

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 539

- a) Ein Mieter, der in Erwartung baldiger Beseitigung vorübergehender Mängel der Mietsache den Mietzins zunächst weiter zahlt, verliert damit nicht ohne weiteres in entsprechender Anwendung des § 539 BGB seine Rechte aus §§ 537, 538 BGB.
- b) Zahlt ein Mieter trotz Mängeln der Mietsache den Mietzins in der dem Vermieter mitgeteilten Erwartung weiter, seine Zahlungen vom Versicherer des Verursachers der Mängel ersetzt zu bekommen, so liegt keine vorbehaltlose Mietzahlung vor, die in entsprechender Anwendung des § 539 BGB die Rechte aus §§ 537, 538 BGB ausschließt.

BGH, Urt. v. 30. Oktober 1972 - VIII ZR 165/71 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 165/71

URTEIL

Verkündet am
30. Oktober 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der H o t e l - G a s t s t ä t t e n b e t r i e b e
Edmund S. [REDACTED] & Sohn GmbH, vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Kaufmann Willi G. [REDACTED] in B. [REDACTED],
K. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hans E. [REDACTED] in H. [REDACTED],
B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

29

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1972
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die
Richter Dr. Gelhaar, Braxmaier, Dr. Hiddemann und
Hoffmann

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 8. Juli 1971 im Kosten-
punkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte
zur Zahlung von 32.900,40 DM nebst Zinsen ver-
urteilt worden ist.

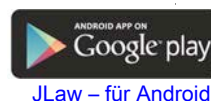
In diesem Umfang wird, soweit über die Kosten
nicht bereits im Revisionsurteil entschieden ist,
die Sache zur erneuten Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Von den Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges
hat die Beklagte 7/23 zu tragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger vermietete durch schriftlichen Vertrag vom 6. September 1960 an die Beklagte eine Gaststätte in H[REDACTED] auf die Dauer von zehn Jahren. Der monatliche Mietzins betrug einschließlich einer Heizungskostenpauschale und Mehrwertsteuer 3 463,20 DM. Nach § 8 des Vertrages war die Beklagte berechtigt, mit Einverständnis des Klägers den Mietvertrag auf einen Dritten zu übertragen. Am 30. September 1968 schloß die Beklagte das Lokal, das sie unter dem Namen "I[REDACTED]" betrieben hatte, wegen mangelnder Rentabilität. Sie verhandelte mit dem Kläger über die vorzeitige Auflösung des Mietvertrages.

Am 11. Februar 1969 entstand in den Mieträumen wegen Überfüllung der Heizungstanks ein größerer Ölschaden. Die Beklagte schrieb am 14. Februar 1969 an den Kläger:

"Unter Bezugnahme auf das zwischen Ihnen und unserem Herrn G[REDACTED] geführte Telefonat melden wir hiermit die Schadenersatzansprüche für den durch den Öleinbruch entstandenen Schaden dem Grunde nach an.

Eine Spezifizierung werden wir zur gegebenen Zeit vornehmen. Wir bitten Sie höflichst um Mitteilung, ob diese Spezifizierung Ihnen gegenüber erfolgen soll oder gegenüber einer Versicherung."

Der Kläger antwortete am 23. April 1969:

"Sie werden entsinnen, daß ich Ihnen sofort nach Eintreten des Ölschadens Mitteilung gemacht habe und Sie bat,

Ihnen möglicherweise entstehende Schäden mir aufzugeben zur Weitergabe an die Versicherung. So ist das auch von den anderen Mietern, sofern Schäden aufgetreten sind, gehandhabt worden und so müßte es auch von Ihnen gemacht werden, sofern Sie sich durch den Ölschaden in Ihren Räumen geschädigt fühlen. Der Schaden wird wahrscheinlich im Laufe dieser Woche restlos beseitigt sein und ich habe Anweisung gegeben, daß ihre sämtlichen Räume geputzt und gesäubert werden."

Mit Brief vom 9. Mai 1969 teilte die Beklagte die ihr nach ihrer Auffassung an ihren Einrichtungsgegenständen im einzelnen entstandenen Schäden mit und schrieb weiter:

"Im Übrigen sehr geehrter Herr Ellinghaus wurden wir von unserem Rechtsbeistand darauf hingewiesen, daß wohl die Versicherung für die Zeit der Unbenützbarkeit der Räumlichkeiten auch für die Mietzahlungen aufzukommen hat."

In Bestätigung dieses Schreibens forderte der Kläger durch Brief seines Rechtsanwalts vom 21. Mai 1969 die Beklagte auf, sich wegen der Schadensregulierung mit der T[REDACTED] Versicherungs AG in Verbindung zu setzen. Dieser schrieb die Beklagte am 4. Juni 1969 u.a.:

"Es kommt dazu, daß wir den Standpunkt vertreten, daß unsererseits seit Eintritt des Schadensfalles eine Miete nicht zu zahlen war. Die Miete beträgt monatlich DM 3 463, 20."

Wir erbitten zunächst Ihre Mitteilung, ob unser Gesamtschaden einschließlich der Miete Ihrerseits anerkannt wird oder nicht. Nach der uns erteilten Auskunft unserer Anwälte ist es dabei unwichtig, ob die Räume zur Zeit des Geschehens bis zur Behebung der Schäden genutzt wurden oder nicht."

Die Instandsetzungsarbeiten zogen sich bis Dezember 1969 hin. Mit Rechtsanwaltsschreiben vom 3. November 1969 kündigte die Beklagte den Mietvertrag wegen Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache fristlos. Die Mietzahlungen hatte sie bereits seit 1. September 1969 eingestellt. Später einigten sich die Parteien unter Wahrung der beiderseitigen Rechtsstandpunkte auf eine vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses zum 15. Juni 1970.

Im Rechtsstreit verlangt der Kläger Zahlung des Mietzinses für die Zeit vom 1. September 1969 bis 15. Juni 1970 zuzüglich rückständiger Heizungskosten aus den Jahren 1967 bis 1969, insgesamt einen Betrag von 33 538,69 DM.

Die Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 13 400 DM erhoben mit der Begründung, der Kläger habe den Abschluß eines Vertrages mit einem Nachfolgeinteressenten vereitelt. Dadurch sei ihr ein Schaden in der angegebenen Höhe entstanden. Ferner rechnet die Beklagte hilfsweise mit einem Anspruch von 20 779,20 DM auf Rückzahlung der Miete für die Monate März bis August 1969 gegen die Klageforderung auf.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen und dem Kläger lediglich die eingeklagten rückständigen Heizungskosten mit zusammen 638,29 DM zugesprochen. Im übrigen hat es auch die Klage abgewiesen.

Beide Parteien haben Berufung eingelegt, der Kläger mit dem Ziel des vollen Erfolges seiner Zahlungsklage, die Beklagte zuletzt nur noch mit dem Antrag, ihrer Widerklage stattzugeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung des Klägers die Beklagte zur Zahlung weiterer 32 900,40 DM verurteilt. Mit der Revision strebt die Beklagte die Abweisung der Zahlungsklage an. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Die Revision wendet sich in erster Linie dagegen, daß das Berufungsgericht die am 3. November 1969 ausgesprochene, auf § 542 BGB gestützte Kündigung für unwirksam hält.

Damit kann sie keinen Erfolg haben.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Oberlandesgerichts bedenkenfrei ist, wonach im Zeitpunkt der Kündigung nur noch eine un-

erhebliche Hinderung im Gebrauch der Mietsache vorlag (§ 542 Abs. 2). Auf jeden Fall hätte die Beklagte vor der Kündigung dem Kläger eine Frist zur Abhilfe setzen müssen (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine solche Fristsetzung wäre möglicherweise zwar entbehrlich gewesen, wenn die Beklagte die Mieträume in Benutzung gehabt hätte. Dann könnte unter Umständen ihr Interesse an der Fortsetzung des Vertrages entfallen sein, wenn neun Monate nach Eintritt des Ölschadens immer noch keine durchgreifende Abhilfe geschaffen war. Doch kann das dahingestellt bleiben.

Im vorliegenden Falle hat die Beklagte die Mieträume unstreitig seit 30. September 1968 nicht mehr benutzt. Der Kläger als Vermieter konnte deshalb davon ausgehen, daß für die Beklagte der Zeitpunkt der Beendigung der Instandsetzungsarbeiten nicht von erheblichem Interesse war. Zwar hatte die Beklagte, wie das Berufungsgericht unterstellt, die Absicht, spätestens zum 30. September 1969 (nicht 15. September 1969, wie es im Berufungsurteil aktenwidrig heißt), das Lokal wieder zu eröffnen, um sich die Konzession und damit die Chance, den Betrieb an einen Mietnachfolger veräußern zu können, zu erhalten. Davon war aber, jedenfalls nach dem Vortrag der Beklagten, dem Kläger nichts bekannt. Bei dieser Sachlage war eine Fristsetzung nach § 542 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entbehrlich, sollte die am 3. November 1969 ausgesprochene fristlose Kündigung wirksam sein.

II. Dem Berufungsgericht kann dagegen nicht gefolgt werden, soweit es eine Minderung des Mietzinses (§ 537 BGB) für die Zeit seit Eintritt des Ölschadens in entsprechender Anwendung des § 539 BGB verneint.

1. Vorweg ist klarzustellen, daß etwaige Mängelansprüche nicht schon deshalb entfielen, weil die Beklagte zu der Zeit, als der Ölschaden eintrat und noch bestand, die Gaststättenräume nicht benutzte. Der Kläger hatte sich zur Überlassung vertragsmäßiger Räume verpflichtet, die Beklagte zur Mietzahlung. Ob die Beklagte von den bereitgestellten Räumen Gebrauch machte, war ihre Sache. Den Mietzins hatte sie in jedem Fall zu entrichten (§ 552 BGB). Umgekehrt entfiel durch den Nichtgebrauch der Mietsache nicht die vertragliche Verpflichtung des Klägers aus § 536 BGB.

2. Das Berufungsgericht läßt ausdrücklich offen, wie lange und in welchem Umfang die Tauglichkeit der Mieträume aufgehoben war. In der Revisionsinstanz muß deshalb davon ausgegangen werden, daß die Voraussetzungen für eine Minderung des Mietzinses (§ 537 BGB) gegeben waren.

Das Berufungsgericht meint, weil die Beklagte bis einschließlich August 1969 vorbehaltlos den Mietzins gezahlt hat, stünden ihr in entsprechender Anwendung des § 539 BGB die Rechte aus § 537 BGB nicht zu (vgl. die Urteile des erkennenden Senats vom 5. Juli 1961 - VIII ZR 155/60 = ZMR 1961, 359, vom

15. Februar 1967 - VIII ZR 222/64 = WM 1967, 515, 517
und vom 17. Mai 1967 - VIII ZR 265/64 = WM 1967, 850).

Gegen diese Erwägungen bestehen rechtliche Bedenken.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte bei Fälligkeit der Miete für März 1969 den Eintritt des Schadens kannte. Es nimmt weiter, auch insoweit zutreffend, an, die Zahlung des Mietzinses während einer kurzen Zeit schließe trotz Kenntnis des Mangels eine Mietzinsminderung jedenfalls für die Zukunft nicht aus, und es verweist dabei mit Recht auf den Umstand, daß die Ausbesserungsarbeiten vom Kläger sofort in Angriff genommen worden waren, und daß nach dem Schreiben des Klägers vom 23. April 1969 mit der alsbaldigen Beendigung der Instandsetzungsarbeiten gerechnet werden konnte. Ein Mieter, der in Erwartung baldiger Beseitigung vorübergehender Mängel den Mietzins zunächst weiter zahlt, leistet damit nicht vorbehaltlos im Sinne der o.a. Rechtsprechung. Mit dem Berufungsgericht ist deshalb auch der erkennende Senat der Auffassung, daß die Mietzahlungen für März bis Mai 1969 nicht den Verlust etwaiger Rechte aus §§ 537 f BGB zur Folge hatten.

b) Das Berufungsgericht führt weiter aus, in dem Schreiben vom 9. Mai 1969 habe die Beklagte nicht erkennen lassen, daß sie künftig den Mietzins nur noch unter Vorbehalt weiter zahle. Die Mitteilung der Auffassung ihres Rechtsbestandes, daß "wohl die Versicherung für die Zeit der Unbenützbarkeit der Räumlichkeiten für die Mietzahlungen aufzukommen" habe, beruhe möglicher-

weise auf der irrigen Vorstellung, daß die Versicherung ihre Mietzahlungen erstatten werde; bei vernünftiger Überlegung oder bei Beratung durch einen Rechtsanwalt habe ihr klar sein müssen, daß sie selbst keine Ansprüche wegen der geleisteten Miete gegen die Haftpflichtversicherung habe, sondern nur der vom Kläger auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommene Öllieferant; eine irrige Vorstellung der Beklagten in dieser Hinsicht sei unbeachtlich, weil sie dem Kläger nicht deutlich gemacht habe, sie, die Beklagte, werde den Mietzins zurückfordern.

Darin liegt, wie die Revision mit Recht rügt, eine Verletzung des § 133 BGB, wonach Erklärungen nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern nach dem wirklichen, in der Erklärung zum Ausdruck gekommenen Willen, zu beurteilen sind. Bei Beachtung dieser Vorschrift drängte sich jedoch die Frage auf, was der Hinweis der Beklagten, daß die Mietzahlungen von der Versicherung zu übernehmen seien, in dem Schreiben vom 9. Mai 1969 für einen Sinn haben sollte. Keinesfalls konnte damit gemeint sein, die Beklagte wisse, daß der Kläger Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls durch eine Versicherung habe, sie, die Beklagte, zahle aber gleichwohl die Miete auf jeden Fall und ohne Vorbehalt weiter. Ein derartiges Verhalten, das jeder vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zuwiderläuft, hätte das Berufungsgericht nur annehmen dürfen, wenn dafür einleuchtende Gründe auf Seiten der Beklagten erkennbar waren. Gerade daran aber fehlte es. Vielmehr lagen Anhaltspunkte für das Gegenteil vor.

Der Mietvertrag über die Gaststätte war für die Beklagte schon seit Jahren ein Verlustgeschäft gewesen. Seit 30. September 1968 zahlte sie, weil der Vertrag fest auf zehn Jahre abgeschlossen war und sie einen Nachfolger noch nicht gefunden hatte, einen nicht unbeträchtlichen Mietzins, ohne den wirtschaftlichen Gegenwert in Anspruch nehmen zu können. Es lag daher sehr nahe, daß die Mitteilung vom 9. Mai 1969 zum Inhalt hatte, die Beklagte zahle zunächst im Interesse des Klägers den Mietzins weiter, mache ihn aber gleichzeitig darauf aufmerksam, daß er von der Versicherung entsprechenden Ersatz verlangen könne und sie behalte sich im Ersatzfalle die Rückforderung des Geleisteten vor. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Kläger nur über die Möglichkeit, den Mietzins von einer Versicherung ersetzt zu bekommen, unterrichtet und gleichzeitig erklärt, sie zahle den Mietzins trotzdem selbst, ist so lebensfremd, daß ihr nicht gefolgt werden kann. Dabei ist unerheblich, ob die Beklagte die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Öllieferanten und den beteiligten Versicherern im einzelnen richtig beurteilt hat. Entscheidend ist, daß sie im Kern zutreffend davon ausging, der Kläger habe für den durch den vom Öllieferanten verursachten Mietausfall Ersatz zu beanspruchen. Daß auch der Kläger die Beklagte so verstanden hat, zeigt das Schreiben seines Rechtsanwalts vom 21. Mai 1969, in welchem er die Beklagte wegen der Schadensregulierung an die Versicherung verwies.

Unter Schaden verstand die Beklagte nach ihrem Schreiben vom 9. Mai 1969 ersichtlich auch ihre seit März 1969 geleisteten Mietzahlungen. Da die Beklagte sich also insoweit Ersatz von der Versicherung erhoffte, läßt sich der vom Berufungsgericht hervorgehobene Umstand, daß die Beklagte die Mietzahlungen nicht alsbald einstellte, unschwer damit erklären, daß sie sich das Wohlwollen des Klägers erhalten wollte, dessen Zustimmung sie für den von ihr angestrebten Mieterwechsel benötigte.

Gegen die Annahme des Berufungsgerichts spricht im übrigen auch, daß die Beklagte bereits am 14. Februar 1969 ihre Schadensersatzansprüche mit dem Ziel der Weiterleitung an die Versicherung dem Grunde nach angemeldet hat. Schon das zeigt, daß sie, dem Kläger erkennbar, sich von den durch den Ölschaden verursachten wirtschaftlichen Nachteilen nach Möglichkeit entlasten wollte. Nicht zuletzt ergibt sich aus dem Schreiben der Beklagten an die T [REDACTED] Versicherungs-AG vom 4. Juni 1969, daß sie von dieser die nach ihrer Meinung nicht geschuldeten Mietzahlungen ersetzt haben wollte. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann deshalb keine Rede davon sein, daß die Beklagte nach dem 9. Mai 1969 den Mietzins vorbehaltlos gezahlt und damit ihre Rechte aus §§ 537 f BGB verloren hat.

3. Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben. Vielmehr muß das Berufungsgericht den Sachverhalt unter den aufgezeigten Gesichtspunkten erneut prüfen. Es wird darauf ankommen, in welchem Umfang und wie

lange die Mieträume wirklich unbenutzbar oder nur beschränkt benutzbar waren, ob bis Dezember 1969, wie der Kläger behauptet oder bis Juni 1970, wie die Beklagte vorträgt. Soweit danach eine Minderung des Mietzinses nach dem 1. September 1969 in Betracht kommt, wäre die Zahlungsklage abzuweisen.

Dem hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Bereicherungsanspruch, den die Beklagte im Hinblick auf die Mietzahlungen von März bis August 1969 geltend macht, steht § 814 BGB nicht entgegen, soweit nur unter Vorbehalt geleistet worden ist (Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl., § 814 Nr. 2). Daß auch die Zahlungen für die Monate März bis Mai 1969 nicht vorbehaltlos geleistet worden sind, ist unter Nr. II 2 a bereits ausgeführt. Im Übrigen hat das Berufungsgericht insoweit verkannt, daß bloße Kenntnis der Tatumstände, hier des Ölschadens, nicht ausreicht, um einen Rückforderungsanspruch auszu-schließen. Erforderlich wäre vielmehr die Kenntnis der Rechtslage d.h. die nach § 537 BGB eintretende Minderung des Mietzinses. Diese Kenntnis ist vom Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt und ausweislich des Briefes der Beklagten vom 9. Mai 1969 und ihrer Schadensanmeldung vom 4. Juni 1969 auch nicht anzunehmen.

III. Soweit die Beklagte endgültig unterlegen ist (Widerklage und Zahlung von 638,29 DM) waren ihr die Kosten aufzuerlegen. Die Entscheidung hinsichtlich der restlichen Kosten hängt vom Ergebnis der Hauptsache ab. Sie war deshalb dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger	Dr. Gelhaar	Braxmaier
Dr. Hiddemann	Hoffmann	