

BUNDESGERICHTSHOF

2126 059

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 54/68

URTEIL

Verkündet am

8. Dezember 1969
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hermann K [REDACTED],
Inhaber der Firma M [REDACTED]-Möbelhaus,
in O [REDACTED], Am D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Professor
Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

Firma Johann A [REDACTED], Möbelwerkstätten oHG,
in O [REDACTED]-P [REDACTED], Industriegelände,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1969
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Oldenburg vom 1. Februar 1968 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, der ein Möbelgeschäft betreibt, mietete
durch schriftlichen Vertrag vom 10. Februar 1965 von der
Klägerin ab 15. August 1965 auf die Dauer von 5 Jahren
Geschäftsräume in Osnabrück, Meller Straße 50 a als Lager-
und Ausstellungsräume zu einem monatlichen Mietzins von
1 300 DM. Der Kessel der zu dem Mietobjekt gehörenden Zentral-
heizungsanlage glühte in der Nacht vom 11. zum 12. November
1965 aus und wurde zerstört. In einem anderen Rechtsstreit
zwischen den Parteien hat das Oberlandesgericht mit rechts-
kräftigem Urteil vom 20. April 1967 die Ansprüche der Klägerin
auf Ersatz des ihr durch die Zerstörung des Kessels ent-
standenen Schadens dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit Rechtsanwaltschreiben vom 29. Dezember 1966 hat der Beklagte wegen des Ausfalls der Heizung und wegen teilweiser Undichtigkeit des Daches der Mieträume fristlos gekündigt. Am 31. Dezember 1966 ist er ausgezogen. Seit 1. Januar 1967 zahlt er keinen Mietzins mehr. Einen Teil der Räume hat die Klägerin ab 15. März 1967 für monatlich 304,50 DM vermietet.

Sie hält die Kündigung nicht für berechtigt und hat im ersten Rechtszuge den Mietzins für die Monate Januar bis März 1967 mit jeweils 1 300 DM eingeklagt. Der Beklagte hat Widerklage auf Feststellung erhoben, daß das Mietverhältnis durch seine fristlose Kündigung beendet sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Auf die Anschlußberufung wurde der Beklagte zur Zahlung weiterer 1 300 DM, insgesamt also zur Zahlung von 5 200 DM nebst Zinsen verurteilt. Mit der Revision verfolgt er seine bisherigen Anträge weiter. Die Klägerin hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A) Der Ausfall der Heizungsanlage

I. 1. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 des Mietvertrages wurde die Heizungsanlage als Zubehör mitvermietet. Nach § 1 Abs. 2 Satz 3 hat der Mieter "Schäden an den Zubehörstücken auf seine Kosten beseitigen zu lassen". § 5 bestimmt, daß der Mieter etwa anfallende Reparaturen an der Heizungsanlage und dem Heizkessel übernimmt. Schließlich muß der Mieter

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



nach § 7 Abs. 2 beweisen, daß ihn an Schäden der Sammelheizung kein Verschulden trifft.

2. Nach der vom Berufungsgericht unter Hinweis auf sein Urteil vom 20. April 1967 getroffenen Feststellung ist die Zerstörung des Heizkessels auf Verschulden des Beklagten zurückzuführen. Nicht nur nach dem Gesetz (§ 548 BGB), sondern auch nach den angeführten Vertragsbestimmungen, wie diese im einzelnen auch auszulegen sein mögen, war es demnach Sache des Beklagten, die Heizung wieder instandsetzen zu lassen. Außerdem war eine Kündigung wegen Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mieträume (§ 542 BGB) ausgeschlossen, soweit sie mit dem Ausfall der Heizung begründet wurde; denn ein Kündigungsrecht besteht nicht, wenn der Mieter selbst es zu vertreten hat, daß der Gebrauch der Mietsache ihm nicht gewährt oder entzogen wird (Soergel-Siebert, BGB 10. Aufl. § 542 Nr. 16).

II. Das Berufungsgericht unterstellt aber, die Klägerin habe sich im Rahmen eines zwischen den Parteien Ende 1965/Anfang 1966 geführten Schriftwechsels verpflichtet, die Instandsetzung der Heizung durchzuführen. Gleichwohl, so meint es, habe der Beklagte nicht wirksam kündigen können. Einmal habe er es an der notwendigen Fristsetzung fehlen lassen, die hier nicht nur bei einer Kündigung nach § 542 BGB, sondern auch bei einer solchen aus wichtigem Grunde (§§ 242, 554 a BGB) erforderlich gewesen sei. Überdies sei im Zeitpunkt der Kündigung die Heizungsanlage wieder betriebsfähig gewesen.

III. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Auszugehen ist von der vom Berufungsgericht unterstellten Verpflichtung der Klägerin, den Heizkessel selbst instandsetzen zu lassen. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung beseitigte die nach Gesetz und Vertrag bestehende Instandsetzungspflicht des Beklagten (siehe oben Nr. I) und hatte jedenfalls dann ein Kündigungsrecht nach § 542 BGB zur Folge, wenn ihm durch den Ausfall der Heizungsanlage der vertragsmäßige Gebrauch der Mieträume zur Zeit der Kündigung in nicht unerheblichem Umfang mindestens teilweise vorenthalten wurde.

1. Der Beklagte hatte im Berufungsrechtszug unter Benennung zweier Zeugen ausdrücklich vorgetragen, die Mitteilung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 20. Dezember 1966, die Heizungsanlage sei seit Anfang Dezember 1966 wieder betriebsfähig, sei unrichtig gewesen; tatsächlich habe die Heizung bis zum Ende des Mietverhältnisses, am 31. Dezember 1966, nicht in Betrieb genommen werden können.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweis nicht erhoben. Es hat ausgeführt, der Beklagte habe weder im Kündigungsschreiben vom 29. Dezember 1966 noch während des ersten Rechtszuges entsprechendes behauptet. Sein Vorbringen in der Berufungsinstanz sei deshalb insoweit "nicht substantiiert genug".

Das ist verfahrensrechtlich nicht einwandfrei.

Das Berufungsgericht meint offenbar, sowohl dem Kündigungsschreiben wie dem Vortrag des Beklagten vor dem Landgericht sei zu entnehmen, der Beklagte habe ursprünglich selbst nicht behaupten wollen, die Heizung sei auch im Dezember 1966 noch nicht betriebsfähig gewesen. In der Tat spricht beides

dafür, daß er seine Kündigung zunächst nur darauf stützen wollte, die Klägerin habe den Heizkessel zu spät instand gesetzt und angesichts der bis dahin erlittenen Schäden an Möbeln und Teppichen in Höhe von angeblich über 14 000 DM sei die Fortsetzung des Mietverhältnisses für ihn nicht mehr zumutbar gewesen (§§ 242, 554 a BGB).

Auch dann aber stand es dem Beklagten frei, in der Berufungsinstanz seine Widerklage auf den rechtlichen Gesichtspunkt der Vorenthaltung des vertragsmäßigen Mietgebrauches (§ 542 BGB) zu stützen und insoweit seinen tatsächlichen Vortrag zu ergänzen. Darin lag keine Klagänderung und auch materiell rechtlich war er an der Geltendmachung dieses Kündigungsgrundes nicht gehindert. § 542 BGB regelt einen Unterfall der außerordentlichen fristlosen Kündigung (§§ 242, 554 a BGB). Gründe für eine solche Kündigung können jedenfalls stets dann nachgeschoben werden, wenn sie zur Zeit der Erklärung der Kündigung bereits vorlagen (BGHZ 40, 13, 16; 48, 222, 224; BGH Urteil vom 9. Januar 1967 - II ZR 226/64 - BGHWarn 1967 Nr. 4 = WM 1967, 251; Soergel-Siebert, BGB 10. Aufl. vor § 620 Nr. 24, § 723 Nr. 29, 30). Mit seinem Vorbringen, die Heizungsanlage sei bis zu seinem Auszug am 31. Dezember 1966 nicht betriebsfähig gewesen, hat der Beklagte seine außerordentliche Kündigung vom 29. Dezember 1966 auf einen neuen Grund gestützt. Wurde seine Darstellung durch die von ihm benannten Zeugen Grieger und Krämer bestätigt, so konnte die Kündigung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Nichtgewährung des vertragsmäßigen Mietgebrauchs begründet sein. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sein Vorbringen nicht hinreichend substantiiert, ist nicht richtig. Dem Erfordernis

der ausreichenden Darstellung des der Widerklage zugrundeliegenden Sachvortrags war durch die Berufung auf zwei Zeugen hinreichend genügt.

Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht diesen Beweisantrag übersehen hat, oder ob es glaubte, ihn mit der Begründung ablehnen zu dürfen, der Beklagte habe das unter Beweis Gestellte früher selbst nicht vorgetragen. Auch im letzteren Falle liegt eine Verletzung des § 286 ZPO vor. Eine Beweiserhebung kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Beweisantrag stehe im Gegensatz zu früherem Vorbringen der Parteien (Wieczorek ZPO § 286 Anm. C II a).

2. In der Revisionsinstanz muß sonach unterstellt werden, daß die Heizungsanlage zur Zeit der fristlosen Kündigung nicht betriebsfähig war. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, auch dann habe die Kündigung keinen Erfolg haben können, weil der Beklagte der Klägerin zuvor zur Abhilfe habe eine angemessene Frist setzen müssen.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

Nach § 542 Abs. 1 Satz 3 BGB bedarf es der Fristsetzung nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat. Der Beklagte hatte, wovon mangels entgegenstehender Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist, wegen des am 11. November 1965 eingetretenen Ausfalls der Zentralheizung erhebliche Schäden an Möbeln und Teppichen erlitten. Hierauf hatte er bereits in seinem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 6. Januar 1966 hingewiesen. Seit dem Ausfall des Heizkessels war zur Zeit der Kündigung mehr als 1 Jahr verstrichen. Wenn nunmehr nach Beginn eines neuen Winters die angebliche Instandsetzung nicht zum Erfolg geführt hatte, so konnte der Beklagte

ein erhebliches Interesse daran haben, die für seine Waren gänzlich ungeeigneten Räume so schnell als möglich zu verlassen. Gerade das hat er auch vorgetragen.

IV. Das Berufungsurteil kann danach nicht bestehen bleiben.

Das Berufungsgericht wird nunmehr zunächst zu prüfen haben, ob die von ihm unterstellte Vereinbarung einer Verpflichtung der Klägerin, den Heizkessel zu reparieren, die das Landgericht ausdrücklich verneint hatte, tatsächlich zustande gekommen ist. Sollte eine derartige Abrede festzustellen sein, gleichwohl aber eine wirksame Kündigung nach § 542 BGB nicht bejaht werden können, weil im Zeitpunkt der Kündigung die Heizung betriebsfähig und daher eine (teilweise) Vorenthaltung des Mietgebrauchs nicht mehr gegeben war, so würde es darauf ankommen, ob, wie der Beklagte meint, eine fristlose Kündigung deshalb zulässig war, weil die Klägerin durch die Verzögerung der Instandsetzung der Heizung bis Anfang Dezember 1966 ihre Vertragspflicht in solchem Maße verletzt hatte, daß ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht länger zuzumuten war (§ 554 a BGB). Dabei kann an sich ein Kündigungsgrund auch gegeben sein, wenn die Pflichtverletzung nicht schuldhaft war; denn bei Mietverträgen, die nicht Wohnräume betreffen, ist auch nach Einführung des § 554 a BGB eine Kündigung aus § 242 BGB möglich (Senatsurteil vom 26. März 1969 - VIII ZR 76/67 - BGHWarn 1969 Nr. 119 = WM 1969, 625 m.N.). Bei der Erörterung der Zumutbarkeit könnte jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß der Beklagte es war, der die Beschädigung der Heizungsanlage verschuldet hat, und daß die Klägerin entgegen der klaren im Vertrag getroffenen Regelung die an sich dem Beklagten

obliegende Instandsetzungspflicht übernommen hat. Das - und nicht, wie das Berufungsgericht meint, der Umstand, daß bei einer Kündigung nach § 542 BGB eine Fristsetzung nötig gewesen wäre - könnte es nahelegen, dem Beklagten das Recht zur fristlosen Kündigung zu versagen, wenn er nicht zuvor die Klägerin durch Fristsetzung zur rechtzeitigen Instandsetzung angehalten hat.

B) Die Schadhaftigkeit des Daches

Keinen rechtlichen Bedenken begegnen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Schadhaftigkeit des Daches des Mietobjekts als Grund für eine fristlose Kündigung ablehnt. Unstreitig war dieser Schaden im Oktober 1966 behoben. Eine zur Kündigung berechtigende teilweise Vorenthaltung des Mietgebrauchs lag somit am 29. Dezember 1969 nicht mehr vor (§ 542 BGB).

Auch eine außerordentliche Kündigung wegen Vertragsverletzung der Klägerin (§§ 242, 554 a BGB) scheidet nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts aus. Danach hat die Klägerin erst durch Schreiben des Rechtsanwalts des Beklagten vom 4. Juli 1966 erfahren, daß das Dach nach einer früheren Reparatur wieder oder immer noch undicht war. Da der Schaden im Oktober 1966 behoben war, kann von einer schwerwiegenden vertragswidrigen Verzögerung der Instandsetzung, die eine außerordentliche Kündigung begründen könnte, nicht die Rede sein.

C) Die Entscheidung über die Kosten der Revision, die vom Ausgang der Hauptsache abhängt, war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner Braxmaier