

BUNDESGERICHTSHOF

2126 025

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 222/66

URTEIL

Verkündet am

27. September 1967
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Franz H [REDACTED] in K[REDACTED]-S[REDACTED], Rh[REDACTED] Str. [REDACTED] - [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die K[REDACTED]-B[REDACTED]-Eisenbahnen Aktiengesellschaft in K[REDACTED],
Am We[REDACTED] - [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre
Vorstandmitglieder Dr. Kurt Kr[REDACTED] und Dipl. Ingenieur
Oberbaurat a.D. Alfred Sch[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 6. Oktober 1966 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des innerhalb ihres Güterbahnhofs gelegenen Betriebsgrundstücks K- S, Rh Straße / . Eine Fläche von 3258 qm dieses Grundstücks hatte sie seit 1946 dem Beklagten überlassen. Dieser errichtete auf einer Teilfläche von 1460 qm ein massives Bürogebäude und massive Lagerhallen, die er an Dritte vermietete. Die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien wurden unter Aufhebung früherer Verträge durch den Mietvertrag vom 29. September/4. Oktober 1961 geregelt, der für die Zeit vom 1. September 1961 bis 31. August 1981 abgeschlossen war. In § 1 des Vertrages wurde festgestellt, daß die von dem Beklagten errichteten Gebäude in dessen Eigentum standen. Nach § 2 waren die "Allgemeinen Bedingungen für das Vermieten von Lagerplätzen, Lagerräumen, Tankplätzen, Wagenabstellplätzen und Plätzen für Fuhrwerkswaagen" (Lagerplatzbedingungen)

der Klägerin vom 1. Januar 1960 Bestandteil des Vertrages. Die Miete betrug jährlich 8.580 DM und sollte sich entsprechend den jeweiligen Richtsätzen der Deutschen Bundesbahn senken oder erhöhen (§ 3). In § 4 übernahm der Beklagte die weitere Verpflichtung, die Lagerplatzgüter mit Beförderungsmitteln der Klägerin zu beziehen. Soweit ein Mindestumschlag von 300 Wagenladungen innerhalb eines Kalenderjahres nicht erreicht wurde, hatte der Beklagte eine Ausfallentschädigung an die Klägerin zu zahlen, deren Berechnung in dieser Vorschrift im einzelnen geregelt war. § 5 enthielt besondere Vereinbarungen zu den Lagerplatzbedingungen. Nr. 5 dieser Bestimmung lautet:

"Zu § 15 (2) b

Die KBE (Klägerin) kann den Vertrag ohne Frist kündigen, wenn der Mieter mit drei aufeinanderfolgenden Monatsmieten rückständig ist."

Die angezogene Vorschrift des § 15 Abs. 2 b der Lagerplatzbedingungen bestimmt:

"Die KBE kann den Vertrag ohne Frist kündigen,
...

b) wenn der Mieter einer Verpflichtung aus dem Mietvertrag trotz Aufforderung nicht nachkommt. ..."

§ 16 der Lagerplatzbedingungen war in § 5 Nr. 6 des Vertrages abbedungen und durch folgende Vereinbarung ersetzt:

"Mit Ablauf der Mietzeit kann die KBE verlangen, daß der Mieter den Lagerplatz ohne Anspruch auf Entschädigung in den ursprünglichen Zustand versetzt und die von ihm oder seinen Rechtsvorgängern errichteten Bauten und anderen Anlagen ohne Entschädigung auf seine Kosten entfernt. Soweit die KBE von diesem Recht keinen Gebrauch macht, gehen die Aufbauten und anderen Anlagen des Mieters ohne Anspruch des Mieters auf Wertersatz in das Eigentum der KBE über."



Der Beklagte vermietete einen Teil der Gebäude an die Firma Kaufhaus M. für eine Miete von monatlich 3.500 DM. Hiervon wurden monatlich 1.100 DM an die Klägerin abgetreten und unmittelbar von der Firma Merkur an diese bezahlt. Hierdurch wurde einmal die monatliche Lagerplatzmiete abgegolten, außerdem sollte der Restbetrag eine Sicherheit für die am Jahresende abzurechnende Ausfallvergütung und die vom Beklagten zu tragenden öffentlichen Lasten darstellen.

Die ihm nach dem Mietvertrage obliegenden Verpflichtungen erfüllte der Beklagte, der bereits in den Jahren 1958 und 1959 mit Mietzahlungen im Rückstand gewesen war, nicht in vollem Umfange. Aus 1961 schuldete er noch 220 DM Ausfallentschädigung und 212 DM Waggonstandgeld sowie aus 1962 den Betrag von 1.220 DM Ausfallentschädigung. Über diese Beträge erwirkte die Klägerin im Oktober 1963 einen Vollstreckungsbefehl, aus dem sie ohne Erfolg Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten betrieb. Für 1963 schuldete der Beklagte noch 540 DM Ausfallentschädigung. Dadurch belief sich seine Schuld gegenüber der Klägerin einschließlich der Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten auf insgesamt 2.232,60 DM. Eine Zahlungsaufforderung der Klägerin vom 23. Januar 1964 über diesen Betrag wurde vom Beklagten nicht beachtet.

Mit Schreiben vom 2. November 1964 kündigte die Klägerin dem Beklagten unter Hinweis auf § 15 (2) b der Lagerplatzbedingungen mit Rücksicht auf die Zahlungsrückstände das Mietverhältnis zum 31. Dezember 1964.

Mit Wirkung vom 1. Januar 1964 erhöhte die Deutsche Bundesbahn die Lagerplatzmieten für die Bahnhofsgruppe S, zu der auch die K[REDACTED] Bahnhöfe gehören, um 33 1/3 %. Die Klägerin verlangte deshalb von dem Beklagten durch Schreiben vom 23. November 1964 für die Zeit ab 1. April 1964 eine Erhöhung der Miete von monatlich 715 DM auf 953,33 DM. Dagegen ermäßigte sie wegen Änderung des in Betracht kommenden Frachtsatzes die Ausfallentschädigung von 20 DM auf 18,12 DM je Wagenladung ab 1. August 1964. Nach ihrer Abrechnung in dem genannten Schreiben belief sich der von dem Beklagten an Miete und Ausfallentschädigung für 1964 geschuldete Rückstand abzüglich der von der Firma M[REDACTED] geleisteten Zahlungen auf 3.289,97 DM. Die Gesamtschuld des Beklagten zum Jahresende 1964 betrug mithin 3.289,97 DM und 2.232,60 DM = 5.522,57 DM. In demselben Schreiben erklärte sich die Klägerin bereit, die Kündigung zurückzunehmen und der Untervermietung des gesamten Platzes an die Firma M[REDACTED] zuzustimmen, wenn der Beklagte die von ihm geschuldeten Beträge alsbald bezahlte und sich mit gewissen - im einzelnen angegebenen - Änderungen der vertraglichen Regelung einverstanden erklärte. Der Beklagte leistete jedoch weiterhin keine Zahlungen auf diese Rückstände.

Anfang Mai 1965 teilte die Klägerin der Firma M[REDACTED] mit, daß sie das Mietverhältnis des Beklagten wegen vertragswidrigen Verhaltens zum 31. Dezember 1964 gekündigt habe. Darauf kündigte die Helmut H[REDACTED] GmbH, zu der die Firma M[REDACTED] wirtschaftlich gehörte, durch Schreiben vom 10. Mai 1965 den Mietvertrag mit dem Beklagten fristlos und erklärte, daß sie das Mietobjekt unverzüglich räumen werde.

An 19. Mai 1965 erwirkte die Klägerin wegen der restlichen Ausfallentschädigung für 1963 und 1964, der Mietrückstände infolge der Mieterhöhung für 1964 und eines vom Beklagten geschuldeten Wassergeldbetrages einen Vollstreckungsbefehl über insgesamt 3.835,37 DM, der ebenfalls rechtskräftig wurde.

Unter dem 24. Mai 1965 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sie von ihrem Recht, die Zurücksetzung des Mietobjekts in den ursprünglichen Zustand zu verlangen, keinen Gebrauch mache und daß deshalb die Aufbauten ohne Anspruch des Beklagten auf Wertersatz in das Eigentum der Klägerin übergegangen seien. Gleichzeitig ersuchte sie um unverzügliche Räumung der für Wohnzwecke eingerichteten Büroräume.

Da der Beklagte das Mietobjekt nicht räumte und auch keine Zahlungen leistete, erhob die Klägerin kurz darauf Klage, mit der sie Herausgabe des Lagerplatzes und die Zahlung von 1.225,32 DM als Miete und Ausfallentschädigung für die Zeit vom 1. Januar 1965 bis 30. April 1965, ferner von monatlich 953,33 DM ab 1. Juni 1965 als Nutzungsentschädigung und von monatlich 435 DM ab 1. Mai 1965 als Ausfallentschädigung bis zur Herausgabe des Lagerplatzes nebst Zinsen auf alle Beträge verlangte.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Herausgabe sowie zur Zahlung von 366,65 DM und von monatlich 953,33 DM ab 1. Juli 1965 bis zur Herausgabe nebst Zinsen und wies die weitergehende Klage ab.

Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin erstrebt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts war die fristlose Kündigung durch das Schreiben der Klägerin vom 2. November 1964 nach § 15 Abs. 2 b der Lagerplatzbedingungen gerechtfertigt, weil der Beklagte seiner Verpflichtung zur Zahlung der für die Jahre 1961 bis 1963 noch als Ausfallentschädigung geschuldeten Beträge von 220 DM, 1.220 DM und 540 DM - insgesamt 1.980 DM - nicht nachgekommen war. § 5 Nr. 5 des Mietvertrages habe der Kündigung nicht entgegengestanden, denn diese Bestimmung betreffe lediglich die Kündigung wegen rückständiger Miete und habe § 15 Abs. 2 b der Lagerplatzbedingungen nicht völlig aufgehoben, vielmehr hätten alle übrigen Säumnisse des Beklagten in der Erfüllung vertraglicher Pflichten die Klägerin uneingeschränkt zur fristlosen Kündigung berechtigt.

Die Revision, die sich bewußt ist, daß es sich um die Auslegung eines Individualvertrages durch das Berufungsgericht handelt, die den erkennenden Senat dann bindet, wenn sie möglich ist, hält die Auffassung des Berufungsgerichts für widersinnig, weil die Klägerin, wenn dem Berufungsurteil gefolgt würde, bereits dann kündigen könnte, wenn ein ganz geringer Rückstand an Ausfallentschädigung entstanden wäre, während ihr dieses Recht nach § 5 des Vertrages bei Mietrückständen

nur für den Fall gegeben war, daß es sich um drei aufeinanderfolgende Monatsmieten handelte. Die Revision macht außerdem geltend, daß auch die Ausfallentschädigung rechtlich als Miete anzusehen sei.

Mit diesen Rügen kann die Revision keinen Erfolg haben.

a) Daß die Klägerin wegen eines geringen Rückstandes an geschuldeter Ausfallentschädigung schon mit Rücksicht auf die lange vereinbarte Vertragsdauer und die erheblichen Investitionen des Beklagten, der auf dem Lagerplatz wertvolle Gebäude errichtet hatte, nicht ohne weiteres fristlos kündigen durfte, weil eine solche Kündigung gegen Treu und Glauben verstoßen würde, hat das Berufungsgericht nicht verkannt (BU S. 11). Wenn das Berufungsgericht einen Verstoß der Klägerin gegen Treu und Glauben unter den hier gegebenen besonderen Verhältnissen dennoch verneint hat, so ist das nicht zu beanstanden. Mit Recht hebt das Berufungsgericht hervor, daß der Beklagte aus drei aufeinanderfolgenden Jahren immerhin insgesamt 1.980 DM an Ausfallentschädigung schuldete und daß im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits abzusehen war, der Beklagte würde auch den für 1964 anfallenden erheblichen Betrag an Ausfallentschädigung und die erhöhte Miete nicht begleichen können. Es kam hinzu, daß die Klägerin gegen den Beklagten aus dem gegen ihn erwirkten Titel fruchtlos vollstreckt hatte und die Vermögensverhältnisse des Beklagten völlig zerrüttet waren. Die Klägerin mußte daher damit rechnen, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, daß sie auch in Zukunft nicht zu ihrem Gelde kommen würde, und befürchten, daß die Schuld des Beklagten immer größer wurde, je länger sie mit der

Kündigung wartete. Auch der Umstand, daß die Klägerin nach § 5 Nr. 6 des Mietvertrages die Möglichkeit hatte, im Falle der fristlosen Kündigung die von dem Beklagten erstellten Aufbauten, die nach seinen Angaben einen Wert von 300.000 DM haben sollen, "ohne Anspruch auf Wertersatz" zu übernehmen, stand der Kündigung nicht entgegen. Es dürfen nicht allein die Interessen des Schuldners in Betracht gezogen werden. Vielmehr verdienen auch die Belange des Gläubigers Berücksichtigung. Angesichts der ständigen Zahlungsunfähigkeit des Beklagten und mangels irgendwelcher Anhaltspunkte für eine mögliche Besserung seiner Verhältnisse konnte aber der Klägerin, die erhebliche Langmut gezeigt hatte, nicht zugemutet werden, weiter tatenlos zuzusehen, wie die Rückstände laufend anwuchsen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangte daher nicht, daß die Klägerin von der fristlosen Kündigung des für lange Laufzeit abgeschlossenen Mietvertrages Abstand nahm.

b) Unter "Monatsmiete" im Sinne des § 5 Nr. 5 des Mietvertrages hat das Berufungsgericht ersichtlich nur die in § 3 des Vertrages vereinbarten Leistungen verstanden. Eine solche Auslegung der Bestimmung lag im Rahmen des dem Berufungsgericht zustehenden Ermessens. Daß der Beklagte für die Überlassung des Lagerplatzes noch weitere Leistungen, nämlich die Verpflichtung, die Lagerplatzgüter mit Beförderungsmitteln der Klägerin zu beziehen oder zu versenden und gegebenenfalls bei ungenügendem Umschlag eine Ausfallentschädigung zu zahlen, übernommen hatte, ist in dem Berufungsurteil mehrfach erwähnt worden. Das Berufungsgericht hat diesen Umstand also nicht übersehen. Angesichts des Wortlauts des § 5 Nr. 5 des Mietvertrages

und des von dem Berufungsgericht ermittelten Sinnes dieser Bestimmung sowie der von ihm mit Recht berücksichtigten Interessenlage war das Berufungsgericht nicht gehindert, zu der Auslegung zu gelangen, die es für richtig hält. In diesem Zusammenhange darf nicht außer Betracht bleiben, daß die eigentliche Mietforderung durch Abtretung gesichert war. Es kann daher durchaus sinnvoll gewesen sein, hierüber eine besondere Vereinbarung zu treffen, um dem Beklagten einen gewissen Schutz für den Fall zu gewähren, daß sein Untermieter nicht pünktlich zahlte. Auch der Hinweis, daß die Ausfallentschädigung rechtlich einen Teil der Miete darstelle, ist daher nicht geeignet, der Revision zum Erfolge zu verhelfen.

2. Die Revision meint, mindestens müßte aus § 5 Nr. 5 des Mietvertrages entnommen werden, daß eine fristlose Kündigung nur dann habe zulässig sein sollen, wenn der Rückstand an Ausfallentschädigung einem Wert von drei Monatsmieten gleichkam. Das sei hier nicht der Fall, denn das Berufungsgericht gehe nur von einem Betrage von 1.980 DM aus.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht die von der Revision für richtig gehaltene, immerhin mögliche Auslegung der Vorschrift nicht in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen hat. Wenn hierin ein Rechtsfehler erblickt und dem Gedankengang der Revision gefolgt würde, so hätte mithin die fristlose Kündigung vom 2. November 1964 nicht zur Beendigung des Mietvertrages führen können, denn zu diesem Zeitpunkt schuldete der Beklagte aus dem Vollstreckungsbefehl von 1963 (einschließlich Kosten) und an Ausfallentschädigung

für 1963 insgesamt 2.232,60 DM. Das waren weniger als drei volle Monatsmieten, weil allein die reine Miete (ohne Ausfallentschädigung) damals 953,33 DM monatlich betrug.

Die Klägerin hat die fristlose Kündigung aber mehrfach wiederholt. Eine solche Wiederholung liegt bereits in dem Schreiben vom 24. Mai 1965, in dem die Klägerin klar zu erkennen gibt, daß sie an ihrem Verlangen nach fristloser Räumung der Mietsache festhält, sowie in der Klageerhebung und in dem Verhalten der Klägerin während des Rechtsstreits. Bereits am 24. Mai 1965 schuldete aber der Beklagte der Klägerin aus dem Mietverhältnis Beträge in Höhe von weit mehr als drei Monatsmieten, denn ausweislich des Vollstreckungsbefehls vom 19. Mai 1965 hatte der Beklagte an Mietrückständen und Ausfallentschädigung für das Jahr 1964 weitere 3.295,37 DM an die Klägerin zu zahlen. Die Schuld des Beklagten war also bis Ende 1964 auf über 5.500 DM aufgelaufen. Dieser Rückstand, der drei Monatsmieten auch dann übersteigt, wenn die Ausfallentschädigung als Teil der Miete betrachtet wird, berechtigt die Klägerin also auch in dem Fall zur fristlosen Kündigung, daß der Auffassung der Revision gefolgt und angenommen wird, der Rückstand habe mindestens drei Monatsmieten betragen müssen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat hat die Revision darüberhinaus den Standpunkt vertreten, eine fristlose Kündigung setze auch dann, wenn es sich um rückständige Ausfallentschädigung handele, voraus, daß es sich um Rückstände aus drei aufeinanderfolgenden Monaten handele, was hier nicht der

Fall sei. Diese Ansicht der Revision verdient keine Billigung. Sie übersieht, daß die Ausfallentschädigung weder monatlich fällig noch monatlich zu berechnen war; denn nach § 4 des Mietvertrages war die Ausfallentschädigung erst nach Ablauf des Kalenderjahres zu berechnen und an die Klägerin zu zahlen. Wenn also, wie die Revision es für richtig hält, die Vorschrift des § 5 Nr. 5 des Mietvertrages entsprechend auch auf die rückständige Ausfallentschädigung angewendet werden soll, kann das nur in der Weise geschehen, daß die Kündigung dann nicht für zulässig gehalten wird, wenn der Mieter lediglich mit einem Betrag an Ausfallentschädigung rückständig ist, der drei volle Monatsmieten nicht erreicht. Der Beklagte ist aber mit einem weit höheren Betrag in Rückstand gekommen. Er hat für die Jahre 1962 bis einschließlich 1964 außer den Beträgen, die von der Firma M. auf Grund der Abtretung an die Klägerin gezahlt und, soweit sie die reine Miete überstiegen, auf die Ausfallentschädigung und die vom Beklagten zu tragenden öffentlichen Lasten verrechnet wurden, irgendwelche Zahlungen an die Klägerin nicht geleistet, so daß die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschrift des § 5 Nr. 5 des Mietvertrages zu Gunsten des Beklagten nicht erfüllt sind.

3. Dem von der Revision aufgegriffenen Vorbringen des Beklagten, die Klägerin habe nur deshalb gekündigt, um rückwirkend eine ihr nicht zustehende Mieterhöhung durchzusetzen, ist das Berufungsgericht mit Recht nicht nachgegangen. Die Revision läßt außer acht, daß die Klägerin den rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl vom 19. Mai 1965 erwirkt hat. Es steht daher fest, daß der Beklagte die erhöhte Miete bereits ab 1. April 1964 schuldete.

Zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Beklagten war die Klägerin nur unter den im einzelnen mitgeteilten Bedingungen bereit, die sicherstellen sollten, daß die Klägerin die ihr zustehenden Beträge auch tatsächlich erhielt. Wenn die Revision zu Gunsten des Beklagten Schlüsse aus der Tatsache zu ziehen versucht, daß die Klägerin dem Beklagten eine Fortsetzung der Vertragsbeziehungen vorgeschlagen hatte, so läßt sie außer acht, daß die Klägerin ihre Bereitschaft von den erwähnten Bedingungen abhängig machte, also eine unveränderte Fortsetzung des Vertrages zu den bisherigen Bedingungen gerade nicht wollte.

Durch die von der Revision erwähnte Teilabtretung der Forderung des Beklagten gegen die Firma M[REDACTED] waren die Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus dem Mietvertrage entgegen der Darstellung der Revision nicht voll gedeckt, wie sich daraus ergibt, daß bereits seit 1961 ständig Rückstände an Ausfallentschädigung entstanden waren. Nach der Mieterhöhung mit Wirkung vom 1. April 1964 war noch weniger damit zu rechnen, daß der nach Abzug der reinen Miete zur Verfügung stehende Betrag dazu ausreichen würde, um die Ausfallentschädigung zu decken, zumal der Beklagte nichts darüber vorgetragen hatte, daß sich der Umschlag an Wagenladungen erhöht habe. Vielmehr mußte die Klägerin bei der gegebenen Sachlage befürchten, daß die Rückstände in Zukunft noch höher werden würden, weil von dem zahlungsunfähigen Beklagten, bei dem fruchtlos vollstreckt worden war, keine Leistungen zu erwarten waren.

Dem Räumungsbegehren der Klägerin ist mithin zu Recht entsprochen worden. Ob der Beklagte gegen die Klägerin Ansprüche erheben kann, wie er behauptet,

ist in diesem Zusammenhange ohne Bedeutung, denn dem Beklagten steht wegen dieser angeblichen Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Rückgabe des Grundstücks nicht zu.

4. Auch die Zahlungsansprüche sind der Klägerin mit Recht zugebilligt worden. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, kann die Klägerin für die Zeit ab 1. Januar 1965 bis zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks durch den Beklagten monatlich 953,33 DM verlangen, sei es zunächst als Miete, wenn die fristlose Kündigung vom 2. November 1964 unzulässig und erst die wiederholte Kündigung vom 24. Mai 1965 wirksam gewesen sollte, sei es für die ganze Zeit als Nutzungsentschädigung gemäß § 557 BGB.

Daß für die Zeit bis 30. Juni 1965 noch ein Betrag von 366,65 DM offen steht, haben der Beklagte und die Revision nicht in Abrede gestellt. Die Berechnung des Landgerichts läßt auch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen. Ebenso ist es nicht streitig, daß die Klägerin ab 1. Juli 1965 monatlich 953,33 DM als Miete oder Nutzungsentschädigung zu beanspruchen hat.

Schadensersatzansprüche, mit denen der Beklagte Aufrechnung erklärt hat, stehen ihm nicht zu. Der Beklagte leitet diese Ansprüche daraus her, daß die Klägerin der Firma M. [REDACTED] Anfang Mai 1965 von der Kündigung des Mietverhältnisses mit dem Beklagten zum 31. Dezember 1964 Mitteilung machte und dadurch, wie der Beklagte behauptet, die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses zwischen dem Beklagten und der Firma M. [REDACTED] durch diese auslöste. Offenbar will der

Beklagte in diesem Verhalten der Klägerin eine positive Vertragsverletzung erblicken. Eine solche scheidet indessen dann aus, wenn die Kündigung vom 2. November 1964 wirksam war. Aber auch dann, wenn diese Kündigung unzulässig gewesen sein sollte, wie für diesen Rechtszug zu unterstellen ist, und erst die in dem Schreiben der Klägerin vom 24. Mai 1965 zu erblickende erneute fristlose Kündigung das Mietverhältnis zwischen den Parteien beendet hätte, würde der Beklagte die Klägerin nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen können. Zwar würde objektiv eine Verletzung einer sich aus dem Mietvertrage ergebenden Nebenverpflichtung durch die Klägerin vorliegen. Es würde jedoch an einem Verschulden der für die Klägerin handelnden Personen fehlen. Der Beklagte war immerhin mit erheblichen Beträgen im Rückstand, gegen ihn war fruchtlos vollstreckt worden, eine Zahlungsaufforderung ließ er unbeantwortet, und er machte auch sonst keinerlei Anstalten, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Bei diesem Sachverhalt läßt sich nicht der Vorwurf eines Verschuldens gegen die Vertreter der Klägerin daraus herleiten, daß sie sich für berechtigt hielten, dem Beklagten bereits am 2. November 1964 zum 31. Dezember 1964 zu kündigen, daß sie an die Wirksamkeit dieser Kündigung glaubten und daß sie der Firma M■■■■ eine entsprechende Mitteilung machten. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob diese Mitteilung der Firma M■■■■ ihrerseits das Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrages mit dem Beklagten gab und diesem daher überhaupt Schaden verursachte. Ebenso bedarf keiner Prüfung, ob die Vertreter der Klägerin mit einem derartigen Verhalten der Firma M■■■■ aufgrund der Mitteilung rechnen mußten.

Mit Bereicherungsansprüchen, die nach Ansicht der Revision daraus herzuleiten sein sollen, daß die Klägerin vorzeitig die Möglichkeit erhält, das Eigentum an den von dem Beklagten auf ihrem Grundstück errichteten Aufbauten zu erlangen und diese Gebäude gewinnbringend zu nutzen, hat der Beklagte in den Tatsachenrechtszügen nicht aufgerechnet. Derartige Ansprüche hat der Beklagte bisher auch nicht näher substantiiert. Ebensowenig ist ersichtlich, daß die Klägerin schon jetzt bereichert sein könnte, ehe sie das Grundstück mit den Aufbauten herauserkauft hat. Dem Beklagten ist es deshalb verwehrt, im Revisionsrechtszuge eine Prüfung dieser Ansprüche zu verlangen. Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Rüge der Verletzung des § 139 ZPO geht schon deshalb fehl, weil auch die Revisionsbegründung keinerlei Substantiierung des angeblichen Bereicherungsanspruchs enthält. Es bedarf deshalb keiner Prüfung, ob dem Beklagten entsprechend den Grundsätzen, die der erkennende Senat über die Rückzahlung sogenannter verlorener Baukostenzuschüsse bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses entwickelt hat (vgl. BGHZ 29, 289, 292 ff; Urteil vom 3. Februar 1959 - VIII ZR 91/58 - LM BGB § 818 Abs. 2 Nr. 8; Urteil vom 3. Juli 1963 - VIII ZR 93/62 - LM 1.BMG § 29 Nr. 5 = WM 1963, 869), ein Bereicherungsanspruch zustehen könnte, wenn die Klägerin infolge der vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages das Grundstück mit den Aufbauten zurückerhält.

5. Die Revision hat nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist mit einem Schriftsatz mehrere Fotokopien von Frachtbriefen eingereicht. Sie will hierdurch dartun, daß der Beklagte für 1963 keine Ausfall-

entschädigung schulde. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieses neue Vorbringen überhaupt geeignet sein könnte, eine Entscheidung des Rechtsstreits zu Gunsten des Beklagten herbeizuführen, denn dessen Prüfung ist dem erkennenden Senat entgegen der Ansicht der Revision verwehrt. Der Rechtsstreit wird durch das Urteil des erkennenden Senats endgültig beendet. Deshalb können auch solche neuen Tatsachen und Beweismittel, die einen Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7 b ZPO darstellen, nicht entgegen § 561 ZPO vom Revisionsgericht berücksichtigt werden (BGHZ 18, 59).

Die Revision kann somit keinen Erfolg haben. Sie muß vielmehr mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Messner

Dr. Weber