

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 277/84

URTEIL

Verkündet am: 6. Dezember 1985

H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Helga R [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],
2. Marlen G [REDACTED], E [REDACTED] Weg [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsklägerinnen,

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

g e g e n

Landesbund der Gartenfreunde in H [REDACTED] e.V., vertreten durch
seinen 1. Vorsitzenden Ingo K [REDACTED], F [REDACTED] Straße [REDACTED],
H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

M

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1985 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Dr. Vogt und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 25. Januar 1984 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerinnen sind Eigentümerinnen des Kleingartengeländes "Am F[REDACTED]" in H[REDACTED]-H[REDACTED], das gemäß einem mit dem Rechtsvorgänger des beklagten Vereins abgeschlossenen Pachtvertrag vom 8. Juni 1931 an den Beklagten als Zwischenpächter verpachtet ist. Im Vertrag ist die Größe des Grundstücks mit 16 875 qm angegeben. Über die Höhe des Pachtzinses heißt es in § 3:

"Als Pachtzins sind die jeweils mit der Verpächtervereinigung vereinbarten und vom Magistrat H[REDACTED] (Kleingartenamt) bestätigten Höchstpreise zu zahlen. Für besondere Aufwendungen, die Benutzung der durch Verpächter gepflanzten Obstbäume sowie für teilweise Einfriedigung des Geländes erfolgt ein Aufschlag von 1 Pfg pro qm ..."

- 3 -

Durch Verordnung vom 18. Februar 1969 (HambGVBl 22) wurde vom Senat der Freien und Hansestadt Hamburg aufgrund des § 1 der Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung - KlgPachtO - vom 31. Juli 1919 (RGBI 1371) der höchstzulässige Pachtpreis für Kleingärten je Quadratmeter auf jährlich 0,08 DM für die Bodenklasse 1 und auf 0,06 DM für die Bodenklasse 2 festgesetzt.

Der Beklagte hat an die Klägerinnen bis zum 31. Dezember 1980 eine Jahrespacht von 0,08 DM je qm zuzüglich 0,005 DM für Grundsteuer und ab 1. Januar 1981 pro qm 0,20 DM entrichtet.

Mit der Klage machen die Klägerinnen eine Erhöhung des Pachtzinses vom 1. Juli 1977 an - nach verschiedenen Zeiträumen gestaffelt - auf 0,60 DM - 0,80 DM geltend. Vor dem Landgericht haben sie für die Zeit vom 1. Juli 1977 bis zum 30. Juni 1981 Zahlung weiterer 37 884,39 DM nebst Zinsen begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren haben die Klägerinnen die Klage auf den Zeitraum vom 1. Juli 1981 bis zum 31. März 1983 erweitert und zuletzt Zahlung von insgesamt 55 603,14 DM nebst Zinsen verlangt. Das Oberlandesgericht hat unter Abweisung auch der Klageerhöhung die Berufung zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerinnen, mit der sie ihren Berufungsantrag weiterverfolgen; hilfsweise beantragen sie eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von § 1 KlgPachtO. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



11

Entscheidungsgründe

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigt das bis zum 31. März 1983 in Hamburg geltende Kleingartenpreisrecht (§ 1 Abs. 1 KlgPachtO i.V.m. der Hamburgischen Verordnung vom 18. Februar 1969 und mit § 1 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung kleingartenrechtlicher Vorschriften vom 28. Juli 1969 <BGBl I 1013>) den Klageantrag nicht. Diese Vorschriften seien auch nicht dadurch außer Kraft getreten, daß die Freie und Hansestadt Hamburg die Kleingartenpachtpreise seit 1969 nicht mehr in angemessener Weise angepaßt habe. Es könne unterstellt werden, daß der in den Jahren 1977 bis 1983 nach den preisrechtlichen Bestimmungen geschuldete Pachtzins der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) nicht gerecht geworden sei; denn dies würde nicht zugleich bedeuten, daß die gesetzliche Regelung als solche nichtig sei. Verfassungswidrig könne nur die Nichtanpassung durch den hamburgischen Verordnungsgeber sein mit der Folge, daß die weitere Anwendung der Pachthöchstpreisverordnung von 1969 insoweit gegen Art. 14 GG verstieße, als die Höchstgrenze nicht über den in dieser Verordnung bestimmten Preisen liege. Der Verordnungsgeber bliebe nach wie vor aufgerufen, den Pachtzins an die veränderten Verhältnisse anzupassen; die Klägerinnen könnten aber nicht an seine Stelle treten.

II.

1. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Auf dem Boden seiner Unterstellung durfte das Berufungsgericht die Klage nicht abweisen.

a) Richtig ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, daß bei Gültigkeit der Höchstpreisverordnung vom 18. Februar 1969 die Klage auf Zahlung eines weiteren Pachtzinses (§§ 535 Satz 2, 581 Abs. 2 BGB), soweit sie auf § 3 Satz 1 des Pachtvertrags gestützt wird, keinen Erfolg haben kann. Denn den in dieser Verordnung bestimmten Höchstsatz von 0,08 DM je qm Jahrespacht hat der Beklagte während des in Betracht kommenden Zeitraums mindestens gezahlt.

Anders liegt es jedoch, wenn - was das Berufungsgericht unterstellt - das Unterbleiben einer Anpassung der Pachtpreise an die geänderten Verhältnisse durch die Freie und Hansestadt Hamburg im Widerspruch zu Art. 14 GG steht. Dies würde bedeuten, daß die Hamburgische Pachtpreisverordnung vom 18. Februar 1969 nunmehr verfassungswidrig und nichtig ist. Unter diesen Umständen entfielen schon nach dem Inhalt des § 1 Abs. 1 KlgPachtO eine Bindung an eine Höchstpreisfestsetzung durch die Verwaltungsbehörde, so daß es auf die von der Revision erörterte weitere Frage, ob diese Vorschrift ihrerseits im Einklang mit den Bestimmungen des Grundgesetzes steht (vgl. dazu BVerfGE 52, 1, 39 f), nicht mehr ankäme.

Bei der Hamburgischen Verordnung handelt es sich zwar um irrevisibles Landesrecht (§ 549 Abs. 1 ZPO). Das Revisionsgericht darf jedoch nachprüfen, ob durch das Landesrecht das Grundgesetz und damit Bundesrecht verletzt wird (vgl. BGHZ 13, 378, 382; Senatsurt. v. 19. Juni 1970 - V ZR 151/67, WM 1970, 933, 934). Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ist bei von der Verwaltung erlassenen Rechtsverordnungen nicht erforderlich (vgl. BVerfGE 1, 283, 292; 52, 1, 16; st. Rspr.; Stern in Bonner Kommentar zum GG, Zweitbearbeitung Art. 100 Rdn. 63; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 14. Aufl. Rdn. 684).

Nach § 1 Abs. 1 KlgPachtO dürfen Grundstücke zum Zwecke nichtgewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung nicht zu höheren als den von der unteren Verwaltungsbehörde festgesetzten Preisen verpachtet werden. Diese Höchstpreisfestsetzung ist nicht Voraussetzung für den Anspruch des Verpächters, sondern begrenzt ihn nur nach oben (vgl. Senatsurt. v. 3. Oktober 1952 - V ZR 137/51, RdL 1953, 12, 13 zu § 2 des Gesetzes zur Ergänzung der Kleingartenpachtordnung vom 26. Juni 1935 (RGBI I 809)). Die gesetzliche Preisbindung steht darum unter dem Vorbehalt, daß die Verwaltungsbehörde von der ihr eingeräumten Ermächtigung zur Festlegung von Höchstpreisen auch Gebrauch gemacht hat; fehlt es daran, so sind die Parteien in der Bestimmung des Pachtzinses frei (vgl. Reineke, Das Pacht-schutzrecht, 4.-6. Aufl., Erläuterung zu § 1 KlgPachtO S. 158; Sokolowski/Mirels, Das Deutsche Kleingartenrecht, 1930 § 1/2 KlgPachtO Anm. 7 e).

Dem steht es im Ergebnis gleich, wenn eine Preisfestsetzung der Behörde nichtig und aus diesem Grunde rechtlich unverbindlich ist; auch unter diesen Umständen sind von der Verwaltungsbehörde festgesetzte bindende Höchstpreise nicht vorhanden (vgl. Senatsurt. v. 30. Januar 1957 - V ZR 84/56, RdL 1957, 130, 133; s. auch Urt. des Senats v. 8. Juni 1973 - V ZR 178/71, WM 1973, 1272, 1273 f = LM KleingartenO Nr. 5). Deswegen wären die Parteien nicht gehalten, eine rechtlich unbedenkliche Höchstpreisbestimmung durch die Verwaltungsbehörde abzuwarten, wie das Berufungsgericht meint. Ebenso wie bei von vornherein fehlender behördlicher Festsetzung von Pachtpreisen würde sich die Höhe des vom Beklagten geschuldeten Pachtzinses dann allein nach den im Pachtvertrag getroffenen Vereinbarungen richten.

Ob die Hamburgische Pachtpreisverordnung vom 18. Februar 1969 gegen Art. 14 GG verstößt, hängt von verschiedenen Umständen ab, über die das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Von Bedeutung kann etwa das Verhältnis des Ertragswerts (vgl. BVerfGE 52, 1, 39) zum Verkehrswert des Kleingartenpachtlandes sowie der festgesetzten Pachthöchstpreise von Kleingartenland zu den Pachtpreisen im gewerblichen Gartenbau sein. Das Revisionsgericht kann die hierzu fehlenden Feststellungen nicht nachholen und muß deshalb für die Revisionsinstanz mit dem Berufungsgericht die Verfassungswidrigkeit der Hamburgischen Pachtpreisverordnung unterstellen. Dann ergibt sich folgendes:

b) Nach den Bestimmungen des zwischen den Parteien bestehenden Pachtvertrages vom 8. Juni 1931 läßt sich nicht ausschließen, daß den Klägerinnen der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines weiteren Pachtzinses zusteht.

§ 3 Satz 1 des Pachtvertrags, den der Senat selbst auslegen kann, weil das Berufungsgericht eine Auslegung unterlassen hat und weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen (vgl. BGHZ 65, 107, 112), enthält keine Vereinbarung eines Pachtzinses in bestimmter Höhe. Wegen des Umfangs der zu zahlenden Pacht verweist die Vertragsbestimmung vielmehr auf die "jeweils mit der Verpächtervereinigung vereinbarten und vom Magistrat Harburg bestätigten Höchstpreise". Damit haben die Vertragsparteien die Bestimmung der geschuldeten Leistung der Vereinbarung mit einem Dritten überlassen. Auf eine solche vertragliche Regelung ist deshalb nicht § 315 BGB (Bestimmung der Leistung durch einen der Vertragsschließenden), sondern § 317 BGB entsprechend anzuwenden (vgl. BAGE 21, 305, 310; s. auch

BAG AP Nr. 2 zu § 319 BGB mit Anm. Herschel; Staudinger/Mayer-Maly, BGB 12. Aufl. § 315 Rdn. 26). Es kommt hier mithin darauf an, welche Höchstsätze durch eine Vereinbarung mit der Verpächtervereinigung festgelegt worden sind. Der weitere Hinweis im Pachtvertrag auf eine vom Magistrat Harburg erfolgte Bestätigung der Pachtpreise ist nur als Verweisung auf die durch § 1 Abs. 1 KlgPachtO geschaffene Rechtslage zu verstehen und hat keine eigenständige Bedeutung. Der Magistrat Harburg war im damals preußischen Stadtkreis Harburg-Wilhelmsburg untere Verwaltungsbehörde nach § 1 Abs. 1 KlgPachtO (vgl. Sokolowski/Mirels aaO Anm. 8). Im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit für bindende Entscheidungen kann eine Verwaltungsbehörde aber nicht Dritter im Sinne des § 317 BGB sein (BGHZ 73, 114, 116; Senatsurt. v. 26. April 1961 - V ZR 183/59, LM Nr. 8 zu § 317 BGB; MünchKomm/Söllner, BGB 2. Aufl. § 317 Rdn. 8).

Feststellungen, ob und welche Pachtpreise mit der Verpächtervereinigung vereinbart worden sind, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Das Revisionsgericht kann sie nicht nachholen.

2. Das Berufungsurteil ist ferner insoweit rechtsfehlerhaft, als es für die Zeit vor dem 1. Januar 1981 einen Anspruch der Klägerin auf den gemäß § 3 Satz 2 des Pachtvertrags zu zahlenden Zuschlag von 0,01 DM (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 Umstellungsgesetz) verneint.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die Geltendmachung dieses Zuschlags verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), weil sie nach der Einstellung der Zahlung im Jahre 1945 erstmals wieder nach 36 Jahren erfolgt sei. Der Beklagte habe sich nicht mehr darauf einzustellen brauchen, jetzt

noch in Anspruch genommen zu werden. Diese Feststellungen reichen zur Annahme einer Verwirkung nicht aus, wie die Revision mit Recht rügt. Treuwidrig wäre die jetzige erneute Forderung des im Pachtvertrag vereinbarten Zuschlags grundsätzlich nur dann, wenn sich der Beklagte auch tatsächlich darauf eingerichtet hätte, daß die Klägerinnen den Anspruch nicht mehr geltend machen wollten, und ihm gerade deshalb die verspätete Inanspruchnahme nicht mehr zugemutet werden könnte (vgl. BGHZ 25, 47, 52; BGH Urt. v. 29. Februar 1984 - VIII ZR 310/82, NJW 1984, 1684 = WM 1984, 818, 819).

Hierzu fehlen jegliche Feststellungen. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung reicht dafür allein die unstreitige Tatsache, daß der Beklagte lediglich Zwischenpächter ist, nicht aus.

III.

Das Berufungsurteil muß deswegen aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Sollte sich in der erneuten mündlichen Verhandlung herausstellen, daß die Pachtpreisverordnung gegen Art. 14 GG verstößt und eine von den Vertragsparteien in § 3 Satz 1 des Pachtvertrags vorausgesetzte Vereinbarung über die Höhe des Pachtpreises weder vorliegt noch ohne Verzögerung getroffen werden kann, wird das Berufungsgericht in entsprechender

Ad

Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB (vgl. PAGE 21, 305, 311) den vom Beklagten zu zahlenden Pachtzins durch Urteil zu bestimmen haben.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Hagen

Vogt

Lambert-Lang