

18

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: . BGB §§ 538, 581 Abs 2

Rechtssatz: Wird eine erst herzustellende Sache vermietet oder verpachtet, so kann der Mieter ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vermieters oder Verpächters in sinngemässer Anwendung des § 538 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn Mängel der in § 537 BGB bezeichneten Art im Zeitpunkt der Fertigstellung oder der Übergabe der Miet- oder Pachtsache vorhanden waren.

Aktenzeichen: VI ZR 212/52

Urteil des BGH vom 29. April 1953

OLG Stuttgart

78

VI ZR 212/52

Verkündet am 29. April 1953
Malessa, ap. Justizassistent
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Lichtspieltheaterbesitzers Artur K [REDACTED] in H[REDACTED]-
[REDACTED], P[REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. die Frau Wwe. Peter K a [REDACTED] geb. B [REDACTED],
2. den Dipl. Volkswirt Erwin K a [REDACTED],
3. den Zahnarzt Dr. Alfred K a [REDACTED],
4. die Frau Horst A [REDACTED], Magdalena geb. Ka [REDACTED],
aämtlich in H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. April 1953 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Delbrück, Dr. Kleinewefers,
Hanebeck, Dr. Bode und Dr. Kaul

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
Ferienzivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart -
Nebensitz Karlsruhe - vom 8. August 1951 wird zurück-
gewiesen, soweit sie gegen die Verurteilung zur Be-
willigung der Hypothekenlöschung gerichtet ist.

- 2 -

Im übrigen wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

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



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos [\(mobile App\)](#)

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte ist seit Jahren Pächter eines auf dem Grundstück der Kläger errichteten Lichtspieltheaters. Als im Jahre 1937 an Stelle des alten ein neues Theater (Schloßlichtspiele) errichtet wurde, gab er ein Darlehen von 50 000 RM, das durch eine auf dem Grundstück der Kläger eingetragene Hypothek gesichert wurde. Als Jahrespachtzins wurden 15 % der Jahreseinnahmen aus Eintrittskarten abzüglich der Kartensteuer vereinbart; mindestens sollten jedoch 18 000 RM jährlich bezahlt werden. Auf das Darlehen von 50 000 RM sollten jährlich 5 % in monatlichen Raten zurückgezahlt werden. Ferner ist im Pachtvertrag bestimmt, daß der über die Mindestpachtsumme hinausgehende Pachtzins zur Amortisation der Darlehensforderung mit der Maßnahme verwendet werden soll, daß 1/3 des Mehrbetrages an den Beklagten als Rückzahlung auf seine Darlehensforderung zu bezahlen ist und 2/3 der Klägerin zu 1) verbleiben.

Zwischen den Parteien entstanden bald Meinungsverschiedenheiten. Der Beklagte zahlte den Pachtzins nur unter Vorbehalt; er beanstandete dessen Höhe und machte Ansprüche auf Minderung des Pachtzinses und Schadensersatz geltend, weil die Heizungsanlage des Lichtspieltheaters Mängel habe und auch die Dachkonstruktion verfehlt sei. Er hat behauptet, es sei infolge dieser Mängel nicht möglich gewesen, die Räume ausreichend zu erwärmen. Die ungenügende Erwärmung und die vielfach herrschende Zugluft hätten den Besuch des Kinos besonders in den Jahren 1938 und 1939 stark beeinträchtigt. Das Publikum habe erst wieder Vertrauen zu dem Theater gefaßt, als im Jahre 1940 die größten Mängel einigermaßen behoben gewesen seien.

Mit der Klage haben die Kläger Zahlung eines Restpachtzinses, Verurteilung des Beklagten zur Bewilligung der Hypothekenlöschung und die Feststellungen begehrt, daß die Hypothek durch Verrechnung mit dem Pachtzins ab 31. Dezember 1943 getilgt war und daß dem Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Schadensersatz und Minderung des Pachtzinses nicht zustehen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Löschungsbewilligung verurteilt und die beehrten Feststellungen getroffen, die weitergehende Klage dagegen abgewiesen. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Kläger bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit es sich um die Verurteilung des Beklagten zur Löschungsbewilligung handelt, kann die Revision keinen Erfolg haben.

Es besteht zwar zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheit darüber, ob die der Hypothek zugrunde liegende Darlehensforderung bereits am 31. Dezember 1943 getilgt war; die Parteien sind sich aber darüber einig, daß diese Tilgung auf jeden Fall bis zum Tage der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingetreten war. Das Be-

berufungsgericht hat daher mit Recht den Beklagten für verpflichtet gehalten, die Löschung der Hypothek zu bewilligen (§§ 1144 BGB). Der Beklagte macht gegenüber dem Löschananspruch der Kläger lediglich ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Ansprüche auf Minderung oder Schadensersatz geltend. Das ist jedoch rechtlich nicht möglich. Es entspricht der allgemein anerkannten Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß der Gläubiger wegen persönlicher Ansprüche, die nicht durch die Hypothek gesichert sind, kein Zurückbehaltungsrecht an der Löschungsbewilligung geltend machen kann (RGZ 132, 9 157; RG in WarnRspr 1911 Nr 392 = JW 1911, 808 und die Kommentare zu § 273 BGB). Diese Rechtsprechung ist zu billigen. In einem solchen Falle schließt die Natur des Schuldverhältnisses, besonders die Natur des Gläubigeranspruchs das Zurückbehaltungsrecht aus (Palandt BGB 10. Aufl § 273 Anm 5 c).

II. Die Revision ist jedoch begründet, soweit sie sich dagegen wendet, daß der Feststellungsklage stattgegeben wurde.

Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken (§ 256 ZPO).

1. Was zunächst die Feststellung betrifft, daß dem Beklagten keine Ansprüche auf Schadensersatz und Minderung des Pachtzinses zustehen, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem Beklagten die Beweislast für das Bestehen der von ihm geltend gemachten Ansprüche auferlegt hat, denn bei der negativen Feststellungsklage ist der Beklagte beweispflichtig für das von ihm beanspruchte Recht. Das Berufungsgericht geht auch zutreffend davon aus, daß als Rechtsstütze des vom Beklag-

ten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs die §§ 581 Abs 2, 538 BGB in Betracht kommen. Rechtsgrundlage für den Minderungsanspruch sind die §§ 812, 581 Abs 2, 537 BGB, denn der Beklagte verlangt wegen angeblicher Mängel teilweise Rückzahlung des unter Vorbehalt bezahlten Pachtzinses.

Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Beklagten verneint, weil es weder Fehler, die den vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache tatsächlich gemindert haben, noch für bewiesen hält, daß der Beklagte etwaige Mängel zu vertreten hat und daß ihm durch sie tatsächlich ein Schaden entstanden ist. Zwar müsse, so führt das Berufungsgericht aus, nach dem Gutachten des Sachverständigen Rössler angenommen werden, daß nach der Überlassung des neuen Theaters an den Beklagten die Dachkonstruktion und die Heizungsanlage zu Beanstandungen und zu Verbesserungsarbeiten Anlaß gegeben haben. Die wesentlichste Beanstandung sei dabei die zu geringe Raumerwärmung und die Zugluft im Theater gewesen. Der Sachverständige gehe aber bei der Beurteilung der Heizungsanlage von einer Aussentemperatur von minus 15°C aus, einer Kälte, die in Wirklichkeit nicht in Betracht komme, so dass den Schlußfolgerungen des Sachverständigen nicht ohne weiteres gefolgt werden könne. Wenn der Sachverständige weiterhin zu dem Ergebnis komme, daß die Heizungsanlage verbaut sei und daß die Heizungsmöglichkeiten zu gering gewesen seien - dabei aber von einer Aussentemperatur ausgehe, die in Wirklichkeit nicht in Betracht komme -, wenn er auch feststellen müsse, daß zumindest Bedienungsfehler selbst geringer Art bei der sehr empfindlichen Anlage eine zu geringe Raumerwärmung verursacht haben könnten, dann müßten demgegenüber und dazu so viele Tatsachen festgestellt werden, die gegen eine tatsächliche Minderung des vertragsgemässen Gebrauchs sprechen, daß Män-

gel, die eine solche Minderung begründen würden, sowohl vor dem Januar 1940, wie nachher nicht als vorliegend, mindestens nicht als erwiesen und erweisbar zu erachten seien. Das Berufungsgericht führt eine Reihe von Umständen an, die nach seiner Auffassung gegen eine Minderung der Tauglichkeit des Theaters zum vertragsgemässen Gebrauch sprechen, und meint, es beständen nach dem tatsächlichen Verlauf des Theaterbesuchs schon Bedenken, einen den vertragsgemässen Gebrauch mindernden Mangel als gegeben zu erachten. Der Umfang des Theaterbesuchs ergebe aber auch, daß ein Kausalzusammenhang zwischen vorgekommenen Beanstandungen der Theateranlage und dem Besuch des Theaters nicht festgestellt und nicht festzustellen sei. Das Filmtheater habe in den Kriegsjahren ausserordentliche Einnahmen erzielen können. Daraus müsse geschlossen werden, daß der Filmbesuch sehr wesentlich von anderen Umständen beeinflußt werde, als von einer vielleicht nicht immer guten Raumheizung oder einer Zugluft im Theater. Der Beklagte könne nicht beanspruchen, daß die Kläger gewisse Mängel, die vor 1940 bestanden haben, ohne weiteres vertreten müßten, denn der Pachtvertrag gehe von einer Brutto-Mindesteinnahme aus, die so hoch sei, daß 15 % daraus 18 000 RM Pachtzins pro Jahr ergebe; das seien 120 000 RM. Diese Mindesteinnahme sei stets sehr wesentlich überschritten worden. Abgesehen davon, daß die Kausalität von Mangel und Einnahme nicht festzustellen sei, könne daher nicht davon gesprochen werden, daß der Beklagte nicht den vertragsgemässen Gebrauch gehabt habe.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe das Vorhandensein von Mängeln rechtsirrig verneint.

Der gerichtliche Sachverständige habe grosse Mängel der Heizungsanlage und der Deckenkonstruktion festgestellt und die Gesamtanlage als verbaut bezeichnet. Das Berufungsgericht habe bei Würdigung dieses Gutachtens wesentliche Umstände ausser acht gelassen und u.a. übersehen, daß der Sachverständige für die Zeit vor Durchführung der Instandsetzungsarbeiten eine Minderleistung der Heizung von 75 % festgestellt habe. Wenn dem Berufungsgericht dieser Fehlbetrag zu hoch erschienen sei, weil die zugrunde gelegte Aussentemperatur von minus 15° C nicht in Betracht gekommen sei, so bleibe auch bei höherer Temperatur ein sehr bedeutender Fehlbetrag bestehen. Das Berufungsgericht habe daher erforderlichenfalls insoweit eine Ergänzung des Gutachtens herbeiführen müssen.

Diese Rüge ist begründet.

Allerdings unterliegen auch Sachverständigengutachten der freien Würdigung durch das Gericht. Der Richter hat daher nach seinem freien Ermessen zu entscheiden, ob und inwieweit er die Ergebnisse eines Sachverständigengutachtens seinem Urteil zugrunde legen will und ob er eine neue Begutachtung nach § 412 ZPO für erforderlich hält (vgl. Urteil des BGH - II ZR 67/50 - vom 7. März 1951 in NJW 1951, 566). Die Gründe, aus denen das Berufungsgericht von dem Sachverständigengutachten abweicht und eine neue Begutachtung unterläßt, sind aber im Revisionsrechtszuge nachprüfbar, soweit sie auf einem Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze beruhen. Das Berufungsgericht hat von einer Verwertung des Gutachtens R[] mit der Begründung abgesehen, daß eine Aussentemperatur von minus 15° C, von der der Sachverständige ausgegangen sei, in Wirklichkeit nicht bestanden habe. Es verfolgt aber dann

seinen Gedankengang nicht zu Ende und erörtert nicht die Frage, welche Minderung der Heizleistung sich bei den Aussentemperaturen ergibt, die für die damalige Zeit festgestellt worden sind. Da der Sachverständige erhebliche Mängel der Heizungsanlage und für den bis zum Jahre 1940 bestehenden Bauzustand des Theaters auch eine erhebliche Minderung der Heizleistung festgestellt hat, liegt die Annahme nahe, daß sich auch bei den festgestellten Aussentemperaturen allein durch Sachverständigenbeweis eine die Gebrauchsfähigkeit des Lichtspieltheaters beeinträchtigende Minderung der Heizleistung nachweisen läßt. Die Umstände, die nach Meinung des Berufungsgerichts gegen eine solche Minderung der Tauglichkeit des Kinos zum vertragsgemässen Gebrauch sprechen, können nicht die Möglichkeit ausschliessen, daß der Beweis hierfür durch ein neues Gutachten erbracht wird. Vor allem wird diese Möglichkeit nicht durch die Tatsache ausgeschlossen, daß der vereinbarte Mindestpachtzins von 18 000 RM für ein Jahr stets überschritten wurde. Wenn das Berufungsgericht meint, es könne angesichts dieser Tatsache nicht davon gesprochen werden, daß der Beklagte nicht den vertragsgemässen Gebrauch des Kinos gehabt habe, so ist dies irrig, denn die Tatsache, daß der Zustand des Lichtspieltheaters die Überschreitung des Mindestpachtzinses ermöglichte, beweist allein nicht die Eignung zum vertragsgemässen Gebrauch. Wenn der Beklagte infolge der Mängel gehindert war, den höchstmöglichen Umsatz zu erzielen, so kann von einer Tauglichkeit zum vertragsgemässen Gebrauch keine Rede sein. Das Berufungsgericht hat hiernach das Vorhandensein der vom Beklagten behaupteten Mängel mit einer Begründung abgelehnt, die das Ergebnis nicht zu tragen vermag. Die Entscheidung kann daher mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

Gleichwohl würde die Entscheidung aufrecht zu erhalten sein, wenn sie sich aus anderen Gründen als richtig darstellen würde (§ 563 ZPO). Das könnte hinsichtlich der Schadensersatzansprüche des Beklagten der Fall sein, wenn solche Ansprüche schon aus anderen Gründen verneint werden müßten. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß Schadensersatzansprüche des Beklagten nur bei Verschulden der Kläger in Betracht kommen, denn es führt aus, daß die nach Vertragsabschluß aufgetretenen Mängel für die Kläger nicht voraussehbar gewesen seien. Das beruht auf einem Rechtsirrtum. Nach der ersten Alternative des § 538 BGB (§ 581 Abs 2 BGB) haftet der Verpächter auch ohne Verschulden, wenn ein Mangel der im § 537 BGB bezeichneten Art bei Abschluß des Vertrages vorhanden war. Nun war zwar bei Abschluß des Pachtvertrages der Kinoneubau noch nicht errichtet und daher auch ein Mangel der Pachtsache in diesem Zeitpunkt zweifellos noch nicht vorhanden. Trotzdem kommt eine Haftung des Verpächters in Betracht, wenn eine Pachtsache erst herzustellen ist und im Zeitpunkt ihrer Fertigstellung oder ihrer Überlassung zum Gebrauch Mängel der erwähnten Art vorhanden sind. Der Wortlaut des § 538 BGB betrifft zwar nur den Regelfall, daß die Miet- oder Pachtsache bei Abschluß des Vertrages vorhanden ist. Der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Fall der Vermietung oder Verpachtung einer erst herzustellenden Sache ist aber in sinngemäßer Anwendung des Gesetzes in gleicher Weise zu beurteilen. Das Gesetz geht in § 538 BGB von der Unterstellung aus, daß der Vermieter eine den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters bedingende Tauglichkeit der Mietsache stillschweigend garantiert hat (Motive II, 376). Der Vermieter hat daher als Regel für das Vorhandensein der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache im Sinne des § 536 BGB zur Zeit des Vertragsabschlusses einzustehen, gleichviel,

ob er selbst den Mangel kennt oder nicht und ob ihn hierwegen ein Verschulden trifft oder nicht (Staudinger BGB 10. Aufl § 538 Anm 10). Es ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, diese stillschweigende Garantiepflcht des Vermieters in Fällen zu verneinen, in denen die Miet- oder Pachtsache erst hergestellt werden soll. In diesen Fällen bezieht die zu unterstellende Garantie des Vermieters sich nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern auf den späteren Zeitpunkt der Fertigstellung oder der Übergabe der Mietsache. Ist zu dieser Zeit ein Mangel der im § 537 BGB bezeichneten Art vorhanden, so kann der Mieter in sinngemässer Anwendung des § 538 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Da der Beklagte behauptet, daß im Zeitpunkt der Fertigstellung und der Übergabe des neu errichteten Lichtspieltheaters Mängel vorhanden gewesen seien, können Schadensersatzansprüche des Beklagten zur Zeit weder mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung noch aus anderen Gründen verneint werden. Das angefochtene Urteil war daher auch insoweit aufzuheben, als in seinem feststellenden Teil Schadensersatzansprüche des Beklagten verneint worden sind.

2. Hinsichtlich der im Urteilsspruch getroffenen Feststellung, daß die Hypothek durch Verrechnung mit dem Pachtzins ab 31. Dezember 1943 getilgt sei, kann das Urteil ebenfalls nicht aufrechterhalten werden. Allerdings besteht zwischen den Parteien Einigkeit darüber, daß die der Hypothek zugrunde liegende Darlehensforderung inzwischen getilgt ist. Es steht aber nicht fest, ob die Tilgung bereits am 31. Dezember 1943 eingetreten war. Ob das der Fall war, hängt von der in der erneuten Verhandlung zu

klärenden Frage ab, ob und in welchem Umfang dem Beklag-
ten Minderungsansprüche gegen die Kläger zustehen.

Auch die Kostenentscheidung war dem Berufungsge-
richt zu überlassen.

Dr. Delbrück

Dr. Kleinewefers

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Kaul