

Verkündet am
27. Mai 1953
Malessa, ap. Justizassistent
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft Z [REDACTED] & I [REDACTED] in
B [REDACTED], K [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Anschlussberufungs-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die A [REDACTED], Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft
in B [REDACTED], J [REDACTED]strasse [REDACTED], vertre-
ten durch ihren Vorstand Gerhard M [REDACTED] und Ernst M [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1953 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Prof.Dr.Meiß und der Bundes-
richter Dr. Kleinewefers, Hanebeck, Dr. Bode und Dr.
Kaul

für Recht erkennt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 14. Juli 1951 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

28

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist seit dem Jahre 1936 in einem der Beklagten gehörigen Hause auf dem K [REDACTED] in B [REDACTED] Mieterin eines Friseurladens mit dem Recht auf Warmwasserversorgung. Als die Warmwasseranlage während des Krieges stillgelegt wurde, zog die Klägerin von nun an gemäss den gesetzlichen Vorschriften den auf die Warmwasserversorgung entfallenden Anteil von dem Mietzins ab. Die Beklagte stellte ihr auf ihre Bitte einen nicht benutzten Schornstein zum Anschluss eines Gaswarmwasserspenders zur Verfügung. Als dann auch die Gasversorgung ausfiel, schloss die Klägerin an diesen Schornstein einen kohlenbeheizten Warmwasserkessel an. Am 13. März 1948 entstand im Laden der Klägerin ein Brand, der die Stilllegung dieser Anlage zur Folge hatte. Die Klägerin stellte als Ersatz zwei demselben Zwecke dienende Badeöfen auf, deren Rohre zum Fenster hinaus ins Freie geleitet wurden. Am 20. März 1948 machte die Baupolizei der Beklagten die Auflage, binnen vier Wochen ein durch den Schornstein führendes Heizrohr, das als Ursache des Brandes angesehen wurde, zu entfernen und den Schornstein wieder rauchdicht herzustellen.

Es entstanden nun Streitigkeiten zwischen den Parteien, wer die Instandsetzungskosten zu tragen hätte. Bei einer auf Veranlassung der Beklagten vorgenommenen Überprüfung der Heizanlage der Klägerin stellte die Baupolizei fest, dass die Klägerin anstelle des ihr genehmigten Heizkessels mit einer Heizfläche von 1,3 qm einen solchen mit einer Heizfläche von 2,85 qm aufgestellt hatte, und gab ihr am 14. Juli 1948 auf, den grossen Heizkessel durch einen anderen von der genehmigten Grösse zu ersetzen. Gleichzeitig wiederholte sie



die Auflage vom 20. März 1948 an die Beklagte. Keine Partei kam zunächst der ihr gemachten Auflage nach. Mit einem Schreiben an die Baupolizei vom 12. November 1948 rechtfertigte die Beklagte ihr Verhalten damit, dass die Klägerin keine Anstalten treffe, ihre Heizanlage gemäss der ihr gemachten Auflage zu ändern. Am 8. Dezember 1948 stellte sie der Klägerin zur Erledigung der ihr gemachten polizeilichen Auflage vom 14. Juli 1948 eine Frist bis zum 20. Dezember 1948 und drohte ihr nach Ablauf dieser Frist die Untersagung der Benutzung der Heizanlage an. Mit einem Schreiben vom 10. Dezember 1948 erstreckte sie diese Fristsetzung auch auf die Entfernung des Heizungsrohrs aus dem Schornstein. Mit einem weiteren Schreiben vom 16. Dezember 1948 verbot sie der Klägerin, die Instandsetzung auf ihre, der Beklagten, Kosten vorzunehmen. Am 18. Februar 1949 wiederholte die Beklagte ihre Aufforderung an die Klägerin, alle zur Wiederbenutzung der Heizanlage erforderlichen Arbeiten auf ihre, der Klägerin, Kosten vorzunehmen und stellte in Aussicht, das am 8. Dezember 1948 ausgesprochene Verbot zurückzunehmen. Auf diesem Standpunkt beharrte sie auch in ihrem Schreiben vom 5. Mai 1949. Die Klägerin hatte inzwischen die Aufhebung der gegen sie ergangenen polizeilichen Verfügung betrieben und erreichte es, dass die Baupolizei nach erneuter Begutachtung der Heizanlage der Beklagten am 18. Januar 1949 mitteilte, es beständen gegen die Aufstellung des Heizkessels mit einer Heizfläche von 2,85 qm keine Bedenken mehr; die Beklagte möge mitteilen, wann die Schäden des Schornsteins beseitigt seien, damit der Klägerin die Genehmigung zur Wiederbenutzung des Schornsteins erteilt werden könne.

Am 13. Juni 1949 reichte die Klägerin die vorliegende Klage ein mit dem Antrag, die Beklagte zur Beseitigung des Heizrohrs in dem bisher von ihr benutzten Schornstein und zur Instandsetzung des Schornsteins sowie zur Zahlung eines Betrages von 7.100 DM zu verurteilen. Diesen Betrag verlangt sie als Schadensersatz für den Verdienstausschlag, den sie ihrer Meinung nach vom 26. Juni 1948 bis 31. Dezember 1950 durch Verlust von Kunden infolge unzureichender Warmwasserversorgung erlitten habe.

Die Beklagte ist der Ansicht, sie sei zur Vornahme der Ausbesserung des Schornsteins nicht verpflichtet gewesen, weil die Instandhaltung nicht mehr Gegenstand des Mietvertrages gewesen sei, nachdem ihre Verpflichtung zur Gewährung von Warmwasserversorgung entfallen sei und die Klägerin den hierauf entfallenden Teil des Mietzinses nicht mehr gezahlt habe. Abgesehen hiervon sei die Instandsetzung des Schornsteins von Anfang an unmöglich gewesen. Auch habe die Klägerin den etwaigen Schaden ganz überwiegend selbst verschuldet, indem sie die notwendigen Arbeiten nicht selbst vorgenommen und nicht auf die Möglichkeit eines ungewöhnlich hohen Schadens hingewiesen habe.

Durch Teilurteil des Landgerichts ist die Beklagte zur Beseitigung des Heizungsrohres und zur Ausbesserung des Schornsteins verurteilt worden. Als sie dem Urteil nachkommen wollte, stellte sich heraus, dass der Schornstein nicht mehr instandsetzungsfähig war. Die Baupolizei hob daher die der Beklagten gemachte Auflage auf und untersagte der Klägerin die Benutzung des Schornsteins. Hierüber erteilte sie der Beklagten am 14. Juli 1950 folgenden Bescheid: "Eine Verstärkung der Schornsteinwangen zum Zwecke der Abdichtung lässt sich wegen der anliegenden Balken bzw. Schornsteinwechsel ./.

nicht durchführen; sonst käme nur die Aufmauerung eines neuen Schornsteins in Frage. Da wir der Verwaltung nicht zumuten können, für eine derartige umfangreiche Arbeit die Kosten aufzubringen, besteht keine Möglichkeit, den Schornstein instandzusetzen."

Das Haus der Beklagten wurde am 27. Juni 1950 wegen eines Restitutionsprozesses unter die Verwaltung eines Treuhänders gestellt, Dieser stellte der Klägerin einen anderen Schornstein zur Verfügung. Die Parteien erklärten hierauf den Rechtsstreit, soweit er Gegenstand des Teilurteils war, im zweiten Rechtszug in der Hauptsache für erledigt, "weil die Beklagte nicht mehr passiv legitimiert sei und mit Rücksicht darauf, dass die Herstellung des im Urteil erster Instanz genannten Schornsteins nach Ansicht der Parteien objektiv unmöglich sei". Durch Schlussurteil des Landgerichts wurde die Klage im übrigen abgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits wurden der Klägerin sieben Achtel und der Beklagten ein Achtel auferlegt. Die Berufung der Klägerin ist ebenso wie die Anschlussberufung der Beklagten zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Zahlungsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei auf Grund des bestehenden Mietvertrags auch ohne besondere Vereinbarung gemäss § 242 BGB verpflichtet gewesen, der Klägerin zum Anschluss von Behelfsanlagen zur Herstellung von Warmwasser einen Schornstein zur Verfügung zu stellen und in zumutbaren Grenzen auch instandzusetzen. Die Beklagte

könne sich nicht auf die nachträglich festgestellte Instandsetzungsunfähigkeit des Schornsteins berufen, denn die von ihr angezogene Bestimmung des § 306 BGB beziehe sich nur auf Verträge, die eine von Anfang an unmögliche Leistung zum Inhalt hätten.

Die Klägerin könne aber nur dann wegen der Nichtinstandsetzung des Schornsteins Schadensersatz verlangen, wenn die Beklagte mit der Beseitigung des Mangels in Verzug geraten sei. Eine diesen Erfolg zeitigende Mahnung habe die Klägerin aber nicht beweisen können. Solange sie der ihr gemachten polizeilichen Auflage, den zunächst ohne Erlaubnis aufgestellten Heizkessel durch einen von der polizeilich genehmigten Grösse zu ersetzen, nicht nachgekommen sei, habe sie der Beklagten nicht zur Last legen können, dass sie die Instandsetzung des Schornsteins nicht vorher in Angriff genommen hätte, denn ohne die vorherige Änderung der Heizungsanlage seien die Kosten für die Instandsetzung des Schornsteins nutzlos gewesen.

Erst nachdem die Beklagte mit dem Schreiben vom 8. und 10. Dezember 1948 die Klägerin zur Beseitigung sämtlicher polizeilicher Beanstandungen auf ihre Kosten aufgefordert hätte, habe die Klägerin mit einem Schreiben vom 15. Dezember 1948 die Instandsetzung des Schornsteins von der Beklagten verlangt und eine Beseitigung der Mängel auf Kosten der Beklagten angedroht. Auch eine hierin etwa zu erblickende Mahnung habe keine Verzugsfolgen auslösen können, weil zu dieser Zeit die gegen die Klägerin ergangene polizeiliche Verfügung noch bestanden, die Mahnung unter diesen Umständen gegen Treu und Glauben verstossen habe und deshalb von der Beklagten nicht beachtet zu werden brauchen. Erst vom 18. Januar 1949 an, dem Tage, an dem die Polizei von ihren Bedenken gegen die Weiterbe-

nutzung der alten Heizanlage der Klägerin Abstand genommen habe, sei ein Verzug der Beklagten rechtlich möglich gewesen. Die Klägerin hätte daher zur Vermeidung weiteren Schadens von dem ihr in § 538 Abs 2 BGB gegebenen Recht, die Schäden der Mietsache auf Kosten der Beklagten zu beseitigen, Gebrauch machen müssen, um den Vorwurf eines mitwirkenden Verschuldens an dem entstehenden Schaden zu entgehen. Auch hätte sie die Beklagte auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam machen müssen. Das mitwirkende Verschulden der Klägerin an dem ihr entstandenen Schaden sei so gross und habe den Schaden so überwiegend verursacht, dass eine Schadensersatzpflicht der Beklagten ganz entfallen müsse.

2. Diese Ausführungen werden vom der Revision zum Teil mit verfahrens- und sachlichrechtlichen Rügen angegriffen.

Es bedurfte jedoch keines weiteren Eingehens auf diese Rügen, weil die angefochtene Entscheidung sich aus anderen Gründen als gerechtfertigt erweist (§ 563 ZPO). Nachdem die Baupolizei die der Beklagten gemachte Auflage aufgehoben und darauf hingewiesen hatte, dass der von der Klägerin vorher benützte Schornstein nicht mehr instandsetzungsfähig und die Errichtung eines neuen der Beklagten nicht zumutbar sei, waren die Parteien, wie ihre übereinstimmende Erklärung in der Verhandlung vor dem 4. Zivilsenat des Kammergerichts vom 31. Juli 1950 zeigt, darüber einig, dass die Instandsetzung des Schornsteins objektiv unmöglich ist. Wie sich aus den näheren Umständen, insbesondere dem dieser Erklärung der Parteien zugrunde liegenden Bescheid der Baupolizei vom 14. Juli 1950 ergibt, handelte es sich hierbei allerdings nur um eine wirtschaftliche Unmöglichkeit, denn die Beseitigung der Mängel des alten Schornsteins wäre durch Errichtung eines neuen an sich möglich gewesen; die

Neuerrichtung wurde jedoch sowohl von der Baupolizei wie von den Parteien selbst wegen der dadurch entstehenden unverhältnismässig hohen Kosten für unzumutbar erachtet. Eine derartige wirtschaftliche Unmöglichkeit ist nach der herrschenden Rechtsprechung und Rechtslehre, der sich der erkennende Senat anschliesst, der unbedingten Unmöglichkeit rechtlich gleich zu achten, wenn sich der Schuldner darauf beruft (RGZ 57, 118; 65, 34; 88, 74; 168, 73; RGRKomm zum BGB 10. Aufl § 275 Anm 2 Abs 2, Palandt BGB 10. Aufl § 275 Anm 1 b). Dies gilt sowohl von der anfänglichen wie von der nach Vertragschluss eintretenden Unmöglichkeit. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Instandsetzung des Schornsteins, mag sie nun aus dem Mietvertrag selbst oder aus einer besonderen Vereinbarung der Parteien hergeleitet werden, ist mithin entweder gemäss § 306 BGB als niemals zur Entstehung gelangt, oder gemäss § 275 BGB als nachträglich erloschen anzusehen. Demnach konnte die Beklagte mit der Instandsetzung des Schornsteins auch nicht in Verzug geraten. Eine Schadensersatzpflicht der Beklagten hätte nur dann entstehen können, wenn sie die ursprüngliche Unmöglichkeit bei Vertragsabschluß gekannt hätte oder hätte kennen müssen, (§ 307 BGB) oder wenn sie die nachträgliche Unmöglichkeit schuldhaft insbesondere durch Verzögerung der Instandsetzung herbeigeführt hätte. Eine derartige Behauptung hat die Klägerin aber nicht aufgestellt. Wie sich aus dem Bescheid der Baupolizei ergibt, war der Mangel des Schornsteins vielmehr durch seine Bauweise bedingt, die keiner Partei vorher bekannt war. Ein etwaiger Schaden der Klägerin ist also allein auf die zu spät erkannte Unmöglichkeit der Instandsetzung zurückzuführen. Dass diese erst im Jahre 1950 zu Tage getreten ist, geht zu Lasten der Klägerin. Da die Beklagte unter den gegebenen Umständen überhaupt nicht zur Vornahme von Ausbesserungsarbeiten an dem Schornstein verpflichtet war, kann ihr auch die Verzögerung der Entdeckung der Unmöglichkeit nicht angelastet werden. Die Unmöglichkeit der Ausbesserung des der

Klägerin zuerst zur Benutzung angebotenen Schornsteins hatte für die Beklagte nur die Verpflichtung zur Folge, einen andern zur Verfügung zu stellen, was sie niemals verweigert hat.

Die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts ist daher mit Recht zurückgewiesen worden, so dass auch ihre Revision zurückzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Meiß

Dr. Kleinewefers

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Kaul