

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 141/91

Verkündet am:
27. Januar 1993
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Zysk, Nonnenkamp, Dr. Knauber und Dr. Hahne

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Mai 1991 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte pachtete am 17. Januar 1989 von der Klägerin eine Gaststätte mit Inventar zum monatlichen Pachtzins von 1.600 DM. Die Parteien unterzeichneten dabei ein vorgedrucktes Vertragsformular, das folgende Bestimmungen enthält:

"§ 3 - Pachtpreis

....

Auf das Recht zur Aufrechnung, Minderung (Herabsetzung des Pachtpreises) und Zurückbehaltung

- 3 -

verzichtet der Pächter, soweit dies gesetzlich zulässig ist und soweit nicht mit rechtskräftig festgestellten Forderungen die vorgenannten Rechte geltend gemacht werden.

...

§ 5 - Instandhaltung

Das Pachtobjekt nebst Inventar wird in dem vorhandenen und besichtigten Zustand übergeben und von Pächter übernommen.

Spätere Einwendungen wegen offener oder verdeckter Mängel sind ausgeschlossen. ...

...

§ 13 - Vorzeitige Vertragsauflösung

Der Verpächter ist berechtigt, diesen Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen, wenn Pächter eine wesentliche Vorschrift dieses Vertrages verletzt, insbesondere wenn

...

d) Pächter mit der Zahlung von 2 Monatspachten ganz oder mit einem erheblichen Teil im Rückstand ist.

..."

Den Pachtzins für die Monate Juli und August 1989 zahlte der Beklagte nicht, weil die Bierkühlanlage nicht funktioniere und die Elektroinstallation unbrauchbar sei. Mit der am 16. August 1989 eingereichten Räumungsklage sprach die Klägerin deshalb die fristlose Kündigung des Pachtverhältnisses gemäß § 13 Buchst. d des Vertrages aus. Der Beklagte verteidigte sich damit, daß die aufgetretenen Mängel



des Pachtobjekts seine Verpflichtung zur Zahlung des Pachtzinses hätten entfallen lassen. Er erhob Widerklage auf Zahlung von 6.840 DM nebst Zinsen, den seiner Ansicht nach erforderlichen Instandsetzungskosten. Hilfsweise rechnete er mit einem Teilbetrag von 3.200 DM gegen die Pachtzinsforderung der Klägerin auf und verlangte Zahlung von 3.640 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht gab dem Räumungsbegehren der Klägerin statt und wies die Widerklage des Beklagten ab. Mit der hiergegen eingelegten Berufung verfolgte der Beklagte nur seinen Antrag weiter, die Räumungsklage abzuweisen. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg. Mit der Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Räumungsklage.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt wegen einer durchgreifenden Verfahrensrüge zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

1. Materiellrechtlich ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, daß der Beklagte aufgrund der Ausgestaltung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages grundsätzlich nicht berechtigt war, wegen geltend gemachter Mängel des Pachtobjekts die Zahlung des Pachtzinses für die Monate Juli und August 1989 zu verweigern.

a) Der Vertrag vom 17. Januar 1989 unterliegt als Formularvertrag der Inhaltskontrolle nach dem AGBG (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 6. Aufl. § 1 Rdn. 66). Diese beschränkt sich hier im wesentlichen auf die Voraussetzungen des § 9 AGBG, weil der Vertrag im kaufmännischen Verkehr abgeschlossen worden ist, § 24 AGBG. Der Beklagte war nämlich bei Vertragsschluß jedenfalls Minderkaufmann, weil das Betreiben einer Gaststätte ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1985 - VIII ZR 85/84 - NJW 1985, 2693, 2695; Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 24 Rdn. 14).

b) Entgegen der Auffassung der Revision werden durch die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen die gesetzlichen Rechte des Pächters aufgrund von Mängeln des Pachtobjekts nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur beschränkt. Das Minderungsrecht (§§ 581 Abs. 2, 537 BGB) soll nach § 3 Abs. 3 des Vertrages zwar nicht durch Abzug vom Pachtzins verwirklicht werden können, aber dem Pächter bleibt nach dem Schlußsatz der Klausel unbenommen, insoweit eine gesonderte Klage aufgrund von § 812 BGB zu erheben (vgl. BGHZ 91, 375, 382 f). Ist er damit rechtskräftig durchgedrungen, ist ihm in der Folge auch gestattet, gegen Pachtzins aufzurechnen oder das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB geltend zu machen. Schon diese verbleibende Möglichkeit einer Bereicherungsklage steht der Annahme eines umfassenden Ausschlusses der Gewährleistung entgegen. Auch den beiden Eingangssätzen von § 5 des Vertrages, wonach das Pachtobjekt wie besichtigt übernommen wird und spätere Einwendungen wegen offener oder verdeckter Mängel ausgeschlossen sind, wird von der Revision eine zu weitgehende Bedeutung

beigemessen. Nach dem Sinnzusammenhang und der systematischen Stellung dieser Bestimmung geht es hierbei nur darum, daß anfängliche Sachmängel im Sinne von § 538 BGB sofort zu rügen sind und für verdeckte Mängel dieser Art vom Verpächter keine Haftung übernommen wird. Bezöge sich die Klausel auch auf später aufgetretene Mängel, wäre die in § 3 Abs. 3 vorgesehene Art der Geltendmachung des Minderungsrechts ohne Sinn. Wegen bereits bei der Übernahme gerügter und wegen nach Vertragsschluß aufgetretener Mängel bleibt auch die Schadensersatzpflicht des Verpächters unter den in § 538 BGB normierten Voraussetzungen sowie das Recht des Pächters zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 542 BGB unberührt, da dem Vertrag insoweit keine Anhaltspunkte für einen Ausschluß zu entnehmen sind.

c) Eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten im Sinne von § 9 AGBG kann in dieser Beschränkung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht des Verpächters nicht gesehen werden. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann die verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Sachmängel nach § 538 BGB als eine für das gesetzliche Haftungssystem untypische Regelung auch formularmäßig abbedungen werden (vgl. Beschluß vom 4. Oktober 1990 - XII ZR 46/90 - BGHR BGB § 538 Abs. 1 Mangel, anfänglicher 2). Daß im kaufmännischen Verkehr der Pächter hinsichtlich des Minderungsrechts auf eine gesonderte Klage verwiesen werden kann, entspricht herrschender Auffassung (vgl. BGHZ 91 aaO; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 6. Aufl. Rdn. 133; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete II 518; Wolf/Horn/Lindacher AGBG-Gesetz 2. Aufl. § 9 M 78; a.A. Ulmer/Brandner/Hensen aaO Anh. §§ 9

bis 11 Rdn. 509). Der Senat schließt sich der herrschenden Ansicht an, weil dadurch dem geschäftlich Erfahrenen nichts Unbilliges zugemutet und auch eine alsbaldige Klärung der Mängelfrage gefördert wird. Damit konnte der Beklagte aufgrund eines Minderungsrechts die Zahlung des Pachtzinses für Juli/August 1989 nicht verweigern, sondern er war darauf beschränkt, die geltend gemachten Mängel zum Gegenstand eines Rechtsstreits gegen die Klägerin zu machen.

d) § 3 Abs. 3 des Vertrages enthält neben der Regelung des Minderungsrechts ein Verbot der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts, soweit es sich nicht um rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen handelt. Bedenken aus § 9 AGBG bestehen insoweit ebenfalls nicht. Aufrechnungsverbote können sogar im nichtkaufmännischen Verkehr zulässiger Bestandteil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein, soweit nicht auch die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen ausgeschlossen wird (vgl. § 11 Nr. 3 AGBG). Vorliegend verhält sich der Wortlaut der Klausel zwar nur über rechtskräftig festgestellte Forderungen, mit denen eine Aufrechnung gestattet wird, es wäre jedoch sinnwidrig anzunehmen, daß hinsichtlich unstreitiger Forderungen die Aufrechnung ausgeschlossen sein soll, da insoweit Einwendungen nicht nur durch die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung abgeschnitten sind, sondern gar nicht erhoben werden. Der Fall der unbestrittenen Forderungen wird daher sinngemäß mitumfaßt (vgl. für den umgekehrten Fall der ausschließlichen Anführung unbestrittener Forderungen BGHZ 107, 185, 189). Dafür spricht hier zusätzlich die einschränkende Formulierung "soweit dies gesetzlich zulässig ist". Es handelt sich hierbei ent-

gegen der Auffassung der Revision nicht um eine belanglose Floskel, sondern es wird damit u.a. auf zwingende Bestimmungen des AGBG Bezug genommen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 38/90 - NJW 1991, 1750, 1754 unter 9). Was die entsprechende Beschneidung des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 320 BGB) betrifft, so ist eine solche im kaufmännischen Verkehr ebenfalls zulässig, soweit nicht die zugrundeliegende Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1991 - III ZR 141/90 - NJW 1992, 575, 577 m.w.N.). Hinsichtlich des Fehlens einer ausdrücklichen Bezugnahme auf unbestrittene Gegenforderungen gilt das für das Aufrechnungsverbot Ausgeführte entsprechend. Eine unzulässige "geltungserhaltende Reduktion" wird damit in beider Hinsicht nicht vorgenommen, vielmehr der Bereich der zulässigen Auslegung im Individualprozeß nicht verlassen.

Im Streitfall stand das erörterte Aufrechnungsverbot der vom Beklagten in erster Instanz erklärten Hilfsaufrechnung mit Instandsetzungskosten entgegen. Da die fristlose Kündigung wegen unterlassener Pachtzinszahlung unabhängig von der hier in § 13 gewählten Formulierung ("Rückstand") Verzug erfordert (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1987 - VIII ZR 71/86 - NJW 1987, 2506, 2507), kommt es auch auf die zum Vertragsinhalt gewordene Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts an; denn ein solches hätte bei Vorhandensein erheblicher Mängel des Pachtobjekts den Eintritt des Verzuges hindern können, ohne daß es ausdrücklich hätte geltend gemacht werden müssen (vgl. BGHZ 84, 42, 44).

2. Gemäß §§ 581 Abs. 2, 540 BGB ist eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verpächters zur Vertretung von Mängeln des Pachtobjekts beschränkt wird, nichtig, wenn der Verpächter den Mangel arglistig verschwiegen hat. Da der Beklagte ein solches Verhalten der Klägerin und ihrer Bevollmächtigten behauptet und unter Beweis gestellt hatte, ist das Berufungsgericht dem durch Vernehmung mehrerer Zeugen im Termin vom 25. April 1991 nachgegangen. Dabei hat es unter irriger Annahme der Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO jeweils davon abgesehen, ihre Aussagen zu protokollieren, und damit die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO verletzt. Dies rügt die Revision zu Recht. Der Verfahrensverstoß ist nicht dadurch geheilt (§ 295 ZPO), daß die Parteien nach erfolgter Beweisaufnahme mündlich verhandelt haben, ohne die Unterlassung der Protokollierung zu rügen. Denn der Verstoß hat gleichzeitig zur Folge, daß die tatsächlichen Grundlagen des angefochtenen Urteils für das Revisionsgericht nicht in vollem Umfang ersichtlich sind und damit ein - nicht der Parteidisposition unterliegender - Tatbestandsmangel vorliegt (vgl. BGHZ 40, 84, 86; BGH, Urteile vom 18. September 1986 - I ZR 179/84 - NJW 1987, 1200, 1201 und vom 29. November 1988 - VI ZR 231/87 - VersR 1989, 189; ebenso Stein/Jonas/Schumann ZPO 20. Aufl. § 161 Rdn. 16; MünchKomm ZPO/Peters § 162 Rdn. 9; Zöllner/Stephan ZPO 17. Aufl. § 161 Rdn. 3; Baumbach/Hartmann ZPO 51. Aufl. § 161 Rdn. 8; Thomas/Putzo ZPO 17. Aufl. § 161 Anm. 2). Soweit im angefochtenen Urteil auf die Zeu- genaussagen eingegangen wird, wird nicht klar zwischen ihrem Inhalt und ihrer Würdigung unterschieden; auch ist nicht ersichtlich, daß die Bekundungen vollständig wieder- gegeben sind, wie etwa aus der Formulierung deutlich wird,

daß deren Kern sich auf bestimmte Feststellungen zurückführen lasse. Daher kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

3. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung läßt es sich nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten (§ 563 ZPO).

a) Der Beklagte hat u.a. vorgetragen, er habe die Konzession für die Gaststätte nicht erhalten, weil eine VDE-Bescheinigung für die Elektroanlage nicht zu erlangen sei. § 8 des Vertrages bestimmt u.a., daß dann, wenn der Pächter die Erlaubnis nicht erhalten sollte, der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Erteilung des Versagungsbescheides als aufgelöst gilt. Diese Klausel benachteiligt den Pächter unangemessen und ist daher unwirksam (§ 9 AGBG), weil sie ihm auch dann, wenn die Versagung auf vom Verpächter zu vertretenden Mängeln des Pachtobjektes beruht, das Risiko der behördlichen Erlaubnis aufbürdet (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 1988 - VIII ZR 232/87 - NJW 1988, 2664). Nach der Gesetzeslage kann der Verpächter solchenfalls nicht aus wichtigem Grunde kündigen. Der Kündigungsgrund nach § 13 Buchst. b des Vertrages (Gefährdung oder Entziehung der Konzession durch Verhalten des Pächters) greift schon nach seinem Wortlaut nicht ein.

b) Soweit die Revisionserwiderung auf den Kündigungsgrund nach § 13 Buchst. a abhebt (Unterbrechung der Wirtschaftsführung oder Nichtbetreiben der Gaststätte), kann dieser die fristlose Kündigung durch die Klägerin ebenfalls nicht stützen, sofern, wie der Beklagte behauptet, die

Schließung der Gaststätte am 4. Oktober 1989 auf einer von dieser zu vertretenden Brandgefahr der Elektroinstallation beruht. Gegenteilige Feststellungen sind nicht getroffen.

c) Nach § 13 Buchst. f des Vertrages kann der Verpächter fristlos kündigen, wenn Zwangsvollstreckungen in das Vermögen des Pächters erfolgen. Die Klägerin hat zwar mit Schriftsatz vom 6. November 1990 behauptet, daß gegen den Beklagten dreimal Haftbefehle zur Erzwingung der eidesstattlichen Versicherung ergangen seien, dies aber in zeitlicher Hinsicht nicht eingegrenzt. Soweit es sich um zeitlich vor dem Vertragschluß liegende Vorgänge handeln sollte, was nicht auszuschließen ist, greift die Kündigungsklausel nicht ein; ihre Gültigkeit kann daher dahinstehen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 - VIII ZR 257/82 - NJW 1984, 871, 872).

4. Nach allem ist dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich. Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Blumenröhr

Zysk

Nonnenkamp

Knauber

Hahne