

2352 076

45

VI ZR 216/53

Verkündet
am 15. Dezember 1954
[redacted], Justizsekretär, als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinz W [redacted] in B [redacted] S [redacted],
A [redacted]straße [redacted]

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

gegen

die H [redacted] - Lebensversicherung a.G. in Ha [redacted],
A [redacted]ufer [redacted], vertreten durch ihren Vorstand Dr. Hermann
Hi [redacted] und Dr. Dö [redacted] in Ha [redacted],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 4. Dezember 1954 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Meyer, Hanebeck,
Dr. Bode und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
4. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin-
Charlottenburg vom 11. Juni 1953 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1942 verkaufte der Schwiegervater des Klägers an die Rechtsvorgängerin der Beklagten einen großen in Berlin-Steglitz belegenen Gebäudeblock zum Preis von 2.100.000 RM. Unter diesem Gebäudeblock befindet sich eine Großgaragenanlage in drei Hallen, die zwei Hauptausfahrten nach der Albrechtstraße und nach der Borstellstraße hat. Durch Vertrag vom 17. März 1942 wurde diese Großgaragenanlage an den Kläger zum Betrieb eines Garagenunternehmens für einen jährlichen Pachtzins von 14 000 RM verpachtet. Der Vertrag enthält unter Ziffer III eine Garantie der ungestörten Nutzung während der Pachtdauer für den Pächter. Nach Ziffer VI des Vertrages ist der Pächter berechtigt, die Rechte aus dem Pachtabkommen zu übertragen oder Unterpacht vorzunehmen. Der Kläger hat die Rechte aus dem Pachtvertrag an die A[REDACTED]-Garagen-GmbH abgetreten, deren Geschäftsführer seine Ehefrau, die Tochter des ursprünglichen Eigentümers des gesamten Gebäudeblocks ist. Der Kläger selbst ist Angestellter der A[REDACTED]-Garagen-GmbH.

Im Krieg haben der Gebäudeblock und insbesondere auch die Garagenanlagen nicht unerhebliche Schäden erlitten. Diese Tatsache hat eine ganze Anzahl von Prozessen zwischen den Parteien veranlaßt. Zwischen den Parteien ist insbesondere streitig gewesen, ob der jetzige Kläger den Pachtzins mit Rücksicht auf die verschiedenen Schäden mindern dürfe und ob und in welchem Umfang Wiederaufbauarbeiten, die der Kläger bzw. die A[REDACTED]-Garagen-GmbH an der Garagenanlage vorgenommen habe, mit den Pachtzinsen verrechnet werden durften.

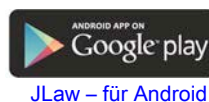
- 3 -

In dem Vorprozeß 22 O 276/49 des Landgerichts Berlin bzw. 4 U 2326/53 des Kammergerichts hat die jetzige Beklagte den Pachtzins für die Zeit vom 1. Oktober 1948 bis zum 31. März 1950 eingeklagt. Der Kläger hat in diesem Rechtsstreit u.a. mit Gegenforderungen wegen Mietausfall aufgerechnet, weil die Unterpächter Ka[REDACTED] und Ta[REDACTED] ihre Räume wegen baupolizeilicher Sperre des Ausgangs der Halle III aufgegeben hätten. Diese Sperre des Ausgangs der Halle III ist nicht wegen Schäden an der Garagenanlage erfolgt, sondern deshalb, weil über der Garage liegende Wohnungen schwer beschädigt waren und die Gefahr bestand, daß Mauerwerk von dort aus auf den Garagen eingang herabstürzen werde. Das Landgericht hat die Aufrechnung in seinem Urteil vom 1. September 1950 in Höhe von 4.950 DM-Ost und 17.715 DM-West für gerechtfertigt erklärt. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung mit diesen Gegenforderungen für unbegründet gehalten. Es hat zunächst in seinem Teilurteil vom 19. März 1951 ausgeführt, der Kläger habe an sich mit Recht gemindert und könne deshalb nicht wegen derselben Mängel Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Mit diesem Teilurteil sind der damaligen Klägerin, der heutigen Beklagten, 4.900 DM-Ost und 356,23 DM-West zugesprochen worden. Das Kammergericht hat durch Urteil vom 20. Dezember 1951 den heutigen Kläger weiterhin verurteilt, 3.438,79 DM an die Beklagte zu zahlen. Im übrigen ist die Berufung zurückgewiesen worden. In diesem Schlußurteil hat das Kammergericht seine Ansicht aufgegeben, daß dem heutigen Kläger, wegen der Mängel, wegen derer er gemindert habe, kein Schadenersatz wegen Nichterfüllung zustehen könne. Es ist nunmehr davon ausgegangen, daß es sich bei den vom Kläger geltend gemachten

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

um andere Umstände handele als die durch die Minderung gedeckten, nämlich um den Schaden, der sich aus der baupolizeilichen Sperrung ergebe. Trotzdem hat das Kammergericht die Aufrechnungserklärung des damaligen Beklagten als unbegründet bezeichnet, weil der angebliche Schadensersatzanspruch nicht ihm, sondern der A[REDACTED]-Garagen-GmbH zustehe.

Nach Erlass dieses Urteils hat die A[REDACTED]-Garagen-GmbH ihre angeblichen Schadensersatzansprüche aus der Nichtvermietbarkeit bzw. Schlechtvermietbarkeit der Halle III infolge der baupolizeilichen Sperrung an den Kläger abgetreten.

Der Kläger hat nun eine neue Abrechnung über das Gesamtverhältnis seiner Pachtverpflichtungen (unter Berücksichtigung der Minderung) und der Schadensersatzansprüche der A[REDACTED]-Garagen-GmbH vorgenommen. Er hat dieser Schadensberechnung im wesentlichen die Beträge zugrunde gelegt die das Landgericht in dem vorhergehenden Prozeß in dem vom Kammergericht aufgehobenen Urteil als begründet angesehen hatte und hat dann laufend zusätzliche Mietausfälle für weitere Zeiträume in Rechnung gestellt. Nach seiner Berechnung kommt der Kläger dazu, daß ihm noch ein Betrag von 6.611,52 DM zustehe, wenn der Urteilsbetrag des Kammergerichts aus dem zweiten (Schluß-)Urteil voll verrechnet sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Zwangsvollstreckung aus dem am 20. Dezember 1951 in den Akten umgekehrten Rubrum des Kammergerichts 4 U 2326/50 verkündeten Urteil für unzulässig zu erklären,

2. die Beklagte zu verurteilen, die vollstreckbare Ausführung des zu 1) bezeichneten Urteils an den Kläger herauszugeben,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 6.611,52 DM zu zahlen.

Landgericht und Kammergericht haben die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Rechtsirrtumsfrei hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs 2 ZPO bejaht. Die angebliche Gegenforderung ist in der Person des Klägers erst nach der letzten mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits entstanden, aus dessen Urteil nicht mehr vollstreckt werden soll. Zu Recht hat das Kammergericht angenommen, daß Schadenersatz- und Minderungsansprüche im vorliegenden Fall nebeneinander bestehen können. Der Vortrag des Klägers geht dahin, daß die Minderung wegen Schäden an der Garage vorgenommen worden sei, während er Schadensersatzansprüche deshalb erhebt, weil mit Rücksicht auf die spätere Sperrung des Garagenausgangs der Halle III dieser Teil überhaupt nicht oder nur zu einem unverhältnismäßig geringen Preis verpachtet werden könne.

Diese beiden Ansprüche sind in solchen Fällen nebeneinander denkbar (KG DWohnA 39, 414; DWR 39, 1762; HRR 1934, 1013).

Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, daß ein Anspruch auf Schadensersatz zum wenigsten in Höhe der Summe des Teilurteils des Kammergerichts vom 19. März 1951 weder aufrechnungsweise noch als Forderungsklage geltend gemacht werden könne, weil dem die Rechtskraftwirkung dieses Urteils entgegen stehe. Diese Erwägung der Revision geht jedoch fehl.

Der Kläger hat in dem ersten Rechtsstreit eigene Schadenersatzansprüche zur Aufrechnung gestellt. Er hat, wie auch aus dem Schlußurteil des Kammergerichts folgt, sich nicht etwa auf eine Abtretung durch die A-
Garagen-GmbH berufen oder sonst ein aus deren Schäden erwachsenes Recht behauptet. Der nach seiner damaligen Ansicht ihm zustehende und zur Aufrechnung gestellte Anspruch ist ihm - insoweit rechtskräftig - vom Kammergericht abgesprochen worden. Aber die Rechtskraftwirkung dieser Entscheidung betrifft n u r die Parteien des damaligen Rechtsstreits. Es versteht sich von selbst, daß einem aus den gleichen Tatsachen hergeleiteten Anspruch der A-
Garagen-GmbH, die nicht Partei des damaligen Rechtsstreits war, hier keine Rechtskraft entgegengesetzt werden kann. Diese Rechtslage ändert sich auch nicht dadurch, daß die GmbH ihre angeblichen Ansprüche an den Kläger, also eine Partei des früheren Rechtsstreits, abgetreten hat. Der heute vom Kläger auf Grund der Abtretung geltend gemachte Anspruch ist nicht identisch mit dem im Vorprozeß zur Aufrechnung gestellten angeblich eigenen Ersatzanspruch.

Wenn also der A-[REDACTED]-Garagen-GmbH ein Schadensersatzanspruch aus der Sperrung des Ausgangs der Halle III entstanden ist, so kann der Kläger mit diesem insoweit aufrechnen und damit die Zwangsvollstreckungsgegenklage rechtfertigen und auch den weitergehenden Schadenersatzanspruch klageweise geltend machen.

II.

Das Kammergericht hat einen Schadensersatzanspruch der A-[REDACTED]-Garagen-GmbH aus zwei Gründen verneint.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, daß ihm aus Ziffer III des Pachtvertrages, nach dem die Verpächterin dem Pächter die ungestörte Nutzung während der Pachtdauer garantiert, ein über das gesetzliche hinausgehendes Recht auf Schadensersatz wegen der Behinderung der Garagennutzung zustehe. Das Kammergericht ist der Ansicht, bei der Aufnahme dieser Bestimmung in den Vertrag könne an den Fall, daß ein Kriegsschaden die Nutzungsmöglichkeit beeinträchtigen werde, nicht gedacht worden sein. Bei wörtlicher Auslegung würde diese Klausel eine Schadenersatzpflicht auch dann begründen, wenn das Pachtobjekt durch Kriegseinwirkung völlig zerstört worden wäre. Es sei ausgeschlossen, daß die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin eine so weitgehende Verpflichtung habe übernehmen wollen, die Garantieklausel könne daher auf eine Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit, die auf Kriegsschäden beruhe, nicht angewendet werden und gebe daher keine Grundlage für die geltend gemachte Gegenforderung des Klägers.

Demgegenüber trägt die Revision vor, daß der Vertrag mitten im Kriege im Jahre 1942 geschlossen worden sei, als schon eine Reihe von Fliegerangriffen auf Berlin stattgefunden hätten und jedermann die Gefahr des Luftkrieges habe übersehen können. Der Kläger hätte bei Aufklärung des Sachverhalts durch Ausübung des richterlichen Fragerechts durch Zeugen, die von der Revision namentlich angeführt sind, unter Beweis gestellt, daß die Garantieklausel ausdrücklich für Kriegsschäden habe gelten sollen.

Mit dieser Rüge kann die Revision nicht gehört werden. Das Berufungsgericht hat die Auslegung eines Einzelvertrages vorgenommen, die nur in begrenztem Umfang der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich und widerspricht nicht den Denkgesetzen oder den Erfahrungstatsachen. Die Übernahme einer Haftung für höhere Gewalt und insbesondere Kriegsschäden mitten im Kriege ist ein ganz außergewöhnlicher Umstand. Mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß normalerweise aus dem Vertragswortlaut eine Gewährleistung gegenüber Kriegsschäden nicht unbedingt entnommen werden konnte. Das trifft gerade dann zu, wenn, wie die Revision betont, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits durch eine Reihe von Bombenangriffen und die Entwicklung des Krieges, die deutlich erkennbar war, mit erheblichen Schädigungen unabsehbarer Art gerechnet werden mußte. Wenn das Berufungsgericht daher auf Grund des Wortlautes der Klausel zu einer Auslegung kommt, daß diese Kriegsgefahren nicht besonders gedeckt sein sollten, so ist das möglich. Da nach Ansicht des Berufungsgerichts, die in zulässiger Weise gebildet worden war, die Klausel eine

bestimmte Bedeutung hatte, bedurfte es deshalb keiner Ausübung des richterlichen Fragerechts, zumal das Berufungsgericht nicht erkennen konnte, daß der Kläger zu diesem Punkte noch Behauptungen und Beweismittel hätte nachbringen können (LM Nr 3 zu § 139 ZPO). Die auf angebliche Verletzung dieses Fragerechts gestützte Revisionsrüge ist daher unbegründet.

III.

a) Das Berufungsgericht verneint Schadensersatzansprüche der A-Garagen-GmbH bzw. des Klägers aus § 538 BGB mit folgender Begründung:

Der Mangel sei bei Abschluß des Pachtvertrages nicht vorhanden gewesen und habe, da auch Kriegseinwirkung zurückzuführen, auch nicht auf einem von der Verpächterin zu vertretenden Umstande beruht. Die Beklagte sei aber auch nicht mit der Beseitigung dieses Mangels in Verzug gekommen. Gemäß § 285 BGB komme der Schuldner nicht in Verzug, wenn die Leistung - hier die Beseitigung des Mangels - infolge eines Umstandes unterbleibe, den er nicht zu vertreten habe. Es handele sich unstreitig bei den zu beseitigenden Schäden um Kriegsschäden erheblichen Ausmaßes, für deren Behebung etwa 9 000 bis 10 000 DM hätten aufgewendet werden müssen. Die Frage, ob der Vermieter oder Verpächter zur Beseitigung von Kriegsschäden verpflichtet sei, sei nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beantworten. Das Kammergericht hat diese Pflicht verneint, weil die Beklagte aus dem Pachtobjekt seit längerem keinen Nutzen gezogen habe. In dem früheren Rechtsstreit habe sie unwidersprochen vorgetragen, daß der Kläger im April 1945

bis auf eine einmalige Zahlung von etwa 2 000 RM keinen Pachtzins mehr bezahlt habe. Sie habe in drei Prozessen die jeweils aufgelaufenen Pachtzinsen einklagen müssen, aber keine Zahlung erlangt. Unter diesen Umständen sei ihr die Aufbringung eines Betrages von 9 000 bis 10 000 DM zur Beseitigung von Kriegsschäden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten gewesen. Die Schwierigkeiten in der Beseitigung der Mängel seien ein Befreiungsgrund, der einen Verzug und damit einen Schadensersatzanspruch gemäß § 538 BGB ausschließe.

b) Wie die Revision mit Recht rügt, sind diese Ausführungen nicht frei von Rechtsirrtum. Zunächst muß von der grundsätzlichen Verpflichtung jedes Verpächters ausgegangen werden, die Pachtsache in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Pachtzeit in diesem Zustande zu erhalten. Diese Verpflichtung mag zwar durch die Verhältnisse der Kriegs- und Nachkriegszeit nach Treu und Glauben eingeschränkt worden sein, aber sie besteht als solche fort. Die Verletzung dieser Verpflichtung führt allerdings nur unter den vom Berufungsgericht zutreffend dargelegten Voraussetzungen zu Schadensersatzansprüchen des Pächters. Andererseits kann es so sein, daß der Mieter oder Pächter, der selbst mit der Leistung des Zinses in Verzug ist, keine Schadensersatzansprüche wegen der Mängel des Pachtgegenstandes geltend machen kann, weil der Verpächter von seinem Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB Gebrauch machen kann. Dabei ist aber dem Abs 2 des § 320 Rechnung zu tragen, zumal wenn es sich um ein Dauerschuldverhalten handelt. Die Leistung - hier also die Zurverfügungstellung einer mangelfreien Pachtsache - kann insoweit nicht verweigert werden,

als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils der Pacht, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Für die Frage, ob dem Verpächter ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, kommt es sonach auf die Gesamtumstände des Falles an; die Frage nach der Geringfügigkeit des Rückstandes auf der Seite des Pächters ist nur einer der Bewertungsmaßstäbe, die für sich allein weder erforderlich noch ausreichend sind (RG Recht 13 Nr 2397; RG LZ 1925, 853 = SeuffArch 79, 107). Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu werden diesen Anforderungen, den aktenkundigen Tatsachen und insbesondere dem Inhalt der beigezogenen Prozeßakten nicht gerecht. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger seit Jahren nur äußerst geringe Barleistungen an die Beklagte erbracht habe. Es übersieht aber dabei, daß in den Vorprozessen festgestellt worden ist, daß der Kläger nicht unbeträchtliche Instandsetzungsarbeiten vorgenommen hat, die er entsprechend dem Urteil in den Vorprozessen der Beklagten in erheblichem Umfang in Anrechnung bringen durfte. Nun ist es für die Frage, welche Leistungen der Kläger in der Nachkriegszeit erbracht hat belanglos, ob er Barzahlung an die Beklagte vorgenommen hat oder ob er berechtigterweise Aufbauten an den Räumen der Beklagten vorgenommen hat, die er dieser in Rechnung stellen durfte. Allein in dem Vorprozeß 22 O 88/52 ist in dem Urteil vom 20. Dezember die Leistung des Klägers insofern mit etwa 4 300 DM bewertet worden. Diese Leistung des Klägers hat das Berufungsgericht bei der Abwägung aller Umstände nach Treu

und Glauben außer Betracht gelassen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Kammergericht zu einer anderen Beurteilung des Verhältnisses der Parteien gelangt wäre, wenn es die außer Betracht gelassenen Gegenleistungen seiner Beurteilung mit zugrunde gelegt hätte. Das Urteil des Berufungsgerichts kann daher mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß es nicht darauf ankommt, ob der Pächter nach der Berechnung des Tatsachenrichters im Augenblick der letzten mündlichen Verhandlung oder auch am Ende des Zeitraums, für den die Pacht eingeklagt ist, Pachtzins schuldet. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem der Verpächter wegen der die Grundlage des Schadensersatzanspruchs bildenden Mängel sich in Verzug befindet. Schuldete der Pächter in diesem Augenblick keine Pacht oder nur einen nach den Umständen geringfügigen Betrag oder sprachen sonstige Umstände zu seinen Gunsten, so stand - sofern nicht zu Gunsten des Verpächters andere Umstände zur Auswirkung kommen - diesem kein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich der Instandsetzungen zu und er kam mit den in § 538 BGB vorgesehenen Folgen in Verzug.

Die Feststellungen des Kammergerichts geben aber weder einen Anhaltspunkt dafür, zu welchem Zeitpunkt der Kläger oder die insoweit berechnigte A[REDACTED]-Garagen-GmbH die Beklagte wegen der Sperrung der Garagensausfahrt in Verzug gesetzt haben, noch ist der Abrechnungsstand der Parteien auf diesen Zeitpunkt festgestellt, so daß eine Entscheidung durch das Revisionsgericht nicht möglich ist.

c) Weiter ist beachtlich, daß sowohl der Kläger wie die Beklagte in den bisherigen Prozessen jeweils nicht voll obgesiegt haben. Augenscheinlich bestand und bestehen also zwischen den Parteien erhebliche Verrechnungsschwierigkeiten, die sich aus der Frage der Höhe der Minderungsmöglichkeit und aus der der Verrechenbarkeit der aufgewendeten Instandsetzungskosten ergeben mußten. Nach dem Tatbestand des Teilurteils vom 19. März 1951 steht fest, daß die Beklagte ihrerseits durch unrichtige Abrechnung zwischen West- und Ostmark den Kläger um etwa 700 DM-West überfordert hatte. In einem solchen Fall ist es nicht ausgeschlossen, daß eine Partei nicht leistet, ohne daß sie ein eigentlicher Vorwurf trifft. Dieser Umstand ist vor allem bedeutsam, wenn es sich um eine Ausgleichung der gegenseitigen Belange nach Treu und Glauben und die Abwägung der Gesamtumstände nach § 320 Abs 2 BGB handelt. Das Berufungsgericht hätte also im einzelnen feststellen müssen, ob und von welchem Zeitpunkt an unter Berücksichtigung der von ihm geleisteten Aufbauarbeiten der Kläger in Schuldnerverzug geraten sein mag. Es hätte dabei weiter erwägen müssen, ob bezüglich derjenigen Beträge, wegen deren die Aufrechnung im Vorprozeß auch deshalb für unzulässig erklärt worden ist, weil die Aufbauarbeiten im einzelnen nicht mehr aufgeklärt werden konnten und der Kläger beweispflichtig war, hierin ein gemäß § 320 Abs 2 zu berücksichtigender Umstand zu erblicken ist, derart, daß etwa ein Verzug des Klägers die Beklagte von ihrer vertraglichen Pflicht der Mängelbeseitigung befreien konnte. Endlich hätte das Berufungsgericht als ins Gewicht fallenden Umstand auch feststellen müssen, wieweit die Unklarheit über die Abrechnung zwischen den Parteien teilweise auch von der Beklagten verursacht worden ist, insbesondere dadurch, daß sie sich

berechtigten Minderungsansprüchen des Klägers widersetzt hat. Darüber hinaus ist in 22 O 390/50 LG Berlin zwischen den Parteien überhaupt noch streitig, ob der Kläger auch wegen der Zerstörung der Tankstelle mindern kann. Auch dieser Umstand kann für die Beurteilung der Pflichten der Parteien nach Treu und Glauben von Bedeutung sein.

d) An sich trifft der weitere Gedankengang des Berufungsgerichts allerdings zu (KG NJW 48, 567), daß bei Kriegsschäden hohen Ausmaßes dem Verpächter oder Vermieter nicht ohne weiteres eine Vollinstandsetzung zugemutet werden kann. Aber auch die Tatsache, daß Kriegsschäden vorliegen, vermag den Verpächter nicht stets von der Instandsetzungspflicht zu befreien. Es handelt sich hier um einen Anwendungsfall des § 242 BGB, aus dem herzuleiten ist, inwieweit die an sich bestehenden Verpächterpflichten eingeschränkt sein mögen. Es geht nicht an, daß der Verpächter es mit Rücksicht auf die durch die Kriegsverhältnisse geminderten Mieteingänge ablehnt, Reparaturen vornehmen zu lassen (vgl auch RGZ 115, 227 [279]). In einem solchen Falle verlangen Treu und Glauben, daß beide Parteien gemeinsam zu einer Lösung beitragen. Dazu gehört in erster Linie, daß von dem Vermieter ein Wiederherstellungsplan aufgestellt wird, bei dem die Reihenfolge der verschiedenen Arbeiten und Auslagen unter Ausgleichung der Belange des Vermieters und der verschiedenen Mietparteien erfolgt (Erman-Schopp § 538 Anm 2 c, Noack, NJW 1950, 333 [334]; Grund MDR 1950, 326 [328]). Die Initiative zum Wiederaufbau und die Überlegung, wie den verschiedenen Belangen am besten entsprochen wird, muß vom Vermieter ausgehen, dessen mietvertragliche Pflichten als solche weiterbestehen. Dabei ist es nicht belanglos, welche Vermögenswerte dem Vermieter

anderweit zur Verfügung stehen, da es sich ja darum handelt, daß er sein eigenes Haus wieder aufbauen soll. Hat der Vermieter also weitere Mittel zur Verfügung, so kann er sich möglicherweise den Pächtern gegenüber nicht darauf berufen, daß er aus diesem Hause mit Rücksicht auf die Kriegsschäden keine ausreichenden Einnahmen habe, um die Reparaturarbeiten vorzunehmen, zum wenigsten dann nicht, wenn von den Instandsetzungsarbeiten die praktische Benutzbarkeit der Räume gegenüber einer baupolizeilichen Sperre abhängt (Grund MDR 1950, 326 328). Kann dies schon dann gelten, wenn es sich um anderweite verfügbare Vermögenswerte des Vermieters handelt, so muß die Forderung nach einem sachlich gerechtfertigten und den Belangen aller Beteiligten entsprechenden Reparaturplan dann gestellt werden, wenn an einem großen Gebäudeblock nur ein Teil Schäden erlitten hat, während der erheblichere Teil unbeschädigt geblieben ist und erhebliche Einnahmen abwirft, deren Verwendung für die Ausführung der Reparaturen zumutbar ist. Die Revision trägt hierzu vor, daß in dem Gebäudeblock von 150 Wohnungen nur 6 durch einen Giebelsschaden betroffen waren. Diese Behauptung ist für die Beurteilung, was dem Verpächter an Instandsetzungsarbeiten zugemutet werden kann, erheblich. Zu Recht rügt in diesem Zusammenhang die Revision die Nichtanwendung des richterlichen Fragerechts gemäß § 139 ZPO. Wenn das Berufungsgericht die Belange der beiden Beteiligten nach Treu und Glauben abwägen wollte, dann müßte es allerdings alle diejenigen Umstände feststellen, die für die Abwägung maßgeblich sein konnten. Es durfte also nicht von der absoluten Zahl von 9 000 DM, die für die Instandsetzung erforderlich wären, ausgehen, sondern mußte feststellen, in welchem Ver-

hältnis diese Angaben zu den laufenden Einnahmen und Ausgaben im Gesamtgebäude unter Berücksichtigung eventueller sonstiger dringender Verpflichtungen des Verpächters, standen. Zu einer derartigen Überlegung und Tatsachenaufklärung lag umso mehr Anlaß vor, als der Kaufpreis des Gesamtobjektes während des Krieges in Höhe von 2,1 Millionen RM bekannt war und sich aus dem Streit der Parteien über die Reparaturen im einzelnen ergab, daß keineswegs eine Gesamtzerstörung oder auch nur erhebliche Zerstörung des Gebäudekomplexes gegeben war.

Diese Umstände müssen aber noch aufgeklärt werden, bevor eine endgültige Abwägung darüber möglich ist, ob der Beklagte wegen Instandsetzungsarbeiten ein Leistungsverweigerungsrecht hatte. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls feststellen müssen, ob und in welcher Höhe dem Kläger bzw. der A[REDACTED]-Garagen-GmbH Schäden durch einen Verzug der Beklagten in der Wiederherstellung der Einfahrsmöglichkeiten erwachsen sind. Bei dieser Gelegenheit wird es dem Kläger offenstehen, in der Tatsacheninstanz erneut vorzubringen, was er unter Berufung auf § 139 ZPO in der Revisionsinstanz vorgetragen hat, daß die Halle III im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsurteils nicht nur für Garagenzwecke vermietet werden durfte, sondern daß schon bei Abschluß des Pachtvertrages gerade diese Halle III für Lagerzwecke verpachtet war. Andererseits wird gegebenenfalls festzustellen sein, ob der Kläger bzw. die A[REDACTED]-Garagen-GmbH den etwa entstehenden Schaden dadurch

zu mindern verpflichtet gewesen wären, daß sie die von ihnen errichtete Trennmauer zwischen den Hallen II und III beseitigten, um dadurch den Unterpächtern der Halle III einen zumutbaren Durchgang zur Albrechtstraße zu gewährleisten.

Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Kleinewefers Dr. K.E. Meyer Hanebeck Dr. Bode Dr. Haus