

BUNDESGERICHTSHOF

2126 013

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 103/65

URTEIL

Verkündet am

29. November 1967

Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Druckereibesitzers Friedrich H [REDACTED] in
Ma [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]. [REDACTED] -

g e g e n

1. Fräulein Gerda N [REDACTED] in Ma [REDACTED], K [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

2. Fräulein Gisela N [REDACTED] in Ma [REDACTED], K [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

3. Frau Lieselotte H e [REDACTED] geb. N [REDACTED] in
Ma [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 31. März 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen sind in Erbengemeinschaft Eigentümer des Grundstücks K[REDACTED]straße [REDACTED] in Ma[REDACTED]. Dort betreibt der Beklagte als Mieter seit 1923 eine Druckerei. Nach dem Kriege baute er das jetzt von ihm - mit Ausnahme des von ihm bewohnten dritten Stockwerks - gewerblich genutzte, viergeschossige Gebäude mit insgesamt 900 qm (davon 100 qm Kellergeschoß) auf eigene Kosten wieder auf. Für seine Aufwendungen erhielt er ein Baugrundstück mit 1875 qm zu Eigentum, auf dem er eine Tankstelle und ein Miethaus errichtete. Außerdem wurde die Verrechnung einer Vergütung von 22.800 DM auf den laufenden Mietzins verein-

bart. Ein wegen Mietrückständen entstandener Räumungsprozeß endete am 12. Februar 1954 mit einem Vergleich, in dem der monatliche Mietzins, beginnend am 1. Juli 1953, mit 500 DM, bis 1. Januar 1956 allmählich auf 675 DM steigend, festgelegt wurde. Am 1. Juli 1960 schlossen die Parteien einen neuen Mietvertrag für die Zeit bis 30. Juni 1970. Der Mietzins betrug 1.040 DM. § 3 Abs. 3 des Vertrages lautet:

"Falls sich die Errechnungsgrundlage für die Miete infolge neu erlassener Gesetze und Verordnungen zum Nachteil der Vermieterin ändert, ist die Vermieterin berechtigt, die Miete an die neu gegebenen Verhältnisse anzupassen."

§ 8 Abs. 1 lautet:

"Eine Untervermietung der innehabenden Räume ist ausgeschlossen."

Nachdem der Beklagte die von ihm im zweiten Obergeschoß betriebene Klischeeanstalt, zunächst ohne Wissen der Klägerin, an die Firma M. verpachtet hatte, kam es am 30. Dezember 1961 zu einem Nachtrag zum Mietvertrag. Danach wurde das zweite Obergeschoß aus dem Mietvertrag herausgenommen und der Mietzins für die restlichen Räume dementsprechend auf 870 DM verringert. Die Klägerinnen vermieteten das zweite Obergeschoß nunmehr selbst an M. Nach M. Ausscheiden übernahm der Beklagte, wie in § 3 des Nachtragsvertrages vorgesehen, das zweite Obergeschoß wieder.

Mit Schreiben vom 10. Dezember 1962 verlangten die Klägerinnen gestützt auf § 3 Abs. 3 des Mietvertrages eine Anhebung des Mietzinses von inzwischen 914 DM auf 980 DM und außerdem für das zweite Obergeschoß einen Mietzins von 440 DM, der mit M. vereinkart gewesen war. Der Beklagte lehnte ab und stellte sich auf den Standpunkt,



§ 3 Abs. 3 verstoße gegen § 3 WährG. Die von den Klägerinnen beantragte Genehmigung der Landeszentralbank wurde mit Bescheid vom 17. Mai 1963 abgelehnt.

Im Rechtsstreit haben die Klägerinnen Räumung und Herausgabe des vermieteten Gebäudes mit der Begründung verlangt, die Nichtigkeit der Mietanpassungsklausel führe nach § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Mietvertrages. Fürsorglich haben sie beantragt, festzustellen, daß § 3 Abs. 3 des Vertrages wirksam sei. Das Landgericht hat dem Hilfsantrag stattgegeben. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Berufung der Klägerinnen, die nunmehr den Mietvertrag auch, gestützt auf §§ 553, 554 BGB, fristlos kündigten, wurde unter teilweiser Aufhebung des Urteils erster Instanz dem Räumungs- und Herausgabeanspruch stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Zurückweisung der Berufung der Klägerinnen gegen das die Räumungsklage abweisende Urteil des Landgerichts. Die Klägerinnen haben beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe :

I. Soweit das Berufungsgericht in Bestätigung des landgerichtlichen Urteils die Wirksamkeit der Währungsklausel des Mietvertrages festgestellt hat, ist seine Entscheidung vom Beklagten nicht angefochten worden.

II. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die im Schriftsatz der Klägerinnen vom 13. Mai 1964 erklärte fristlose Kündigung durchgreifen lassen, die darauf gestützt war, der Beklagte habe entgegen dem Verbot des § 8 des Mietvertrages das zweite Obergeschoß ab

1. Januar 1964 der Firma F[REDACTED] zum Betrieb der "Graphische Kunstanstalt H[REDACTED]" genannten Klischeeanstalt mit eigenen Maschinen und mit eigenen Arbeitskräften überlassen.

1.) Sie rügt, das Berufungsgericht habe seine Auffassung, daß eine unzulässige Untervermietung vorliege, mit dem Wortlaut des zwischen dem Beklagten und F[REDACTED] geschlossenen Vertrages vom 1. Dezember 1963 begründet. Dabei habe es unter Verstoß gegen § 286 ZPO außer acht gelassen, daß dieser Vertrag folgende Klausel enthielt:

"Sobald die vertraglichen Beziehungen zwischen Herrn H[REDACTED] (das ist der Beklagte) u. dem Hauseigentümer dahin geklärt sind, daß Herr H[REDACTED] entweder zur Untervermietung berechtigt oder die Zustimmung des Hauseigentümers zur Vermietung an Herrn F[REDACTED] erfolgt ist, verpflichtet sich Herr F[REDACTED] insoweit zur Firmenänderung, als er alsdann die graph. Kunstanstalt unter eigenem Namen weiter betreibt."

Der Übergang der Klischeeanstalt auf F[REDACTED] sei, so meint die Revision, sonach erst im Falle der Zustimmung durch die Klägerinnen vorgesehen gewesen. Es fehle also an einer vertragswidrigen Überlassung des zweiten Obergeschosses an einen Dritten.

Das Berufungsgericht hat die angeführte Vertragsbestimmung indessen nicht übersehen. Es ist jedoch aufgrund des sonstigen Vertragsinhaltes und unter Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, daß gleichwohl in Wirklichkeit die Klischeeanstalt nicht vom Beklagten in, wie er in der zweiten Instanz vortragen ließ, "Arbeitsgemeinschaft" mit F[REDACTED] geführt wurde, sondern daß eine bewußt verschleierte Überlassung des Betriebes einschließlich der Betriebsräume an F[REDACTED] vorlag, der mit dem ebenfalls am 1. Dezember 1963 geschlossenen Kauf-

vertrag die gesamte Finrichtung der Klischeeanstalt erworben und zu deren Betrieb auch die erforderlichen Arbeitskräfte beigebracht hatte. Das Berufungsgericht hat seine Überzeugung, die Klischeeanstalt sei ab 1. Januar 1964 von F. [REDACTED] selbständig und auf eigene Rechnung geführt worden und ihm sei von diesem Zeitpunkt ab tatsächlich das zweite Obergeschoß zur Benutzung überlassen worden, darauf gegründet, daß der Beklagte F. [REDACTED] sein Postscheckkonto überließ und ihm hierfür Vollmacht erteilte, daß F. [REDACTED] nicht nur die Heizungs- und Telefonkosten der Klischeeanstalt ausdrücklich übernahm, sondern den Beklagten von allen etwaigen Verpflichtungen für die graphische Kunstanstalt freizustellen hatte. Dieser Vertragsinhalt bestätigte, so hat das Berufungsgericht dargelegt, die Aussagen des Zeugen F. [REDACTED], ihm sei der Betrieb am 1. Januar 1964 vom Beklagten unter Aushändigung sämtlicher Schlüssel überlassen worden, er habe für die Benutzung der Räume die im Vertrag vom 1. Dezember 1963 als "Nebenkosten" bezeichneten 250 DM bezahlen müssen und er habe den Betrieb bis zur Rückgabe im Juni 1964 auf eigene Rechnung geführt.

Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete liegenden Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Berufungsgericht brauchte entgegen der Auffassung der Revision den Zeugen F. [REDACTED] nicht darüber zu vernehmen, ob der Beklagte F. [REDACTED] bereits vor Beginn der Vertragsverhandlungen darauf hingewiesen hatte, daß ihm eine Untervermietung untersagt war. Entscheidend ist nicht der etwaige Inhalt dieser Vorbesprechungen, sondern die Art und Weise, wie die Überlassung des Betriebes der Kunstanstalt ab 1. Januar 1964 tatsächlich gehandhabt wurde. Ebensowenig bedurfte es einer Beweiserhebung darüber, ob der Beklagte es F. [REDACTED] untersagt hat, auf Visitenkarten sich als Inhaber der "Graphischen Kunstanstalt H. [REDACTED]" zu bezeichnen. Be-

ließ es der Beklagte, wie festgestellt, vereinbarungsgemäß bei dem selbständigen Gebrauch der Mieträume durch F■■■■, so ist die rechtliche Schlußfolgerung des Berufungsgerichts zutreffend, daß eine durch § 8 des Mietvertrages untersagte Überlassung der dem Beklagten vermieteten Räume an F■■■■ vorlag. Maßgebend ist, daß ab 1. Januar 1964 die Herrschaft über die Räume nicht mehr beim Beklagten ruhte, dem die Klägerinnen die Räume vertraglich überlassen hatten, sondern bei einem Dritten (BGH Urteil vom 22. Januar 1955 - VI ZR 70/53 = LM BGB § 553 Nr. 2).

2. Die unbefugte Gebrauchsüberlassung rechtfertigte die Kündigung nach § 553 BGB jedoch nur dann, wenn sie die Vermieterrechte der Klägerinnen erheblich verletzte. Hiermit hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Ob darin ein zur Urteilsaufhebung ausreichender Rechtsfehler liegt, braucht nicht erörtert zu werden, weil die angefochtene Entscheidung schon aus anderen Gründen keinen Bestand haben kann.

3. Mit Recht macht die Revision nämlich geltend, die auf § 553 BGB gestützte Kündigung sei zumindest deshalb unwirksam, weil ihr nicht die dort vorgeschriebene Abmahnung vorausgegangen sei.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Klägerinnen, nachdem ihnen bekannt geworden war, daß F■■■■ im zweiten Obergeschoß die Klischeeanstalt betrieb, nicht abgemahnt, sondern sofort fristlos gekündigt.

Es braucht hier nicht abschließend geprüft zu werden, ob die Abmahnung in jedem Falle unabdingbare Voraussetzung der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nach § 553 BGB ist (so insbesondere Roquette, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches § 553 Anm. 3), oder ob sie nicht ähnlich,

wie dies bei der für die fristlose Kündigung des Mieters vorgeschriebenen Fristsetzung (§ 542 BGB) anerkannt ist, jedenfalls dann entbehrlich ist, wenn ihre Erfolgslosigkeit von vornherein feststeht, oder wenn es der Verwirklichung ihres Zweckes, den Mieter zu warnen (BGB RGRK, 11. Aufl., § 553 Anm. 8; RGZ 104, 26) nicht mehr bedarf; denn hier ist weder das eine noch das andere festgestellt. Vielmehr hat F. als Zeuge ausgesagt, er habe aufgrund eines Hausverbotes des Beklagten bereits im Juni 1964 seinen Betrieb wieder aufgegeben. Der Umstand, daß die Klägerinnen trotz des vertraglichen Verbotes der Untervermietung die frühere Gebrauchsüberlassung an M. nicht zum Anlaß einer Kündigung genommen hatten, konnte auch geeignet sein, beim Beklagten die Erwartung zu erwecken, es werde jedenfalls nicht ohne vorherige Warnung gekündigt werden.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Einwand der mangelnden Abmahnung stehe die Einrede der Arglist entgegen, ist nicht ausreichend begründet.

Das Gesetz verlangt als grundsätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung nach § 553 BGB eine vorherige Abmahnung seitens des Vermieters. Von diesem, dem Schutz des Mieters dienenden Erfordernis kann allenfalls beim Vorliegen strenger Voraussetzungen abgesehen werden.

Jede Rechtsausübung, auch die Rechtsverteidigung, muß sich im Rahmen von Treu und Glauben halten. Überschreitet sie diese Grenze, so ist sie unzulässig. Für das Anwendungsgebiet des § 553 BGB gilt keine Ausnahme. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, der Einwand der fehlenden Abmahnung scheitere an der Vorschrift des § 242 BGB, vor allem darauf gestützt, daß der Beklagte die unbefugte

Überlassung der Mieträume bewußt verschleiert habe, um die Abmahnung zu hintertreiben. Mit dieser Erwägung allein kann der Vorwurf der Arglist indessen nicht begründet werden. Unbefugte Untervermietungen finden, insbesondere dann, wenn sie, wie häufig, im Mietvertrag ausdrücklich verboten sind, regelmäßig heimlich statt. Das enthebt den Vermieter, wenn er die unbefugte Gebrauchsüberlassung entdeckt, noch nicht der in § 553 BGB vorgeschriebenen Abmahnung. Das ist auch gerechtfertigt; denn meist wird der Mieter auch bei ausdrücklich verbotener Untervermietung hoffen, der Vermieter werde nach Aufdeckung des Sachverhalts doch seine Zustimmung erteilen. Jedenfalls soll der Mieter auch in einem solchen Falle den Schutz der Warnung durch die Abmahnung genießen, die es ihm erlaubt, einer Kündigung durch Beendigung der unbefugten Gebrauchsüberlassung zu entgehen.

Das Kammergericht hatte dem Einwand fehlender Abmahnung in einem Falle den Erfolg versagt, in dem der Mieter den Vermieter bewußt in den Irrtum versetzt hatte, der Dritte sei (nur) sein Stellvertreter (JW 1927, 2816; zustimmend Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl., § 553 Anm. 8). Ob dem grundsätzlich zugestimmt werden könnte, braucht nicht erörtert zu werden. Durch den Wortlaut des, wie das Berufungsgericht ausführt, den wahren Sachverhalt bewußt verschleiern den Vertrages zwischen F. und dem Beklagten können die Klägerinnen schon deshalb nicht über die Stellung F. getäuscht worden sein, weil der Vertrag ihnen vor der Kündigung noch gar nicht bekannt war.

Auch die Tatsache, daß der Beklagte mit der Überlassung des zweiten Obergeschosses an F. bereits zum zweiten Male gegen das Verbot der Untervermietung verstoßen hatte, obwohl ihm aus der Handhabung des Falles M. bekannt war, daß die Klägerinnen sich darauf nicht einlassen

würden, vermag den Vorwurf nicht zu begründen, er handle arglistig, wenn er sich auf das Fehlen der Abmahnung berufe. Wie bereits ausgeführt wurde, war das Verhalten der Klägerinnen bei der Untervermietung an M. [REDACTED] geeignet, die Erwartung zu erwecken, sie würden, wenn die Überlassung der Räume an F. [REDACTED] bekannt werde, zumindest nicht ohne vorherige Warnung kündigen. Das hat das Berufungsgericht ebenso wenig berücksichtigt, wie den Umstand, daß der Beklagte immerhin seit 1923 Mieter der von ihm benutzten Räume ist, daß er diese Räume nach dem Kriege selbst wiederaufgebaut hat, und daß er in ihnen sein Gewerbe betreibt, aus dessen Einkünften er seinen Lebensunterhalt bestreitet. Das kann im Rahmen der nach § 242 BGB stets erforderlichen umfassenden Würdigung nicht außer Betracht bleiben. Das Berufungsgericht ist auch nicht darauf eingegangen, daß die Überlassung der Räume an F. [REDACTED] nach dessen Zeugenaussage bereits im Juni 1964 zu Ende war. Das zeigt, daß, aus welchen Gründen auch immer, gerade hier die Abmahnung geeignet sein konnte, die Verletzung der Vermieterrechte der Klägerinnen alsbald zu beseitigen. Es ist jedenfalls rechtlich nicht einwandfrei, das gesetzliche Erfordernis der Abmahnung mit dem Hinweis arglistigen Verhaltens des Beklagten auszuräumen, ohne daß die erörterten Umstände in die Betrachtung miteinbezogen werden. Das angefochtene Urteil muß deshalb aufgehoben werden.

Da die insoweit erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht vom Revisionsgericht getroffen werden können, war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird Gelegenheit haben, auch zu prüfen, ob, wie die Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht haben, das Verhalten des Beklagten das Vertrauensverhältnis der Parteien so nachhaltig zerstört hat, daß eine keiner Abmahnung bedürftige Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war.

III. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt, war sie gleichfalls dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger Artl Dr. Messner Dr. Weber Braxmaier