

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 12/69

URTEIL

Verkündet am

14. Juli 1970

Klett,
Justizhauptssekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Ingeborg W [REDACTED] in D [REDACTED],
Sch [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Willy W [REDACTED] in D [REDACTED], H [REDACTED]-
straße [REDACTED]/B [REDACTED] 4, vertreten durch Herrn Karl Otto
Wal [REDACTED] in Ha [REDACTED]-St [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. November 1968 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden ist.

Die Klägerin hat 1/42 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, soweit über sie nicht entschieden worden ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Alleinerbin des am 11. März 1967 verstorbenen Kaufmanns Willy W [REDACTED]. Dieser

verkaufte durch Vertrag vom 31. Januar 1962 sein Einzelhandelsgeschäft in D[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED]/B[REDACTED] an den Kaufmann Karl Otto Wa[REDACTED], der es unter der bisherigen Firma - Willy W[REDACTED] - fortführte. Am selben Tage vermietete W[REDACTED] (im folgenden als Vermieter bezeichnet), die ihm gehörenden Geschäftsräume in der H[REDACTED]straße [REDACTED]/B[REDACTED]-[REDACTED] an die beim Vertragschluß nunmehr durch Wa[REDACTED] vertretene verklagte Firma Willy W[REDACTED]. Der Mietvertrag wurde auf Lebenszeit des Vermieters und seiner Ehefrau, mindestens aber auf 20 Jahre geschlossen. Der Mietzins betrug jährlich 138 000 DM und war in monatlichen Raten von 11 500 DM zu zahlen. Die hier maßgebenden Bestimmungen des Vertrages lauten:

"§ 3

Dieser Mietzins entspricht dem Preisindex für die Lebenshaltung der mittleren Verbrauchergruppe, Ausgabenstruktur 1958 des Bundesgebietes ohne Berlin, 1958 = 100. Dieser beträgt Ende Dezember 1961 106,3.

Sollte sich dieser Index um mehr als jeweils 3 % ändern, so verändert sich im gleichen Prozentsatz der monatliche Mietzins.

§ 6

1. Die Mieterin kann gegenüber dem Mietzins weder mit einer Gegenforderung aufrechnen, noch ein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht ausüben.
2. Ist die Mieterin mit mehr als der Hälfte des fälligen Monatsmietzinses oder der Nebenabgaben im Rückstand, und leistet sie der Zahlungsaufforderung des Vermieters innerhalb von 14 Tagen keine Folge, so ist der Vermieter zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt."



Mit dem Tode des Längstlebenden der Eheleute W [REDACTED] - die Ehefrau des Vermieters verstarb bereits 1963 - entfiel nach § 3 Abs. 3 die Wertsicherungsklausel. Statt dessen war dann eine Umsatzmiete, mindestens aber 138 000 DM jährlich zu zahlen (§ 3 Abs. 4 des Mietvertrages). Dieser Betrag wurde zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der Umsatzmiete nicht überschritten. Die Wertsicherungsklausel ist von der Landeszentralbank nach § 3 WährG genehmigt worden.

Ab 1964 entstanden zwischen dem Vermieter und der Beklagten Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der Wertsicherungsklausel. Die Beklagte war der Auffassung, daß bei einem jeweiligen Anstieg des Preisindex um mehr als 3 % der Mietzins nur um je 3 % erhöht werden könne, während der Vermieter den Mietzins entsprechend dem Prozentsatz der Indexerhöhung anpassen wollte. Eine Aufforderung des von dem vereidigten Buchprüfer E [REDACTED] vertretenen Vermieters vom 28. Juni 1964, für die Zeit ab 1. Januar 1963 bis 30. Juni 1964 12 006 DM nachzuzahlen, beantwortete die Beklagte mit einer Nachzahlung von 6 625 DM und einer Erhöhung der laufenden Miete auf 12 200 DM. Auf weitere Mieterhöhungen und die sich daraus ergebenden Nachzahlungen ließ sie sich nicht mehr ein. Mit Einschreiben vom 15. Juli 1966 errechnete E [REDACTED] einen Rückstand von 11 942,14 DM und forderte zur Zahlung dieses Betrages binnen zwei Wochen auf. Am 12. August 1966 richtete der Vermieter, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Sch [REDACTED] einen Einschreibebrief an die Beklagte, in dem er wegen

des mehr als die Hälfte einer Monatsmiete betragenden Mietrückstandes die Kündigung nach § 6 Nr. 2 des Mietvertrages aussprach. Dieses Einschreiben ging versehentlich dem Vermieter selbst zu. Die Beklagte erhielt lediglich einen nicht unterschriebenen Durchschlag. Für die Beklagte antwortete Rechtsanwalt V - auf den Brief vom 15. Juli 1966 mit Schreiben vom 15. August 1966, der Rückstand betrage nur 8 733,90 DM (rechnerisch richtig: 9 733,90 DM). Er kündigte "bis zur endgültigen Klärung der Mietregelung und bereits abgesprochener, aber nicht durchgeführter Instandsetzungsarbeiten am Mietobjekt" eine a conto-Zahlung von 7 500 DM an. Dieser Betrag traf am 22. August 1966 beim Vermieter ein. Durch Einschreibebrief vom 24. August 1966, den die Beklagte am 25. August 1966 erhielt, wurde die Kündigung unter Übersendung einer Abschrift des Briefes vom 12. August 1966 wiederholt. Im November 1966 gab die Beklagte ihren früheren Rechtsstandpunkt zur Auslegung der Mietpreisgleitklausel auf und leistete die noch ausstehende restliche Nachzahlung von 4 242,14 DM (11 942,14 - 7 500 DM).

Im Rechtsstreit verlangt die Klägerin Räumung und Herausgabe der vermieteten Geschäftsräume. Die - irrtümlich - auf die Wohnung eines Mieters Eg● sich beziehende Räumungsklage hat sie zurückgenommen. Die Beklagte hat Widerklage auf Aushändigung eines Grundstücksplanes und Zahlung von 3 365,29 DM nebst Zinsen erhoben. Zur Begründung dieses Zahlungsanspruches hat sie ausgeführt, der Vermieter habe ihr die Instandsetzung einer schadhaften Decke des Mietobjekts zugesagt, die Reparatur, die sie danach auf eigene Kosten habe ausführen lassen müssen, jedoch nicht durchgeführt.

Die Widerklage ist hinsichtlich des Anspruchs auf Vorlegung eines Grundstücksplanes für erledigt erklärt worden. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Zahlungswiderklage mit einer Einschränkung im Zinsanspruch stattgegeben. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der Revision strebt sie die Verurteilung der Beklagten nach ihren vorinstanzlichen Anträgen und die Abweisung der Widerklage an. Die Beklagte hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Zur Klage

I. Das Berufungsgericht nimmt an, daß mit der Übersendung der Durchschrift des Kündigungsschreibens vom 12. August 1966 durch den Einschreibebrief vom 24. August 1966 die formellen Voraussetzungen einer Kündigung nach § 6 Nr. 2 des Mietvertrages erfüllt waren. Es hält die vertragliche Abänderung der gesetzlichen Kündigungsregelung wegen Zahlungsverzugs des Mieters (vgl. § 554 BGB) durch § 6 Nr. 2 des Mietvertrages für zulässig.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision als ihr günstig auch nicht angegriffen.

II.

Die Revision bekämpft aber die Auffassung des Berufungsgerichts, ein bloßer Zahlungsrückstand genüge für eine Kündigung nach § 6 Nr. 2 nicht, es müsse vielmehr Zahlungsverzug vorliegen. Ob diese auf § 157 BGB gestützte Rüge Erfolg haben könnte, braucht nicht entschieden zu werden; denn auch wenn man der Meinung des Berufungsgerichts insoweit folgt, kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben.

1. Es kann dahinstehen, wann die sich aus der Erhöhung des Lebenshaltungsindex etwa ergebende erhöhte Miete jeweils fällig wurde. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Fälligkeit erst eintrat, wenn der Vermieter dem Mieter eine Berechnung der erhöhten Miete vorlegte, war der Vermieter nicht gehindert, mit dieser Berechnung eine Zahlungsaufforderung zu verbinden, die als Mahnung im Sinne des § 284 BGB zu beurteilen ist (BGB RGRK 11. Aufl. § 284 Anm. 18; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 284 Nr. 26) und deshalb Verzug der Beklagten zur Folge hatte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die zur Wirksamkeit der Kündigung nach § 6 Nr. 2 des Mietvertrages erforderliche Zahlungsaufforderung habe erst ergehen dürfen, nachdem die Beklagte zuvor bereits in Verzug, also gemahnt war (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB), läuft im Ergebnis auf das ungewöhnliche Erfordernis einer zweimaligen Mahnung hinaus, das im Wortlaut des Vertrages keine Stütze findet.

2. Eine andere Frage ist, ob der Verzug auf Grund der Zahlungsaufforderung des Vermieters sofort eintrat. Das verneint das Berufungsgericht mit Recht. Es hat - wenn auch teilweise in anderem Zusammenhang - gestützt auf die Grundsätze von Treu und Glauben erwogen, daß trotz objektiver Berechenbarkeit des jeweils geltenden Mietzinses die genaue Feststellung der Miethöhe umständliche und nicht einfache Berechnungen insbesondere auch deshalb erforderte, weil der Vermieter bis zu den jeweiligen Nachforderungen geraume Zeit verstreichen ließ, und weil sich die Forderungsrechnungen daher über einen längeren Zeitraum mit für die einzelnen Zeitabschnitte unterschiedlicher Mietzinshöhe erstreckten. Zutreffend weist das Berufungsgericht auch darauf hin, daß die wiederholten Berechnungen des Vermieters für dieselben Zeiträume zu jeweils abweichenden Ergebnissen geführt haben. Unter diesen Umständen läßt es sich mit § 242 BGB vereinbaren, mit dem Berufungsgericht der Beklagten zur Überprüfung der Richtigkeit der Forderung des Vermieters eine Nachprüfungs- und Überlegungsfrist einzuräumen, vor deren Ablauf kein Verzug eintrat. Das Berufungsgericht hat diese Frist mit einem Monat bemessen. Das lag in seinem tatrichterlichen Ermessen. Eine Überlegungsfrist von einem Monat erscheint allerdings auch bei Berücksichtigung der vom Berufungsgericht angeführten Umstände als sehr lang. Da die Sache ohnehin zurückverwiesen werden muß, wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, diese Fristbemessung noch einmal nachzuprüfen und zu erwägen, ob nicht auch eine kürzere Überlegungsfrist ausgereicht hätte.

3. Da die Zahlungsaufforderung vom 15. Juli 1966 der Beklagten am selben Tage zugeing, befand sie sich mit Ablauf des 15. August 1966 in Verzug (§§ 186, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Der rückständige Betrag belief sich damals unstreitig auf 11 942,14 DM, betrug also erheblich mehr als die Hälfte einer Monatsmiete (13 076,66 DM).

Davon, daß die Beklagte ihre Säumnis nicht zu vertreten hätte (§ 285 BGB), weil sie schuldlos angenommen habe, der Mietzins habe sich bei einer Steigerung des Lebenshaltungsindex um über 3 % jeweils nur um 3 % erhöht, kann schon angesichts des eindeutigen Wortlauts der Indexklausel keine Rede sein. Im übrigen betrug nach der eigenen, falschen Berechnung der Beklagten, wie sie sich aus dem Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 15. August 1965 ergibt, der Rückstand immerhin 9 733,90 DM, also ebenfalls erheblich mehr als die Hälfte der von ihr selbst (zu niedrig) errechneten Monatsmiete von 12 943,35 DM.

4. Da, wie unter Nr. II 1 ausgeführt wurde, eine nochmalige Zahlungsaufforderung nicht erforderlich war, begann die in § 6 Nr. 2 des Mietvertrages bestimmte Frist von 14 Tagen am 16. August 1966 zu laufen und endete am 29. August 1966 (§ 188 Abs. 1 BGB). Bis zu diesem Zeitpunkt hat die Beklagte den Rückstand von 11 942,14 DM nicht bezahlt. Die am 22. August 1966 geleistete Teilzahlung von 7 500 DM konnte das Kündigungsrecht nicht ausschließen.

Nach allgemeiner Auffassung entfällt das gesetzliche Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs nur bei rechtzeitiger völliger Befriedigung des Vermieters (§ 554 Abs. 2 Satz 1 BGB). Entsprechendes muß hier gelten. Die Annahme des Berufungsgerichts, eine Kündigung nach § 6 Nr. 2 des Mietvertrages habe vorausgesetzt, daß die Beklagte zwei Wochen lang mit mehr als der Hälfte eines Monatsmietzinses in Verzug war, findet nicht nur, wie die Revision mit Recht geltend macht, im Vertragswortlaut keine Stütze. Sie verstößt auch deshalb gegen § 157 BGB, weil sie auf eine unzulässige einseitige Berücksichtigung der Mieterinteressen hinausläuft. War nach Zahlungsaufforderung und Ablauf einer einmonatigen Prüfungs- und Überlegungsfrist Verzug eingetreten, so konnte deshalb die Beklagte der Kündigung nach § 6 Nr. 2 des Mietvertrages nur entgehen, wenn sie den Vermieter vor Ablauf weiterer 14 Tage vollständig befriedigte.

5. Eine Kündigung des Vermieters hätte deshalb zum Erfolg geführt, wenn sie nach dem 29. August 1966 ausgesprochen worden wäre. Ob das der Fall ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die der Beklagten am 24. August 1966 zugegangene Kündigung war wirkungslos, weil die im Vertrag geregelte Voraussetzung des fruchtlosen Ablaufs einer 14-tägigen Frist damals noch nicht vorlag. Das Berufungsgericht wird deshalb zu prüfen haben, ob nach dem 29. August 1966, aber vor der Bezahlung des restlichen Rückstandes im November 1966 der Vermieter seine Kündigung, gegebenenfalls auch durch schlüssiges Verhalten, wiederholt hat.

6. Daß die Beklagte, wie noch auszuführen sein wird (s. unten B), eine Gegenforderung von 3 365,29 DM hatte, stand einer Kündigung nicht entgegen. Eine Aufrechnung gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Mietrückstands war nach § 6 Nr. 1 des Mietvertrages nicht möglich. Selbst wenn demnach in dem Schreiben des Rechtsanwalts V vom 15. August 1966 eine Aufrechnung gesehen werden könnte, wäre diese unwirksam gewesen und der Mietrückstand trotz der Gegenforderung der Beklagten in voller Höhe bestehen geblieben.

7. Eine Kündigung verstieß auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die vertragliche Regelung über die Zahlung des Mietzinses, die unter Kaufleuten ausgehandelt und in einem ausführlichen schriftlichen Vertrag niedergelegt worden ist, war klar und eindeutig. Dasselbe gilt für die Kündigungsregelung. Die Beklagte wußte also, woran sie in dieser Hinsicht war. Sie hat sich seit Juli 1964 auf keine Erhöhung des Mietzinses mehr eingelassen, obgleich ihr bekannt war oder bei zumutbarer Nachprüfung ohne weiteres bekannt sein konnte, daß sich der Lebenshaltungsindex und damit auch der Mietzins in der Zwischenzeit mehrfach erhöht hatte. Die Zahlungsaufforderung des Vermieters vom 15. Juli 1966 konnte sie daher der Höhe nach nicht überraschen, wenn die Überprüfung der Richtigkeit des verlangten Betrages im einzelnen auch gewisse Schwierigkeiten bereitet haben mag. Überdies hatte die Beklagte nach der Zahlungsaufforderung vom 15. Juli 1966 bis zum 29. August 1966 hinreichend Zeit den Rückstand zu begleichen und damit ein Kündigungsrecht des Vermieters auszuschließen. Wenn sie davon keinen

Gebrauch gemacht hat, verstieß die auf ausdrückliche vertragliche Regelung gestützte außerordentliche Kündigung des Vermieters keinesfalls gegen § 242 BGB.

8. Es fällt allerdings auf, daß die Räumungsklage erst nach etwa einem Jahr, nämlich im Oktober 1967 erhoben worden ist. Möglicherweise könnte in dem Verhalten der Vertragspartner in der Zeit nach einer etwaigen Kündigung eine stillschweigende Fortsetzung des Mietvertrages zu den alten Bedingungen gesehen werden (vgl. auch § 568 BGB). Auch insoweit wird das Berufungsgericht den Sachverhalt erneut prüfen müssen.

III.

Da die Entscheidungsgründe das angefochtene Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat, nach den vorstehenden Ausführungen nicht tragen, war die Sache zur erneuten Prüfung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

B. Zur Widerklage

Anders verhält es sich mit der Widerklage.

Das Berufungsgericht stellt fest, der Vermieter habe mit der Beklagten vereinbart, er werde eine

schadhafte Decke in den Mieträumen auf seine Kosten instand setzen lassen. Ein Verfahrensverstoß liegt nicht vor. Das Berufungsgericht brauchte dem als übergangen gerügten Beweisantrag nicht stattzugeben, weil es das Beweisthema als richtig unterstellt hat.

Die Beklagte war deshalb berechtigt, die erforderliche Instandsetzung selbst vornehmen zu lassen. Sie kann die Kosten nach § 538 Abs. 2 BGB vom Vermieter ersetzt verlangen. Der Widerklage ist deshalb mit Recht stattgegeben worden.

C.

Soweit die Revision zurückgewiesen wurde, waren der Klägerin die Kosten des Revisionsverfahrens auf-

zuerlegen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens hängt vom Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache ab. Die Kostenentscheidung war deshalb insoweit dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier