

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: ja

BGR §§ 535, 537, 552

Mietet jemand ein Grundstück, zu dem der Zugang nur über ein anderes einem Dritten gehörendes Grundstück führt, und ist es nach dem Mietvertrage Sache des Mieters, für die Aufrechterhaltung des Zuganges zu sorgen, so kann der Mieter die Zahlung der Miete nicht verweigern, wenn der Dritte den Zugang zu dem gemieteten Grundstück sperrt.

BGB §§ 542, 552

Solange der Mieter aus Gründen, die in seiner Person liegen, an der Ausübung des Gebrauchsrechts gehindert ist, kann er grundsätzlich das Mietverhältnis nicht deshalb kündigen, weil der Vermieter über die Mietsache in einer die Gebrauchsgewährung ausschließenden Weise verfügt.

BGB §§ 523, 552

Ist der Mieter aus Gründen, die in seiner Person liegen, an der Ausübung des Gebrauchsrechts gehindert und setzt sich der Vermieter während der Dauer der Hinderung zeitweilig außerstande, die Mietsache zur Gebrauchsgewährung bereitzuhalten, so ist das auf seiten des Vermieters bestehende zeitweilige Erfüllungshindernis in der Regel nicht einem dauernden gleichzusetzen.

BGH, Urt. v. 28. November 1962 - VIII ZR 77/61 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

erklärt am 28. November 1962
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns F L in D ,
B straße 42,
Klägers, Revisionsklägers und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -
2. des Fabrikanten C K in B /Württ.,
E: straße 56,
Streithelfers des Klägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma F S Kommanditgesellschaft in
D vertreten durch die persönlich haftenden Ge-
sellschafter

1. Frau M D geb. S in D -
S ,
2. Frau R Dü geb. S in D , G -
straße 55,

Beklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. November 1962 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger,
Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurück-
weisung ihrer Revision im übrigen das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 11. November 1960 aufgehoben, soweit es die
Beklagte unter Zurückweisung ihrer Berufung zur
Zahlung von mehr als 11 682,72 DM nebst Zinsen ver-

- 1a -

urteilt hat. X\

2. Die Revisionen des Klägers und des Streithelfers gegen das bezeichnete Urteil werden zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Zahlung der Miete für die Zeit vom 8. Februar 1960 bis 15. Oktober 1960 in Höhe von 2842,28 DM nebst Zinsen von den bis 30. Juni 1960 fällig gewordenen Beträgen richten.

Auf diese Revisionen wird das bezeichnete Urteil, soweit es im übrigen die Klage abweist, aufgehoben. In diesem Umfange wird die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

3. Auf die Revisionen wird das bezeichnete Urteil auch im Kostenpunkt aufgehoben. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

X (auch § 114)
Zur Revision sind
in den Gründen
berücksichtigt als
Berufung vom 6. Febr. 1963
auch § 114)



Tatbestand:

Der Kläger hat von dem Fabrikanten K das Hausgrundstück S straße 49 in Di gemietet. Die Beklagte hatte auf dem Nachbargrundstück S straße 51 von dessen Eigentümer P Geschäftsräume gemietet, in denen sie ihren Betrieb unterhielt. Der Mietvertrag der Beklagten mit P lief bis zum 30. Oktober 1959. Außerdem nutzte die Beklagte die hinteren Räume des Erdgeschosses und den dahinter liegenden Hofraum des Grundstücks S straße 49. Diese Grundstücksteile vermietete der Kläger der Beklagten am 20. Oktober 1950 durch einen Untermietvertrag, der mehrfach verlängert wurde, und zwar u.a. durch eine Zusatzvereinbarung Nr.VI, die das Untermietverhältnis bis zum 28. Februar 1964 verlängerte und der Beklagten ein einmaliges Rücktrittsrecht zum 1. März 1956 einräumte. Sinn dieses Rücktrittsrechts war, der Beklagten Gelegenheit zu geben, das Untermietverhältnis für den Fall zu beenden, daß sie ihren Betrieb auf ein von ihr erworbenes anderes Grundstück verlegen wolle. Die Beklagte machte jedoch von dem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch. Zu den von dem Kläger gemieteten hinteren Räumlichkeiten des Grundstücks Nr.49 hatte die Beklagte Zugang lediglich von ihren Geschäftsräumen auf dem Nachbargrundstück Nr.51 aus durch einen Durchbruch in der Grenzmauer. Der Mietzins betrug zuletzt 550 DM monatlich.

In einem Umlegungsverfahren wurde durch Beschluß von 24. Januar 1957 ein Teil des unbebauten Hintergeländes des Grundstücks Nr.49 zur Bildung eines neuen Grundstücks abgetrennt. Die Beklagte verlor hierdurch einen Teil der von ihr genutzten Grundstücksfläche. Nach dem Beschluß sollten die Vertragsbedingungen zwischen der Untermieterin und den Hauptmietern, nämlich

dem Kläger und seiner von ihm geschiedenen Ehefrau, durch die Entscheidung unberührt bleiben. Als Abfindung, auch für die unveränderte Mietzahlung an den Hauptmieter, wurde ein Betrag von 40 000 DM festgesetzt, den die Beklagte erhalten hat.

Mit Schreiben vom 21. März 1958 teilte die Beklagte dem Kläger mit, daß sie am 30. April 1958 das Grundstück S straße 51 räumen werde, um ihr neues Ladenlokal zu beziehen. Das Grundstück S straße 51 werde von dem Eigentümer zu anderen Zwecken verwandt und umgestaltet. Sie, die Beklagte, sei nicht mehr in der Lage, ab 1. Mai 1958 einen Mietzins zu zahlen, weil eine Nutzung nicht mehr möglich sei.

Nachdem die Beklagte die Geschäftsräume auf den Grundstücken S straße 49 und 51 geräumt hatte, ließ der Grundstückseigentümer P den Durchbruch zum Grundstück Nr.49 zumauern. Das Grundstück Nr.51 wurde später zur Errichtung eines Neubaus ausgeschachtet.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung des Mietzinses für die Zeit ab 1. Mai 1958 bis zum Ablauf des Untermietverhältnisses in Anspruch. Das Landgericht hat dem im ersten Rechtszuge verfolgten Anspruch auf Zahlung von 550 DM monatlich nebst Zinsen für die Monate Mai 1958 bis einschließlich Oktober 1964 nur für die Zeit bis einschließlich Februar 1964 stattgegeben.

Das auf dem der Beklagten vom Kläger vermieteten Grundstücksfläche stehende Gebäude hat im Laufe des Berufungsrechtszuges der Grundstückseigentümer K am 8. Februar 1960 abreißen lassen. Ein Neubau wird aufgeführt. Die Beklagte hat mit einem dem Kläger am

17. Februar 1960 zugestellten Schriftsatz den Mietvertrag wegen des Abbruchs des Gebäudes fristlos gekündigt.

Im zweiten Rechtszuge hat der Kläger abgesehen von Hilfsanträgen, die im Revisionsverfahren keine Rolle spielen, zuletzt Zahlung von monatlich 550 DM für die Monate Mai 1958 bis Januar 1960 im Betrage von 11 550 DM nebst Zinsen sowie von monatlich 350 DM für die Monate Februar 1960 bis Juni 1960 im Betrage von 1750 DM nebst Zinsen und laufend für die künftige Zeit bis einschließlich Februar 1964 beansprucht. Ferner hat er die Feststellung begehrt, daß die Beklagte beginnend mit dem Zeitpunkt der Fertigstellung der auf dem Mietgrundstück im Bau befindlichen Räumlichkeiten verpflichtet sei, bis einschließlich Februar 1964 weitere 200 DM monatlich zu zahlen. Der Eigentümer des Grundstücks Schadowstraße 49, Fabrikant K , ist im Berufungsrechtszuge dem Kläger als Streithelfer beigetreten.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 11 872,32 DM Miete für die Zeit vom 1. Mai 1958 bis 18. Februar 1960 nebst Zinsen seit Fälligkeit verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit Zahlung der Miete für die Zeit, seit der der Zugang zu den gemieteten Räumen zugemauert worden ist, verlangt wird. Der Kläger und der Streithelfer verfolgen mit ihrer Revision den Klageanspruch im Umfange der zuletzt gestellten Anträge weiter und beantragen die Zurückweisung der Revision der Beklagten. Die Beklagte beantragt, die Revisionen des Klägers und des Streithelfers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten.

Das Berufungsgericht hält die Beklagte für verpflichtet, an den Kläger für die Zeit vom 1. Mai 1958 bis zum 17. Februar 1960, dem Tage, an dem dem Kläger die fristlose Kündigung der Beklagten zugegangen ist, den monatlichen Mietzins in Höhe von 550 DM zu zahlen.

I. Mit der Revision wendet die Beklagte sich nur noch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, an der Verpflichtung der Beklagten zur Weiterzahlung des Mietzinses in unveränderter Höhe sei dadurch nichtsgeändert worden, daß der Eigentümer des Hauses S - straße 51 den Durchbruch zwischen den Häusern 51 und 49, durch den der Zugang zu den Mieträumen ermöglicht wurde, zumauern ließ. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Mieträume seien der Beklagten dadurch nicht entzogen worden. Die Beklagte sei nicht gehindert gewesen, die Räume auch nach Aufgabe ihrer Haupträume auf dem Grundstück Nr. 51 weiter zu nutzen, indem sie beispielsweise den Durchbruch durch eine Tür sichern ließ oder sich ein Durchgangsrecht von ihrer Rechtsnachfolgerin auf dem Grundstück Nr. 51 erwirkte. Das habe die Beklagte jedoch nicht getan. Wenn alsdann nach angemessener Zeit der Grundeigentümer den Durchbruch zugemauert habe, so stelle das lediglich eine jederzeit ohne besondere Schwierigkeit zu beseitigende Sicherungsmaßregel dar, die dem Eigentümer aus sanitäts- und feuerpolizeilichen Gründen, aber auch aus Haftungsgründen obgelegen habe. Wesentlich sei auch, daß die Beklagte schon bei Abschluß des Verlängerungsvertrages vom 9. September 1954 den Eintritt einer solchen Lage vor-

ausgesehen und in den Kreis ihrer Erwägungen mit einbezogen habe. Ihr Hauptmietvertrag mit dem Eigentümer des Grundstückes Nr.51 habe spätestens im Jahre 1959 geendet. Von diesem Zeitpunkt ab hätten notwendigerweise Schwierigkeiten in der Benutzung der auf dem Grundstück Nr.49 untergemieteten Räumlichkeiten bis zur Beendigung auch dieses Vertragsverhältnisses im Jahre 1964 auftreten müssen. Wenn die Beklagte, wie sich aus der Aussage des Zeugen Di ergebe, diese Schwierigkeiten in Kauf genommen habe, so sei sie nicht berechtigt, nachdem sie alle Mieträume auf beiden Grundstücken aufgegeben habe, von dem Kläger eine Befreiung von der Mietzinszahlung zu fordern.

II. Die Revision der Beklagten ist nur hinsichtlich der Miete für die Zeit vom 8. bis 17. Februar 1960 begründet.

1. Die Revision sieht die Vermauerung des Zuganges auf dem Grundstück Nr.51 als einen Fehler der auf dem Grundstück Nr.49 untervermieteten Räumlichkeiten an, den der Kläger dadurch hätte beseitigen müssen, daß er der Beklagten einen neuen Zugang über das Grundstück Nr.49 verschaffte. Schon dieser Ausgangspunkt ist falsch. Der Kläger hat an die Beklagte den Grundstücksteil nur mit einem Zugang vom Grundstück Nr.51 her vermietet. Das Berufungsgericht legt den Untermietvertrag dahin aus, daß nach der Vertragsgestaltung die Beklagte sich selber durch Abreden mit dem Eigentümer des Grundstückes Nr.51 einen Zugang zu sichern hatte. Wenn das Berufungsgericht anführt, es sei wesentlich, daß die Beklagte schon bei Abschluß des Verlängerungsvertrages den Ein-

tritt der später entstandenen Lage vorausgesehen habe, so liegt dem ersichtlich die Auffassung zugrunde, nach dem Sinn des Vertrages sei es Sache der Beklagten gewesen, die Dauer des Untermietvertrages in Einklang zu bringen mit dem Zeitraum, in dem sie das Grundstück Nr.51 als Zugang zu den gemieteten Räumlichkeiten benutzen konnte. Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Auch die Beklagte hat die Rechtslage anfänglich nicht anders gesehen. Der Zeuge Diederich, Kommanditist und Prokurist der Beklagten, auf dessen Aussage sich das Berufungsgericht bezieht, hat bekundet, bei den Erwägungen über eine Verlängerung des Mietvertrages mit dem Kläger im Jahre 1954 sei zwischen ihm und dem damaligen Handlungsbevollmächtigten Mü der Beklagten auch die Frage erörtert worden, was geschehen werde, wenn die Beklagte das Grundstück S straße 51 räumen werde. Sie seien beide im Hinblick auf das gute Verhältnis, das zwischen der Beklagten, dem Kläger und dem Mieter M -Schuhe (das ist eine andere Untermieterin auf dem Grundstück Nr.49) bestanden habe, der Überzeugung gewesen, daß im Falle einer Räumung des Grundstücks Nr.51 die Firma M die Räume der Beklagten auf dem Grundstück Nr.49 hinzumieten und der Beklagten die baulichen Anlagen vergüten werde. In dieser Erwartung, ~~von der noch Bestätigung des Berufungsgerichts~~ der Kläger keine Kenntnis gehabt hat, hat sich die Beklagte getäuscht. Gab sie die auf dem Grundstück Nr.51 gemieteten Räume vorzeitig auf, ohne sich um die Aufrechterhaltung eines Zugangs zu den Räumen auf dem Grundstück Nr.49 zu kümmern, so hat sie sich durch einen in ihrer Person liegenden Grund außer Stande gesetzt, die Mieträume auf dem Grundstück Nr.49 zu benutzen. Den Gegensatz zu den in der Person des Mieters

liegenden Gründen bilden diejenigen, die in der Person des Vermieters, und diejenigen, die in objektiven, weder die Person des Mieters noch die des Vermieters betreffenden Umständen liegen (RGZ 147, 304, 309). Hier hat zwar der Eigentümer des Grundstückes Nr. 51, also ein Dritter, von seinem Grundstück her den Zugang vermauern lassen. Das ist kein in objektiven Umständen liegender Grund. Die Tatsache, daß der Zugang vermauert worden ist, ist für sich unerheblich. Die Rechtslage wäre nicht anders, wenn der Eigentümer lediglich den Weg über sein Grundstück verboten hätte, ohne den Zugang zu verbauen. Entscheidend ist nur, daß der Eigentümer des Grundstückes Nr. 51 überhaupt den Zugang hindern kann. Das aber beruht darauf, daß die Beklagte nicht die nach dem Vertrage mit dem Kläger ihr selbst obliegende Sorge getragen hat, sich gegenüber dem Eigentümer des Grundstückes Nr. 51 das Recht auf einen Zugang zu den auf dem Grundstück Nr. 49 liegenden Räumlichkeiten bis zum Ablauf des Untermietvertrages zu sichern.

War es Sache der Beklagten, für einen Zugang zu den Mieträumen zu sorgen, so wurde sie grundsätzlich nicht deshalb von der Entrichtung des Mietzinses befreit, weil nach der Räumung des Grundstückes Nr. 51 der Zugang zu dem hinteren Teil des Grundstückes Nr. 49 entfiel (§ 552 Satz 1 BGB). Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie das Fehlen eines Zuganges zu vertreten, seine Beschaffung also schuldhaft verabsäumt hat. Die Bestimmung des § 552 BGB stellt es nicht auf ein Verschulden ab, es genügt, daß die Hinderung, den Gebrauch der Mietsache auszuüben, im Risikobereich des Mieters liegt. Es macht daher keinen Unterschied, ob

der Grund, der den Mieter am Gebrauch hindert, von ihm überhaupt beeinflusst werden kann oder ob er seiner Einwirkung entzogen ist (RGZ 147,304,309). Die Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe unbeachtet gelassen, daß der Eigentümer des Grundstücks Nr.51 nicht bereit gewesen sei, der Beklagten einen Zugang zu gewähren, daß er vielmehr das Grundstück habe umgestalten wollen und es ausweislich der vorgelegten Planskizze inzwischen umgestaltet habe, sind deshalb in diesem Zusammenhange nicht begründet.

2. So gesehen ist der an die Beklagte vermietete Grundstücksteil auch nicht mit einem Fehler behaftet. Der zum vertragsmäßigen Gebrauch geeignete Zustand, in dem der Kläger das untervermietete Grundstück nach § 535 BGB zu erhalten hatte, umfaßte grundsätzlich nicht die Verbindung zur Straße, und zwar weder über das Grundstück Nr.49, weil das im Vertrage nicht vorgesehen war, noch über das Grundstück Nr.51, weil die Aufrechterhaltung dieser Verbindung allein Sache der Beklagten war. Hatte der Kläger aber nicht für einen Zugang zu sorgen, so hatte das der Beklagten vermietete Grundstück nicht schon deshalb einen Fehler, weil die Beklagte zu ihm keinen Zugang mehr hatte.

Zu erwägen wäre höchstens, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag etwa ergänzend dahin ausgelegt werden müßte, daß dem Kläger die zusätzliche Verpflichtung erwachse, der Beklagten einen Zugang über das Grundstück Nr.49 zu verschaffen, falls sie auf andere Weise nicht zu dem gemieteten Grundstücksteil gelangen kann. Das Reichsgericht hat in einem Falle, in dem dem Pächter eines Steinbruchs zur Ab-

fuhr nur ein Weg zur Verfügung stand, dessen Benutzung angeblich wirtschaftlich ausgeschlossen war, die Prüfung für erforderlich gehalten, ob auf Grund des Pachtvertrages der Verpächter nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verpflichtet sei, dem Pächter die vertragsgemäße Benutzung des Pachtlandes durch Gewährung des erforderlichen Abfuhrweges über die nichtverpachteten Grundstücke des Verpächters zu ermöglichen. Ob eine solche Verpflichtung anzunehmen sei, soll sich nach den gesamten Umständen des Falles bestimmen (RG WarnRspr 1920 Nr.106).

Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht die Einlassung der Beklagten zwar nicht ausdrücklich gewürdigt. Daß es der Beklagten indessen einen Anspruch gegen den Kläger, ihr einen Zugang durch das Grundstück Nr.49 einzuräumen, versagen will, lassen die Ausführungen erkennen, die es zu der Frage macht, ob der Beklagten Ansprüche wegen Mängel der Mietsache zuständen. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe bei Abschluß des Verlängerungsvertrages vom 9. September 1954 die später aufgetauchten Schwierigkeiten vorausgesehen und in Kauf genommen, sie sei daher nicht berechtigt, von dem Kläger eine Befreiung von der Mietzinszahlung zu fordern. Das bedeutet nichts anderes, als daß mit Rücksicht auf das eigene Verhalten der Beklagten der Kläger nicht auf Grund des Mietvertrages verpflichtet sei, der Beklagten einen Zugang über das von ihm gemietete Grundstück Nr.49 zu verschaffen. Einen solchen Anspruch hat sie auch in ihrem Schreiben vom 21. März 1958, in dem sie sich auf eine Beendigung des Untermietverhältnisses berief, nicht geltend gemacht. Selbst wenn ihr aber nach ergänzen-

der Vertragsauslegung an sich ein Weg durch das Grundstück Nr.49 zuzubilligen wäre, könnte sie daraus, daß ihr der Kläger keinen solchen Zugang verschafft hat, Rechte nicht herleiten. Die Beklagte hat in dem erwähnten Schreiben vom 21. März 1958 und noch in der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsrechtszuges sich auf den Standpunkt gestellt, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien habe mit ihrem Auszuge am 30. April 1958 sein Ende gefunden. Diese Auffassung ist nach der auch von der Revision nicht mehr angegriffenen Entscheidung des Berufungsgerichts unrichtig. Nur für den Fall, daß ihrer in erster Linie vertretenen Ansicht, der Vertrag sei beendet, nicht gefolgt werde, hat die Beklagte im Rechtsstreit die Verschaffung des Zuganges von dem Kläger verlangt. Mit dieser ihm angesonnenen Leistung durfte der Kläger aber auf jeden Fall solange zurückhalten, wie die Beklagte ihrerseits sich nicht bereit erklärte, am Vertrage festzuhalten. Die Ausübung eines solchen Zurückbehaltungsrechtes, bis die Beklagte anerkenne, daß sie entsprechend der Klage die Miete zu zahlen bereit sei, und erkläre, daß das Mietverhältnis bis zu der festgesetzten Zeit fortbestehe, hat der Kläger ausdrücklich im Schriftsatz vom 4. März 1959 erklärt. Zur Zurückhaltung war der Kläger besonders deshalb befugt, weil, wie die Beklagte selbst geltend macht, die Schaffung eines Zuganges durch das Grundstück Nr.49 mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Die Beklagte hat unter Vorlegung von Planskizzen ausdrücklich vorgetragen, eine Verbindung ließe sich entweder dadurch herstellen, daß ein Weg durch die Verkaufsräume der Firmen M. oder He., deren Zustimmung aber

unerreichbar sei, geschaffen werde, oder daß durch das Treppenhaus über den ersten Stock ein konstruktiv schwieriger Zugang erbaut werde. Die Vornahme von Umbauten war für den Kläger aber jedenfalls solange unzumutbar, wie er nicht wußte, ob die Beklagte die hinteren Räume nach Herrichtung eines Zuganges überhaupt wieder beziehen werde.

Aus diesen Gründen geht es auch fehl, wenn die Revision meint, der Kläger sei mit der Schaffung eines Zuganges in Verzug geraten und der Beklagten nach § 538 BGB zum Schadensersatz in der Art verpflichtet, daß er keine Miete fordern dürfe.

3. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Miete sei erst entfallen, als sie das Mietverhältnis mit Rücksicht darauf, daß der vermietete Raum abgerissen worden sei, mit Wirkung zum 17. Februar 1960 fristlos gekündigt habe. Nach dem unstreitigen Sachverhalt und dem eigenen Vorbringen des Klägers war die Beklagte aber schon von dem Zeitpunkt an, zu dem mit dem Abbruch begonnen war, also vom 8. Februar 1960 ab, zur Entrichtung des Mietzinses nicht mehr verpflichtet, auch wenn der Mietvertrag weiterlief. Übt, wie hier, der Mieter das ihm zustehende Gebrauchsrecht aus einem in seiner Person liegenden Grund nicht aus und überläßt der Vermieter den Gebrauch an einen Dritten, ist nach § 552 Satz 3 BGB der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses befreit, solange der Vermieter außerstande ist, ihm den Gebrauch zu gewähren. Im vorliegenden Fall hat nach der Darstellung des Klägers

der Grundstückseigentümer den von der Beklagten früher genutzten Raum mit dem Ziel, ihn wieder aufzubauen, abgerissen, weil er in seinem bisherigen Zustand wegen Feuchtigkeitsschäden und drohender Rohrbrüche und Kurzschlüsse eine Gefahr gebildet habe. Wenn der Kläger duldete, daß der Hauseigentümer den vermieteten Raum für Bauarbeiten in Besitz nahm, so liegt darin eine Überlassung an einen Dritten im Sinne des § 552 Satz 3 BGB. Im übrigen haben Rechtsprechung und Schrifttum den Standpunkt vertreten, daß der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten die eigene Benutzung durch den Vermieter gleichstehe (RG JW 1912,859; BGB RGRK, 11.Aufl. § 552 Anm.3). Als eigene Benutzung ist aber auch, wie das Landgericht Oldenburg (NJW 1959,340) zutreffend angenommen hat, die im Interesse des Vermieters liegende Vornahme von Instandsetzungs- und Umbauarbeiten anzusehen, die über das übliche Maß von Ausbesserungen hinausgehen. Hier kommen die Aufbauarbeiten auch dem Kläger als Vermieter zugute, weil ihm nach deren Beendigung mangelfreie und wertvollere Räume zur Weitervermietung zur Verfügung stehen. Es unterliegt daher keinen Bedenken, unter diesem Gesichtspunkt die Ausführung der Abriß- und Wiederaufbauarbeiten auch als eine die Gewährung des Gebrauchs an die Beklagte ausschließende eigene Benutzung durch den Kläger zu betrachten.

Der Kläger kann daher ungeachtet dessen, ob der Vertrag in seinem Bestande unberührt geblieben ist oder nicht, für die Zeit vom 8. Februar 1960 bis mindestens 15. Oktober 1960 keinen Mietzins fordern. Wie unten zu C I noch ausgeführt wird, sind ihm im vorlie-

genden Rechtsstreit für diese Zeit auch unter anderen rechtlichen Blickpunkten Ansprüche, die mit der Überlassung des Gebäudes zusammenhängen könnten, nicht zuzubilligen. Für die Monate Mai 1958 bis einschließlich Januar 1960 stehen dem Kläger insgesamt 11 500 DM Miete zu. Für die Zeit vom 1. bis 7. Februar 1960 beträgt der Mietzins $\frac{550 \times 7}{29} = 132,72$ DM. Auf die Revision der Beklagten war deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es die Beklagte zur Zahlung von mehr als 11 682,72 DM nebst Zinsen verurteilt hat.

X/Bl 122

B. Revision des Klägers.

I. Die Revision des Klägers ist nicht begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Zahlung der Miete für die Zeit bis 15. Oktober 1960 richtet. Daß der Kläger für die Dauer der Abriß- und Wiederaufbauarbeiten keinen Mietzins zu beanspruchen hat, ist vorstehend bereits ausgeführt worden. Auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten können dem Kläger, wie unter C I noch dargelegt wird, für diese Zeit Ansprüche nicht zuerkannt werden.

II. Die Revision ist dagegen begründet, soweit es sich um Ansprüche für die Zeit ab 16. Oktober 1960 handelt.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis sei durch die im Schriftsatz der Beklagten vom 13. Februar 1960 - dem Kläger zugegangen am 17. Februar 1960 - enthaltene fristlose Kündigung beendet worden. Zu dieser Kündigung sei die Beklagte nach § 542 BGB berechtigt gewesen, da ihr der von ihr nicht genutzte Mietgegen-

stand durch den völligen Abriß zu Neubauzwecken entzogen worden sei.

2. Die Revision hält aus Rechtsgründen eine Kündigung für unzulässig. Soweit sie geltend macht, das Kündigungsrecht sei nach § 543 BGB ausgeschlossen, weil die Beklagte bei Abschluß des Verlängerungsvertrages gewußt habe, daß der vermietete Grundstücksteil nur über das Nachbargrundstück zu erreichen war, verkennt sie allerdings, daß die Beklagte nicht deswegen, sondern wegen des Abbruchs der Räumlichkeiten gekündigt hat. Aus demselben Grunde geht die Ansicht der Revision fehl, daß ein Kündigungsrecht entfalle, weil die Umstände, die den Gebrauch der Mietsache unmöglich machten, in der Person der Beklagten begründet seien.

Die Revision meint weiter, der Beklagten sei auch durch den Abriß des Gebäudes der vertragsmäßige Gebrauch nicht entzogen worden und daher ein Kündigungsrecht nicht gegeben, weil sie bereits vorher den Besitz freiwillig aufgegeben habe und ohne Schaffung eines neuen Zuganges nicht wieder Besitz habe ergreifen wollen. Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts in dieser Hinsicht nicht frei von rechtlichen Bedenken sind.

Die Frage, ob und wann einem Mieter, der an der Ausübung des Gebrauchsrechtes gehindert ist, ein Kündigungsrecht nach § 542 BGB zusteht, wenn der Vermieter über die Mietsache in einer die Gebrauchsgewährung ausschließenden Weise verfügt, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einheitlich beantwor-

tet. Das Reichsgericht (Gruchot 29,910,912) hat in einer nach der ähnlichen Bestimmung des § 21 I 383 PrALR zu beurteilenden Sache beiläufig ausgesprochen, bei Eintreten der "Gebrauchsuntüchtigkeit" der gemieteten Sache sei es unerheblich, ob der Mieter etwa auch abgesehen hiervon die Sache nicht benutzt haben würde oder nicht hätte benutzen können. Dem folgen das Kammergericht (Rspr OLG 9,2) und Niendorff (Mietrecht, 10.Aufl. § 23 e a.E. S.139) für das bürgerliche Gesetzbuch. Ähnlich meint Planck (BGB 4.Aufl. § 552 Anm.2), durch die Vorschrift des § 552 Satz 3 BGB werde das Kündigungsrecht des Mieters nach § 542 BGB nicht berührt, und dieselbe Auffassung scheint in BGB RGRK (11.Aufl. § 552 Anm.4 Abs.2) dem Hinweis auf § 542 Anm.1 zugrunde zu liegen. Eine andere Meinung geht aber dahin, der an der Ausübung des Gebrauchsrechts gehinderte Mieter sei jedenfalls dann nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn er nicht das Hindernis beheben wolle oder könne. So hat das Reichsgericht (WarnRspr 1912 Nr.337) in einem Falle, in dem der Vermieter Räume, die vom Mieter vor Vertragsablauf endgültig geräumt worden waren, für sich in Anspruch genommen hatte, gegenüber der Klage des Mieters auf Rückzahlung des im voraus entrichteten Mietzinses ausgesprochen, auf die Vorschrift des § 542 BGB könne der Klageanspruch nicht gestützt werden; es handele sich nicht um die Entziehung des Gebrauchs, der Mieter habe den Gebrauch vielmehr tatsächlich aufgegeben. Aus diesem Grunde könne auch von einer positiven Vertragsverletzung oder einer Gefährdung des Vertragszweckes nicht die Rede sein, der Anspruch könne sich höchstens auf § 552 Satz 3 BGB gründen. Das ist im Ergebnis auch die Meinung von Mittelstein (Die Miete,

4.Aufl.). Er bezieht sich zwar an einer Stelle seines Werkes (§ 47,4 Fußnote 19 S.318) auf die Entscheidung des Reichsgerichts Gruchot 29,910, jedoch mit der wesentlichen Einschränkung, der Umstand, daß der Mieter die Sache doch nicht hätte gebrauchen können, sei für die Frage der Erheblichkeit der Beeinträchtigung zu berücksichtigen. An anderer Stelle (§ 59,4 b S.394) heißt es aber für den praktisch wichtigsten Fall der anderweiten Verwendung der Mietsache, also für den Fall, daß der Vermieter die Mieträume einem Dritten überlassen hat: Der ursprüngliche Mietvertrag werde dadurch nicht aufgehoben; dazu bedürfe es eines Vorgehens des Mieters, indem dieser seinen Annahmeverzug heile und dann, weil der Gebrauch ihm nicht gewährt werden könne, gemäß § 542 BGB kündige. Darauf läuft auch die Ansicht von Oertmann (Recht der Schuldverhältnisse, 5.Aufl. § 552,3 c) hinaus. Für den Fall der Neuvermietung, so meint er, stehe dem ersten Mieter, wenn seine Hinderung nicht dauernd sei und durch die Neuvermietung ihm noch Wegfall des Gebrauchshindernisses der vertragsmäßige Gebrauch nicht gewährt werde, gemäß § 542 BGB ein Rücktritt frei.

Der zweiten Auffassung ist der Vorzug zu geben. Wenn der Mieter durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des Gebrauchsrechtes gehindert ist und der Vermieter die Mietsache anderweitig verwendet, so bildet, wie das Reichsgericht (WarnRspr 1912 Nr.337) zutreffend sagt, diese Verwendung weder eine Nichtgewährung noch eine Entziehung des Gebrauches; denn auch ohne die Handlung des Vermieters würde der Mieter den Gebrauch nicht ausüben. Solange der Mietvertrag besteht, ist der Vermieter aber verpflich-

tet, die Mietsache zur Gebrauchsgewährung bereit zu halten. Er muß erfüllungsbereit sein, und nur, solange er das ist, gebührt ihm nach § 552 BGB der Mietzins. Würde dem Mieter schon bei anderweiter Verfügung über die Mietsache ein Kündigungsrecht nach § 542 BGB zugestanden, so hieße das, die bei Nichtgewährung oder Entziehung des Gebrauches geltenden Kündigungsvorschriften entsprechend auch anzuwenden, wenn der Vermieter gegenüber einem Mieter, der sein Gebrauchsrecht nicht ausübt, die Mietsache nicht mehr zum Gebrauch bereit hält. Für eine entsprechende Anwendung wäre aber nur Raum, falls in beiden Fällen die Interessenlage gleich wäre. Daran fehlt es aber. Die Bestimmung des § 542 BGB über eine fristlose Kündigung regelt für das Mietrecht einen Sonderfall schwerwiegender Leistungsstörung bei gegenseitigen Verträgen. Unter den in § 542 BGB bestimmten Voraussetzungen soll der Mieter sich vom Vertrage lösen dürfen. Eine solche Erschütterung des Vertragsverhältnisses liegt dagegen nicht vor, wenn der Vermieter sich zwar außerstande setzt, dem Mieter eine Leistung anzubieten, dieser sie aber auch nicht beansprucht. In dem wichtigsten Fall, daß der Vermieter den Gebrauch einem Dritten überläßt, ist der Mieter durch die Vorschrift des § 552 Satz 3 BGB ausreichend geschützt. Für diese Erwägung spricht auch, daß nach § 542 Abs.1 Satz 2 BGB grundsätzlich der Mieter eine Frist zur Abhilfe setzen muß. Der Gesetzgeber geht also davon aus, daß der Mieter nur solle kündigen dürfen, wenn er in der Lage ist, nach Abhilfe sein Gebrauchsrecht auszuüben. Andernfalls wäre die Fristsetzung sinnlos. Dieser Gedanke klingt auch in der Entscheidung des Kammergerichts (aaO) an, das an sich die Kündigung für zulässig hält. In seinem Urteil,

das vom Reichsgericht bestätigt worden ist, läßt es die Kündigung in dem ihm vorliegenden Fall nicht durchgreifen, weil der Mieter keine Frist gesetzt habe, die so kurz hätte sein dürfen, daß er die Wohnung noch als Winterwohnung in Benutzung hätte nehmen können, "wenn das seine ernstliche Absicht gewesen wäre, was er selbst nicht einmal behauptete."

Anders ist die Lage, wenn der Mieter zu erkennen gibt, daß er künftig fähig und villens ist, die Mietsache zu gebrauchen. Fehlt es unter solchen Umständen an einer Erfüllungsbereitschaft des Vermieters, so rechtfertigt das die Annahme, zu diesem künftigen Zeitpunkt werde der vertragsmäßige Gebrauch nicht gewährt werden. Dann kann allerdings in entsprechender Anwendung des § 542 BGB der Mieter das Mietverhältnis kündigen (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 28. Mai 1957 - VIII ZR 223/56 -; BGB RGRK 11. Aufl. § 542 Anm. 6; Staudinger 11. Aufl. § 542 Nr. 7). Voraussetzung des außerordentlichen Kündigungsrechts in diesem Falle ist aber immer, daß der Vermieter gerade seiner Pflicht zur Vertragserfüllung, also zur Gebrauchsüberlassung, mit Sicherheit nicht nachkommen werde.

Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht die Kündigung der Beklagten nicht ausdrücklich gewürdigt. Das Berufungsgericht hat allerdings erwogen, ob die Tatsachen, daß mit dem Wiederaufbau des zum Teil abgerissenen Gebäudeteiles sofort begonnen worden ist und der Kläger das wiedererrichtete Gebäude der Beklagten zur Verfügung gestellt hat, der Kündigung nach § 542 BGB entgegenstehen. Es ist der Ansicht, auch der nur zeitweilige Untergang des Mietgegenstandes stelle

eine derartig erhebliche Entziehung des Gebrauchs für die Beklagte dar, daß ihr die Fortsetzung des Mietverhältnisses nach Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile nicht zugemutet werden könne. Bei dem hier gegebenen Sachverhalt sei ein solches zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden gleichzusetzen. Dabei hält das Berufungsgericht in erster Linie für wesentlich, daß die Beklagte im Verhandlungstermin vom 8. Januar 1960 noch die Möglichkeit einer Weiternutzung des Mietgegenstandes durch die Verlagerung ihrer Dekorationsabteilung auf das Grundstück Nr.49 und damit die Möglichkeit einer vergleichsweisen Regelung des Rechtsstreits erwähnt habe. Als Wirtschaftsunternehmen sei, so meint das Berufungsgericht, die Beklagte genötigt, langfristige Dispositionen zu treffen, um die Rentabilität ihres Betriebes zu gewährleisten. Wenn die im Verhandlungstermin dem Kläger bekannt gemachten Dispositionen überraschend einen Monat später durch den Abbruch des Mietgegenstandes zunichte gemacht worden seien, sei die Beklagte nunmehr genötigt, andere Planungen hinsichtlich der Unterbringung dieser Betriebsabteilung zu treffen. Diese Ausführungen enthalten indessen keine Feststellung, daß die Beklagte zu irgend einer Zeit vor dem 8. Februar 1960 erklärt hat, sie sei nunmehr in der Lage und willens, die von ihr aufgegebenen Räume wieder in Besitz zu nehmen. Im übrigen hält auch, wie die Revision des Klägers und auch die des Streithelfers mit Verfahrensrügen geltend machen, die vom Berufungsgericht getroffene Würdigung der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte hat sich bis zum Schluß des Berufungsrechtszuges in erster Linie auf den Standpunkt gestellt, der Mietvertrag mit dem Kläger sei durch ihren Auszug am 30. April

1958 beendet worden, und hat noch im Revisionsrechtszuge die Ansicht vertreten, vertragliche Beziehungen seien infolge der Vermauerung des Zuganges erloschen. Sie hatte sich nach Aufgabe der Mieträume unstreitig andere Unterkunft gesucht, und zwar, wie sie selbst im Schriftsatz vom 17. November 1959 vorträgt, für die Dekorationsabteilung in gemieteten Kellerräumen des Neubaues J 1-W -Platz 1. In diesem Schriftsatz und dem vom 14. März 1959 behauptet die Beklagte zwar, wenn wirklich der Kläger ihr eine Benutzungsmöglichkeit der untergemieteten Räume hätte einräumen können, hätte sie diese Dekorationsabteilung dorthin verlegt. Sie beharrte aber darauf, daß ihr der Kläger einen solchen Zugang verschaffen müsse, und erklärte unter Bezugnahme auf Planskizzen, das sei ihm gerade nicht möglich. Im Termin vom 8. Januar 1960 wurde über einen hier nicht wesentlichen Zwischenstreit verhandelt. Zu der im Termin offenbar auch angeschnittenen Frage eines Vergleiches läßt sich die Beklagte im Schriftsatz vom 15. Februar 1960 wörtlich wie folgt aus:

"... War im Verhandlungstermin vom 8. Jan. 1960 von Herrn Senatspräsidenten die Frage aufgeworfen worden, ob im Zusammenhang mit einer möglichen Einigung der Parteien der hier in Frage stehende Raum nicht der Beklagten zur Verfügung gestellt werden könne. Der gegnerische Herr Prozeßbevollmächtigte versprach, sich zu dieser Frage zu äußern."

Die Beklagte fährt dann fort, sie habe zu ihrer großen Überraschung feststellen müssen, daß der ihr seinerzeit vermietet gewesene Raum in der Zwischenzeit abgebrochen worden sei. Unstreitig sei nun, daß der Kläger überhaupt nicht mehr in der Lage sei, seinen vertraglichen Verpflichtungen ihr gegenüber nachzukommen. Nur aus Gründen äußerster anwaltlicher Vorsicht werde die

fristlose Kündigung des seinerzeit geschlossenen Mietvertrages noch einmal wiederholt. Im Termin vom 19. Februar 1960 erklärten die Parteien übereinstimmend, daß der auf einem Teil der verpachteten Grundstücksfläche stehende Raum durch die Firma M. etwa Anfang Februar 1960 abgebrochen worden sei. Sie erklärten ferner, es stünden Vergleichsverhandlungen unter Hinzuziehung der Firma M. bevor. Es solle versucht werden, diesen Rechtsstreit durch einen Vergleich zu erledigen. Neue, später gescheiterte Vergleichsverhandlungen wurden im Termin vom 11. Juli 1960 erörtert. In ihm überreichte der Anwalt des Klägers einen seinem Inhalt nach unstreitigen Aktenvermerk über den Stand der bisherigen Vergleichsverhandlungen. Danach war hinsichtlich der in Frage stehenden Räume ins Auge gefaßt, vom Tage der Fertigstellung der Räume an bis zum Ablauf des Mietvertrages solle der Hauseigentümer Kaess einen Beitrag von 340 DM leisten, indem er die Firma Mercedes veranlasse, das Zwischengeschoß von dem Kläger für monatlich 340 DM unterzumieten. Der Beklagte solle an den Kläger monatlich die Hälfte des Differenzbetrages von 210 DM = 105 DM zahlen. Aus dem Akteninhalt, insbesondere dem eigenen Vorbringen der Beklagten ergibt sich mithin nichts für die Annahme, die Beklagte habe vor oder nach dem 8. Februar 1960 irgendwelche Dispositionen über die Unterbringung der Dekorationsabteilung getroffen oder treffen wollen. Die Feststellung, die Beklagte habe dem Kläger im Termin bekannt gemacht, sie sei genötigt, langfristige Dispositionen zu treffen, ist, wie die Revisionen des Klägers und des Streithelfers mit Recht rügen, aktenwidrig. Die Beklagte beabsichtigte nach ihrer eigenen Darstellung in erster Linie, da sie den Mietvertrag für beendet hielt, die Räumlichkeiten

nicht wieder zu beziehen. Nur für den von ihr gerade bekämpften Fall, daß sie weiter Miete zahlen müsse, hatte sie erklärt, ihre Dekorationsabteilung wieder zurückverlegen zu wollen. Darüber, daß eine solche Zurückverlegung nur möglich sei, wenn einer der Ladenmieter des Grundstückes Nr.49 sich bereit erklärte, ihr einen Zugang einzuräumen, ist die Beklagte sich unstreitig klar gewesen. Daß ein solches Einverständnis aber nicht zu erlangen war, hat sie nie bestritten. Wird dieser Sachverhalt, wie er sich aus dem beiderseitigen Vorbringen ergibt, zugrunde gelegt, so hatte sich für die Beklagte dadurch, daß die vermieteten Räume abgerissen wurden und an ihrer Stelle ein Neubau entstand, nichts wesentliches geändert.

Das angefochtene Urteil kann daher, soweit es die Klage auf Zahlung des Mietzinses deshalb abweist, weil die Beklagte das Mietverhältnis nach § 542 BGB gekündigt habe, keinen Bestand haben.

III. 1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagten könne wegen des zeitweiligen Unterganges der Mietsache die Fortsetzung des Mietverhältnisses nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden, ihr müsse nach Treu und Glauben ein Kündigungsrecht gemäß § 542 BGB zugestanden werden, lassen sich auch dahin verstehen, die Beklagte könne die Mietzahlung verweigern, weil das Vertragsverhältnis nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff BGB wegen Unmöglichkeit beendet sei. Es ist allerdings ständige Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum, daß bei Untergang der Mietsache nachträgliche Unmöglichkeit eintritt, die den Mieter von der Mietzahlungspflicht nach § 323 BGB befreit (RGZ 62,225, 227).

Aber auch unter diesem Gesichtspunkt fehlt es an rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts. Es muß hier davon ausgegangen werden, daß es sich um eine zeitweilige Unmöglichkeit handelt. Das Berufungsgericht entscheidet nicht, ob die Neubauräume mit dem früheren Mietgegenstand wesensgleich sind oder eine andere Sache bilden. Der Kläger hat vorgetragen, der den früher vermieteten Baulichkeiten entsprechende Neubau werde am 15. Oktober 1960 errichtet sein. Von diesem Zeitpunkt an werde er der Beklagten wieder bereitgestellt. Nach allgemeiner Meinung steht, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, eine zeitweilige Unmöglichkeit der dauernden gleich, wenn das vorübergehende Leistungshindernis den Vertragszweck in Frage stellt, ~~was nach der Sachlage, wie sich bei~~ Eintritt des Leistungshindernisses ergibt, ein Festhalten des Gegners am Vertrage unzumutbar ist (BGH Urt. v. 9. Juli 1955 - VI ZR 108/54 - LM BGB § 275 Nr.7). Das Berufungsgericht hat außer den schon genannten Umständen zur Begründung der Unzumutbarkeit folgendes angeführt: Grundeigentümer pflegten bei der Vermietung geeigneter Ersatzräume auf den Abschluß langfristiger Mietverträge zu bestehen. Die Beklagte, der für die Zwischenzeit keine Ersatzräume angeboten worden seien, hätte nicht darauf verwiesen werden können, die Aufrechterhaltung einer Abteilung ihres Betriebes unter einem unverhältnismäßig hohen Kostenaufwand durch Abschluß eines kurzfristigen Ersatzmietvertrages zu sichern oder die Abteilung andernfalls zeitweise ganz stillzulegen oder ihre eigenen Pläne zunächst ruhen zu lassen und sich auf den ungewissen Abschluß der Wiederaufbauarbeiten zu verlassen.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht angegriffen. Das Berufungsgericht läßt, wenn es

auf die allgemeine Rechtsprechung Bezug nimmt, außer acht, daß es einen Unterschied macht, ob die vorübergehende Unmöglichkeit den Gläubiger am Mietgebrauch hindert (das ist der von der Rechtsprechung behandelte Fall) oder ob der Gläubiger bereits vorher einen Gebrauch der Mietsache nicht machen konnte oder wollte. Schon das Reichsgericht hat in dem angeführten Urteil WarnRspr 1912 Nr.337 ausgesprochen, wenn der Mieter den Gebrauch schon aufgegeben habe, könne von einer Gefährdung des Vertragszweckes keine Rede sein. Anderes kann gelten, wenn der Mieter sein Verhalten ändert und sein Gebrauchsrecht wieder ausüben will und durch das vorübergehende Leistungshindernis die künftige Vertragsabwicklung gestört wurde. Es kommt also auch von diesem Standpunkt aus darauf an, ob die Möglichkeit bestand, die Dekorationsabteilung in die gemieteten Räume zurückzuverlegen und die Beklagte ernsthaft daran gedacht hat. War das nicht der Fall, kann die durch den Abbruch und Wiederaufbau bedingte zeitweilige Unmöglichkeit, der Beklagten die Räume bereit zu stellen, nicht den Vertragszweck in Frage stellen. Was das Berufungsgericht darüber ausspricht, daß ein Warten auf die Beendigung des Baues der Beklagten nicht zumutbar gewesen sei, steht ebenfalls mit dem eigenen Vorbringen der Beklagten in Widerspruch und ist deshalb tatbestandswidrig. Wie oben erwähnt, hatte die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen lange vor der Inangriffnahme des Neubaus für ihre Dekorationsabteilung Räumlichkeiten gemietet. Daß sie Ersatzräume hätte mieten oder die Dekorationsabteilung stillegen müssen oder daß sie gar eigene Planungen zunächst hätte ruhen lassen müssen, findet in dem Vortrag der Parteien, wie er im Tatbestand und in den Schriftsätzen wiedergegeben ist, keine Stütze.

B. Revision des Streithelfers.

I. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Streithilfe könnten sich insofern Bedenken erheben, als der Streithelfer dem Kläger auch zur Verfolgung der für die Zeit bis zum Abbruch des Gebäudes geltend gemachten Mietzinsforderungen beigetreten ist. Was diese Ansprüche betrifft, fehlt es aber für die Streithilfe an einem rechtlichen Interesse. Der Kläger hat dem Streithelfer den Streit mit der Begründung verkündet, daß der Streithelfer den an die Beklagte vermieteten Raum Anfang Februar 1960 abgebrochen habe. Der Kläger hat in der Streitverkündungsschrift erklärt, sollte aus diesem Grunde der Kläger mit der Klage für die Zeit ab Februar 1960 unterliegen, so habe der Streitverkündete für diesen Schaden einzustehen. Das Interesse des Streithelfers am Obsiegen des Klägers bezieht sich also nur auf die Mietzinsansprüche des Klägers für die Zeit ab 8. Februar 1960. Einer Entscheidung bedarf es jedoch nicht. Die Prozeßvoraussetzung des rechtlichen Interesses ist nur auf rechtzeitige Rüge (§ 295 ZPO), nicht von Amts wegen zu prüfen. Wird ein unzulässiger Beitritt nicht gerügt, ist er wirksam (RGZ 163, 361, 365; Stein/Jonas/Schönke 18. Aufl. § 66 Anm. III 4; Wicczonek, ZPO § 66 Anm. B I und B I c).

II. Die Rügen der Revision des Streithelfers stimmen im wesentlichen mit denen des Klägers überein. Insoweit kann auf die Ausführungen zu B verwiesen werden. Zusätzlich hat die Revision des Streithelfers mit Recht geltend gemacht, das Berufungsgericht habe bei der Prüfung, ob die Erneuerung der alten Mieträume eine dauernde Unmöglichkeit herbeigeführt habe, und bei der Beurteilung der Zumutbarkeitsfrage außer acht gelassen, daß der Be-

klagten auf Grund des Umlegungsbeschlusses vom 24. Januar 1957 ein Betrag von 40 000 DM gezahlt worden ist. Der Umlegungsbeschuß sah vor, daß trotz Abtrennung eines Teiles der an die Beklagte vermieteten Fläche die Vertragsdauer und der Mietzins unberührt bleiben sollten. Nach dem Wortlaut des Beschlusses wurde die Abfindung u.a. auch für die unveränderte Mietzahlung der Beklagten an den Kläger festgesetzt. Danach könnte die Umlegungsbehörde in der Tat davon ausgegangen sein, der von der Beklagten geschuldete Mietzins hätte mit Rücksicht auf den Verlust eines Teiles des Mietgrundstückes herabgesetzt werden müssen, die Beklagte solle für den Schaden, den sie dadurch erleide, daß sie für die ganze Vertragsdauer, also bis zum Februar 1964, jedoch den unveränderten Mietzins zahle, entschädigt werden. Hätte die Umlegungsbehörde nicht diesen Weg gewählt, so hätte die Beklagte wohl nach Abtrennung der Fläche den Mietzins mindern können und der Kläger hätte möglicherweise eine Entschädigung zu beanspruchen gehabt, während der Beklagten ein geringerer Betrag als 40 000 DM ausgezahlt worden wäre. Trifft das zu, so könnte sich die Beklagte mit ihrem Standpunkt, der Mietvertrag sei seit dem 1. Mai 1958 erloschen, sie habe seit ihrem Auszuge keine Miete mehr zu zahlen, in Widerspruch setzen zu der im vorliegenden Rechtsstreit von ihr vertretenen Auffassung, ihr gebühre nach wie vor der ganze Betrag von 40 000 DM. Der Umstand, daß die Beklagte im Genuß der vollen 40 000 DM bleiben will, hätte dann bei der Abwägung, ob ihr ein Festhalten am Verträge bis Ende Februar 1964 zuzumuten ist, von Gewicht sein können.

C.

I. Die Revisionen des Klägers und des Streithelfers können jedoch zum Erfolg nur führen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Zahlung der Miete für die Zeit ab 16. Oktober 1960 richten. Wie oben zur Revision der Beklagten unter II 3 ausgeführt worden ist, steht dem Kläger, auch wenn der Mietvertrag fortbesteht, für die Zeit, in der der vermietete Raum abgerissen und noch nicht wieder aufgebaut war, also mindestens bis einschließlich 15. Oktober 1960, ein Anspruch auf Entrichtung des Mietzinses nicht zu. Der Kläger will für die Dauer der Umbauarbeiten den Mietzins nur um 200 DM auf 350 DM monatlich ermäßigen. Zur Begründung macht er geltend, auch der Streithelfer gewähre ihm nur einen Nachlaß von 200 DM, ferner stelle der abgebrochene Raum nicht den ganzen Mietgegenstand dar, vielmehr sei der Beklagten noch ein Hofraum vermietet. Um welchen Betrag der Streithelfer dem Kläger den Mietzins mindert, ist indessen unerheblich. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Beklagten nach der Umlegung noch außer dem - später abgerissenen - Gebäude ein Hofraum zustand. Das Berufungsgericht stellt, insoweit von den Revisionen nicht angegriffen - fest, daß der Beklagten durch den Umbau die Möglichkeit zur Nutzung des ganzen Mietgegenstandes genommen worden sei. Die Beklagte war daher im vollen Umfange von der Entrichtung des Mietzinses befreit. Der Kläger verlangt monatlich noch 350 DM, mithin auf die Zeit vom 8. Februar 1960 bis 15. Oktober 1960 gerechnet 2842,28 DM. Die Revisionen des Klägers und des Streitgehilfen waren daher in Höhe dieses Betrages und der hierauf begehrten Zinsen zurückzuweisen.

Eine ganz andere Frage ist, ob der Kläger etwa aus irgend einem Rechtsgrunde die teilweise Herausgabe des

Vermögensvorteils verlangen könnte, der der Beklagten durch Empfang der Umlegungsentschädigung zugeflossen ist, weil diese möglicherweise unter der Voraussetzung gezahlt worden ist, daß die Beklagte die Miete von 550 DM dauernd entrichte. Einer Entscheidung hierüber bedarf es nicht. Der Kläger hat lediglich Zahlung von Miete, nicht aber Beteiligung an der Umlegungsentschädigung verlangt. Irgendwelche Tatsachen, aus denen sich die Höhe eines solchen Anspruches ergeben könnte, hat er nicht vorgetragen. Soweit er und der Streithelfer sich auf die Umlegungsentschädigung beziehen, geschieht es nur, um darzulegen, daß der Beklagten ein Recht zur fristlosen Kündigung zu versagen sei.

II. Das Berufungsgericht wird für die Frage, ob die Beklagte wirksam gekündigt hat und ob sie wegen Unmöglichkeit der vom Kläger zu erbringenden Leistung die Mietzahlung auch für die Zeit nach dem Wiederaufbau verweigern darf, eine erneute Würdigung des gesamten Streitstoffes vorzunehmen haben. Im übrigen könnte auch die von der Beklagten vorgetragene Behauptung von Bedeutung sein, die Firma M. benötige die früher von der Beklagten innegehabten Räume für ihren Geschäftsbetrieb, der sich ausgeweitet habe und noch weiter ausweite, dringend. Wäre das richtig und könnte der Kläger, wenn er wollte, die wiederhergestellten Räume an die Firma M. vermieten, wie es auch in den Vergleichsverhandlungen erörtert worden ist, so entfielen möglicherweise insoweit ein Mietzinsanspruch. Allerdings hat ein Mieter, der die Mietsache aufgegeben hat, keinen Anspruch darauf, daß der Vermieter sie neu vermietet. Doch kann sich aus dem das gesamte Mietrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben für den

Mieter mindestens dann die Verpflichtung ergeben, das Angebot eines anderen, den Raum zum selben Mietzins zu mieten, nicht grundlos auszuschlagen, wenn der Mieter ernsthaft und endgültig seinen Willen zu erkennen gegeben hat, seinerseits den Raum nicht mehr in Anspruch zu nehmen (vgl. BGB RGRK 11.Aufl. § 552 Anm.2; Soergel/Siebert, BGB 9.Aufl. § 552 Anm.2). Eine solche Pflicht könnte sich nach Treu und Glauben gerade im vorliegenden Fall ergeben, in dem der Mieter, wenn auch durch eigene Nachlässigkeit, keinen Zugang zu dem Mietraum mehr hat.

D.

Die Entscheidung über die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges, die von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt, hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu treffen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens wird, weil sie gleichfalls von der Endentscheidung abhängt, dem Berufungsgericht übertragen.

Dr.Gelhaar Artl Dr.Mezger Dr.Messner Mormann

B e s c h l u ß

In Sachen

1. des Kaufmanns F L in D ,
F Straße 42,
Klägers, Revisionsklägers und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -
2. des Fabrikanten C K in B /Württ.,
F Straße 56,
Streithelfers des Klägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma F S Kommanditgesellschaft in
D ; vertreten durch die persönlich haftenden Ge-
sellschafter

1. Frau M D geb. S in D -
S 1,
2. Frau R Dül geb. S in E , G -
Straße 35,

Beklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

worden die Urteilsformel und die Entscheidungsgründe gemäß
§ 319 Abs.1 ZPO wegen einer durch versehentliche Auslassun-
gen bewirkten offenbaren Unrichtigkeit wie folgt berichtigt:

- 1.) Die Urteilsformel dahin, daß in Nr. 1 der Satz
hinzugefügt wird: In diesem Umfange wird die
Klage abgewiesen.
- 2.) Die Entscheidungsgründe dahin, daß auf Seite 13
der Urschrift (Seite 14 der Ausfertigung) dem
mit den Worten "nebst Zinsen verurteilt hat"
schließenden Absatz der Satz hinzugefügt wird:

In Höhe des Unterschiedsbetrages von (11 872,32 -
11 682,72 =) 189,60 DM war daher die Klage ab-
zuweisen.

Karlsruhe, den 6. Februar 1963

Bundesgerichtshof

VIII. Zivilsenat

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Artl Dr. Mezger Mormann