erfüllt, wie das Berufungsgericht meint, kann zweifelhaft sein. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß zur Gewäh-

rung des Miet- oder Pachtgebrauchs jedenfalls im modernen Wohnungsbau gehört, daß Wasser und insbesondere Wärme für Heizung und Warmwasser vom Vermieter zur Verfügung gestellt werden. Es spricht deshalb vieles dafür, das Entgelt hierfür, auch wenn es nur nach dem Prinzip der reinen Kostendeckung erhoben wird, als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung und damit als Teil des Miet- bzw. Pachtzinses anzusehen. Da es sich vor allem bei den Heizkosten häufig um erhebliche Beträge handeln kann, ist es auch rechtspolitisch nicht bedeutungslos, ob derartige Verbindlichkeiten des Mieters dem Miet- oder Pachtzins zuzurechnen sind und damit unter die Kündigungsvorschrift des § 554 BGB, gegebenenfalls unter eine ihr entsprechende vertragliche Kündigungsklausel fallen.

Eine abschließende Beantwortung dieser Frage ist allerdings im vorliegenden Falle nicht erforderlich. Unbestritten war der Kläger verpflichtet, Heiz- und Wasserkosten zu bezahlen. Diese Verpflichtung folgt aus Nr. 10 des Hauptpachtvertrages. Nach Nr. 11 a dieses Vertrages waren die Verpächter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Pächter trotz vorheriger "Anmahnung" seine Vertragspflichten verletzte. Es kann dahinstehen, ob jeder unerhebliche Vertragsverstoß des Pächters den Verpächtern ein Kündigungsrecht nach dieser Klausel gab. Ein mehrmonatiger Zahlungsverzug mit Heiz- und Wasserkosten in Höhe von annähernd zwei Monats-Pachtzinsbeträgen reicht indessen zur Begründung des Kündigungsrechts auf jeden Fall aus.

4. Das Berufungsgericht hätte deshalb nicht offen lassen dürfen, ob die von den Verpächtern geltend gemachte und jedenfalls vor der Kündigung nicht bestrittene Forderung von 1.851,64 DM zu Recht bestand und ob sie mit

Schreiben vom 19. März 1970 ungeachtet der nicht erfolgten Aufschlüsselung wirksam im Sinne von Nr. 11 a des Hauptpachtvertrages angemahnt worden ist. Sollte nach erneuter Prüfung festzustellen sein, daß die Eheleute Sch[REDACTED] den Hauptpachtvertrag wirksam gekündigt haben, so war die Kündigung der Beklagten vom 5. Juni 1970 gleichfalls wirksam: § 542 BGB. Der dort vorgeschriebenen Fristsetzung (§ 542 Abs. 1 S. 2 BGB) bedurfte es nicht, weil das Hauptpachtverhältnis endgültig aufgelöst und der Kläger deshalb zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches nicht in der Lage war. Den Beklagten konnte nicht angesonnen werden, abzuwarten, ob es dem Kläger gelingen werde, einen neuen Hauptpachtvertrag abzuschließen und ihnen auf dieser neuen Rechtsgrundlage wirksam den vertraglichen Gebrauch des Pachtobjekts zu ermöglichen (§ 542 Abs. 1 S. 3 BGB).

5. Für die geltend gemachten Klagansprüche ergäbe sich daraus, daß der Rechtsgrund für den Anspruch auf Zahlung der restlichen Ablössungssumme entfallen wäre (§ 812 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz BGB), und zwar gleichgültig, ob dieser Betrag als kapitalisierter Pachtzins für die Überlassung des in den Pachträumen betriebenen Geschäfts einschließlich Inventar zu sehen ist oder als Kaufpreis für das Unternehmen nebst Inventar. Im letzteren Falle - was vorliegt, vermag der Senat ohne Kenntnis des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages nicht zu beurteilen - führte wegen des engen Zusammenhanges von Pachtvertrag und Kaufvertrag die Kündigung auch zur Auflösung des Kaufvertrages (vgl. Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl. Vor § 535 Nr. 31 a.E.).

V.

Andererseits wäre unter den in IV 3 und 4 dargelegten Voraussetzungen die Widerklage zumindest teilweise begründet.

1. Die Kautions könnte allerdings nur dann und insoweit zurückverlangt werden, als Ansprüche des Klägers aus dem Unterpachtverhältnis nicht mehr bestehen (Senatsurteil vom 8. März 1972 - VIII ZR 183/70 = NJW 1972, 721 = WM 1972, 776).

2. Hinsichtlich der geleisteten Ablösung von 25.000,-- DM bräuchte nicht auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgegriffen werden. Insoweit stünde den Beklagten ein Rückzahlungsanspruch als Schadensersatz nach § 538 BGB zu. Der Kläger hätte nämlich den Rechtsmangel, der zur alsbaldigen vorzeitigen Beendigung des Unterpachtverhältnisses geführt hat, zu vertreten. Hat der Pächter durch Zahlungsverzug die Beendigung des Hauptpachtverhältnisses verursacht, so hat er nach dem Grundgedanken des § 279 BGB das Entstehen des Rechtsmangels zu vertreten (BGHZ 63, 132, 139) und deshalb nach §§ 541, 538 BGB Schadenersatz zu leisten. Die Kündigung nach § 542 BGB schließt nicht aus, daß daneben Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden (Soergel/Siebert aaO § 542 Nr. 2).

Der Schaden der Beklagten besteht darin, daß sie die Ablösesumme angesichts der alsbald nach Beginn des Unterpachtverhältnisses erfolgten Vertragsauflösung und der bereits am 4. Juni 1970 vollzogenen Räumung des Pachtobjekts nutzlos aufgewendet haben (vgl. dazu Senatsurteil vom 5. Februar 1975 - VIII ZR 132/73).

3. Unter demselben Gesichtspunkt könnten die Beklagten gegebenenfalls Ersatz der Kosten verlangen, die sie aufgewandt haben für die Eröffnung des Lokals, für den Umzug in die Pachträume und den darauffolgenden Auszug. Auch das sind Kosten, die sie wegen des vom Kläger zu vertretenden Rechtsmangels umsonst aufgewendet haben und die deshalb als Schaden im Sinne der §§ 541, 538 BGB anzusehen sind.

B) Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß mangels wirksamer Kündigung des Hauptpachtvertrages auch der Unterpachtvertrag nicht wirksam gekündigt worden ist, so wird zu prüfen sein, ob die Beklagten dem Klagsanspruch nicht die Bereicherungseinrede entgegensetzen können und ob die Widerklage in diesem Falle nicht wenigstens aus ungerechtfertigter Bereicherung begründet wäre.

Das Berufungsgericht nimmt selbst an, daß der Unterpachtvertrag "faktisch" beendet ist. Sollte damit eine Beendigung durch stillschweigende Übereinkunft gemeint sein, so wird es darauf ankommen, wie weit dieses Übereinkommen reicht. Das wiederum könnte von dem Charakter der von den Parteien vereinbarten "Ablösung" abhängen. Handelte es sich rechtlich gesehen um den Kaufpreis für das in den Pachträumen betriebene Geschäft einschließlich des Inventars, so ist es bei Berücksichtigung der Interessenlage des Klägers jedenfalls nicht selbstverständlich, daß die "faktische" Beendigung des Vertrages vom 25. Mai 1970 auch diesen Teil des Rechtsgeschäfts betraf. Die Erwägung, daß die Beendigung des Unterpachtvertrages ohne weiteres auch die Beendigung des Kaufgeschäftes zur Folge hat (s.o. A IV 5), gilt nur für den

Fall, daß einem Vertragspartner ein gesetzliches oder vertragliches Recht zur vorzeitigen Auflösung des Unterpachtvertrages zusteht.

War die Ablösung dagegen Entgelt für die Überlassung von Geschäft nebst Inventar auf Zeit, so wären Bereicherungsansprüche der Beklagten nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil sie - möglicherweise - die Beendigung des Unterpachtvertrages verschuldet haben (Senatsurteile vom 5. Juli 1965 - VIII ZR 189/63 = WM 1965, 1082, 1084 a.E. und vom 10. Mai 1967 - VIII ZR 69/65 = WM 1967, 851, 853).

C) Da das angefochtene Urteil mit der bisherigen Begründung nicht gehalten werden kann, andererseits eine abschließende Entscheidung ohne weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht möglich ist, war der Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt vom Ausgang der Hauptsache ab. Sie war deshalb dem Berufungsgericht zu überlassen, das dabei hinsichtlich der Kosten der Streithilfe - das gilt auch für die insoweit

in den Tatsacheninstanzen entstandenen Kosten - gegebenenfalls § 101 ZPO zu beachten haben wird.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Hoffmann

Merz