

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 221/90

Verkündet am:
29. April 1992
Adomeit,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1992 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Nonnenkamp und Dr. Knauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Schlußurteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. September 1990 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 30. Januar 1985 mietete der Kläger (als Geschäftsführer einer "GmbH in Gründung", zu deren Entstehung es später nicht kam) von dem Beklagten fünf Marktstände für den Handel mit Obst und Gemüse in der Residenzhalle in B. zu einem Mietpreis von monatlich 3.000 DM zuzüglich 14% MWSt (Nr. 3). Darüber hinaus waren ein Heizkostenvorschuß von monatlich 205,20 DM incl. MWSt und eine

- 3 -

Service-Pauschale von monatlich 300 DM plus 14% MWSt (zusammen 342 DM) zu zahlen. Der Vertrag wurde für eine Laufzeit von fünf Jahren, vom 1. April 1985 bis zum 31. März 1990, mit Verlängerungsmöglichkeit geschlossen.

In Nr. 7 des Vertrages war vereinbart:

Der Mieter ist verpflichtet, seinen Stand während der Öffnungszeiten an sechs Tagen der Woche offen zu halten (siehe Markthallenordnung). Im Falle von Urlaub kann im Einzelfall eine Schließung von nicht länger als drei Wochen durch die Verwaltung genehmigt werden ...

Nr. 12 des Vertrages sah folgende Regelung vor:

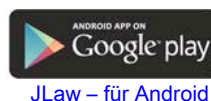
Im Falle der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses, gleich aus welchem Grunde, haftet der Mieter dem Vermieter für alle daraus entstehenden Schäden, insbesondere für einen eventuellen Mietausfall. Der Vermieter ist nicht verpflichtet, Anstrengungen zu unternehmen, einen Nachmieter zu finden. Der Vermieter ist auch nicht verpflichtet, einen vom Mieter im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht angebotenen Nachmieter zu akzeptieren ...

Bei Abschluß des Mietvertrages hatte der Kläger eine Mietkaution in Höhe von 36.000 DM zu zahlen, die bei Ende des Mietverhältnisses, "und zwar nur bei fristgemäßem Ende des Mietverhältnisses", (zur Rückzahlung) fällig wurde. Die Sparkasse der Stadt Berlin West, bei der die Ehefrau des Klägers ein Konto unterhielt, leistete die Kautions in Form einer Bürgschaft.

Seit Sommer 1985 nutzte der Kläger zwei der gemieteten Stände nicht mehr zum Verkauf. Die übrigen schloß er zu einem späteren, zwischen Juli 1987 und März 1988 liegenden



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



Zeitpunkt ebenfalls. Aus diesem Grund kündigte der Beklagte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 16. Mai 1988 "wegen ständigen vertragswidrigen Verhaltens, insbesondere wegen Verstoß gegen Ziffer 7" des Mietvertrages, fristlos zum 31. Mai 1988. Der Kläger nahm die Kündigung an, erkannte jedoch die geltend gemachten Kündigungsgründe nicht an und forderte die erteilte Bürgschaft bis spätestens 14. Juni 1988 zurück. Am 1. Juni 1988 räumte er die Marktstände, die der Beklagte in der Folgezeit (zunächst) nicht erneut vermietete. Der Kläger entrichtete den vereinbarten Mietzins bis einschließlich Mai 1988.

Mit der im Juli 1988 erhobenen Klage verlangte der Kläger von dem Beklagten die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde. Später erweiterte er die Klage und machte Verwendungsersatzansprüche in Höhe von 35.929,73 DM gegenüber dem Beklagten geltend. Beide Begehren sind (durch Teilurteil des Kammergerichts vom 8. Februar 1990) rechtskräftig erledigt.

Der Beklagte erhob Widerklage, mit der er, zunächst für die Monate Juni bis August 1988, Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 9.968,75 DM, zusammengesetzt aus dem vereinbarten Mietzins und der Service-Pauschale abzüglich eines Heizkostenguthabens des Klägers von 1.867,30 DM, geltend machte. Eine später auch gegen die Ehefrau des Klägers als Gesamtschuldnerin mit ihm gerichtete Widerklage nahm der Beklagte im Berufungsrechtszug zurück.

Das Landgericht verurteilte den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 7.132,70 DM nebst 5% gestaffelte Zinsen als Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung.

Da er gegen Nr. 7 Abs. 1 des Mietvertrages verstoßen habe, sei der Beklagte zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt gewesen und habe demgemäß Anspruch auf Ausgleich des kündigungsbedingten Mietausfalls. Diesen hielt das Landgericht nur in Höhe des Nettomietzinses von (3 x 3.000 DM =) 9.000 DM abzüglich eines - durch Aufrechnung mit dem Heizkostenguthaben erloschenen - Teilbetrages von 1.867,30 DM für gerechtfertigt. Die weitergehende Widerklage und die Klage wies das Landgericht ab.

Gegen das Urteil legten beide Parteien Berufung ein.

Der Beklagte wandte sich gegen die teilweise Abweisung der Widerklage und erklärte den Rechtsstreit hinsichtlich der Widerklage insgesamt in der Hauptsache für erledigt, weil die Sparkasse als Bürgin auf seine Aufforderung hin inzwischen vorbehaltlos alle geforderten Beträge für die Zeit bis einschließlich Februar 1989 in Höhe von insgesamt 33.837,50 DM gezahlt habe.

Der Kläger verfolgte sein erstinstanzliches Begehren in Höhe von 19.789,17 DM (zuzüglich 1.867,30 DM Heizkostenguthaben = 21.656,37 DM) weiter und erweiterte es um einen Anspruch auf Zahlung von 33.837,50 DM, da die Sparkasse diesen Betrag nach Zahlung aus der Bürgschaft vom Konto seiner Ehefrau abgebucht habe.

Durch Teilurteil vom 8. Februar 1990 änderte das Kammergericht die landgerichtliche Entscheidung teilweise ab; es verurteilte den Beklagten zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde und zur Zahlung von 33.837,50 DM nebst Zin-

sen. Die Berufung des Klägers wies das Kammergericht in Höhe von 19.789,17 DM zurück.

Nach der Verkündung des Teilurteils widerrief der Beklagte seine Erklärung, daß der Rechtsstreit hinsichtlich der Widerklage in der Hauptsache erledigt sei. Dabei stützte er sich auf die Entscheidung des Kammergerichts, er habe die Zahlung von 33.837,50 DM auf die Bürgschaft nach §§ 812, 398 BGB ohne rechtlichen Grund erhalten. Der Beklagte verfolgte das Begehren aus der Widerklage in Höhe des von dem Landgericht abgewiesenen Teils der Forderung von (9.968,75 DM - 7.132,70 DM =) 2.836,05 DM weiter und erweiterte die Widerklage zusätzlich um 74.217,99 DM als Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit von September 1988 bis zum Ende der nach dem Vertrag vorgesehenen Mietdauer Ende März 1990 (19 Monate zu je 3.906,21 DM).

Das Kammergericht änderte das landgerichtliche Urteil durch Schlußurteil vom 20. September 1990 - unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel beider Parteien - teilweise ab. Es beschränkte die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 5% Zinsen auf 7.132,70 DM auf den Zeitraum ab 10. August 1988 und wies die Widerklage des Beklagten wegen der Zinsmehrforderung insoweit ab. Ferner verurteilte es den Kläger zur Zahlung der Service-Pauschale für die Monate Juni bis August 1988 in Höhe von 900 DM nebst 5% Zinsen seit dem 10. August 1988 und - auf die im Berufungsrechtszug erweiterte Widerklage - darüber hinaus zur Zahlung von Miete und Service-Pauschale (monatlich 3.300 DM) für die Restdauer des Mietvertrages von September 1988 bis einschließlich März 1990 in Höhe von 62.700 DM nebst 5%

Zinsen seit dem 22. März 1990. Die weitergehende Widerklage des Beklagten wies das Kammergericht ab; die weitergehende Berufung des Klägers wies es zurück.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Klägers, der sein Begehren weiter verfolgt, soweit das Kammergericht zu seinem Nachteil entschieden hat.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz.

I.

1. Die Revision macht geltend, die Berufung des Beklagten sei unzulässig; denn allein mit dem Antrag festzustellen, daß sich ein größtenteils zugesprochener Anspruch in der Hauptsache erledigt habe, könne keine Berufung geführt werden; insoweit fehle es weitestgehend an einer Beschwer des Berufungsklägers und im übrigen an einem Rechtsschutzinteresse.

Diese Rüge führt nicht zum Erfolg.

Der Beklagte war durch das landgerichtliche Urteil in Höhe von 2.836,05 DM beschwert, da das Gericht seinem Widerklageantrag auf Verurteilung des Klägers zur Zahlung von

9.968,75 DM nur in Höhe von 7.132,70 DM stattgegeben und die Widerklage im übrigen abgewiesen hatte. Er hat diese Beschwer mit seiner Berufung auch geltend gemacht; denn er hat zur Begründung des Rechtsmittels vorgetragen, die Forderung sei entgegen der Auffassung des Landgerichts begründet (gewesen). Wenn er gleichwohl als Verfahrensziel seines Rechtsmittels in der Berufungsbegründungsschrift nicht die Beseitigung der Beschwer (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 85, 140, 142; BGH Urteil vom 25. September 1986 - II ZR 31/86 = BGHR ZPO § 511 Klageerweiterung 1) durch entsprechende Verurteilung des Klägers, sondern den Ausspruch begehrte, daß sich das Verfahren in der Hauptsache erledigt habe, führte dies nicht zur Unzulässigkeit seiner Berufung. Nachdem das Landgericht die Widerklage in Höhe von 2.836,05 DM abgewiesen hatte, lief der Beklagte Gefahr, diesen Betrag aus der Zahlung, die die Sparkasse als Bürgin an ihn geleistet hatte, zurückzahlen zu müssen, wenn er die Abweisung der Widerklage rechtskräftig werden ließ. Nachdem die Bürgin gezahlt hatte, konnte er mit einer Berufung gegen die Entscheidung des Landgerichts die Feststellung begehren, daß seine Forderung bis zu dem erledigenden Ereignis begründet gewesen sei. Ebenso konnte er aber auch die Erledigung der Hauptsache erklären, mit deren Ausspruch inzident gleichfalls die Feststellung der ursprünglichen Begründetheit des Anspruchs verbunden war. Hierfür konnte ihm ein Rechtschutzinteresse nicht abgesprochen werden (vgl. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 133 III 4 a S. 791; dazu allgemein: Zöllner/Vollkommer ZPO 17. Aufl. § 91a Rdn. 38; Zöllner/Schneider vor § 511 Rdn. 21; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 49. Aufl., Grundzüge vor § 511

Anm. 3 A b; auch BGH Urteil vom 23. April 1958 - V ZR 229/56 = NJW 1958, 995, 996).

2. Das Kammergericht hat auch im übrigen zu Recht ein Sachurteil erlassen.

a) Die Revision vertritt zwar die Auffassung, es sei prozessual unzulässig, daß der Beklagte seine Erledigungserklärung nachträglich widerrufen und den früheren Widerklageantrag wiederaufgegriffen habe.

Das trifft indessen, jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen, nicht zu. Da der Beklagte, wie ausgeführt, eine zulässige Berufung eingelegt hatte, war er nach § 523 i.V. mit § 263 ZPO berechtigt, die Widerklage zu ändern (vgl. § 264 ZPO), also von der Erledigungserklärung auf einen Zahlungsantrag überzugehen, wenn der Kläger einwilligte (oder das Gericht die Änderung für sachdienlich erachtete). Die Einwilligung des Klägers ist hier gem. § 267 ZPO anzunehmen, weil er sich in der mündlichen Verhandlung vom 20. September 1990 widerspruchslos auf das geänderte Widerklagebegehren eingelassen hat.

b) Die Revision trägt ferner Bedenken gegen die Zulässigkeit der Widerklageerweiterung.

Dieses Bedenken greift jedoch schon deshalb nicht durch, weil ein im ersten Rechtszug ganz oder teilweise unterlegener Kläger, also auch ein Widerkläger, der zulässigerweise Berufung eingelegt hat, das Rechtsmittelverfahren grundsätzlich zur Erweiterung der Klage (Widerklage) benut-

zen kann (vgl. BGH Urteil vom 6. November 1986 - IX ZR 8/86 = BGHR ZPO § 264 Nr. 2 Berufungsverfahren 1 m.w.N.), wobei er nicht an die Berufungsbegründungsfrist gebunden ist. Abgesehen hiervon hatte auch der Kläger selbst eine zulässige Berufung eingelegt. An diese konnte sich der Beklagte jederzeit anschließen, und zwar zu dem ausschließlichen Zweck, eine Widerklage zu erheben (vgl. RGZ 156, 240, 242; BGHZ 4, 229, 234).

II.

1. Das Kammergericht hat den Kläger auf die Widerklage in dem zuletzt erhobenen Umfang zur Zahlung von Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung des Mietvertrages verurteilt und ihn verpflichtet, dem Beklagten den kündigungsbedingt entstandenen Mietzinsausfall für die Zeit von Juni 1988 bis einschließlich März 1990 zu erstatten. Es hat die Schadensersatzverpflichtung des Klägers darauf gestützt, daß er die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht trotz Abmahnung nicht eingehalten, sondern die gemieteten Marktstände seit Sommer 1987/Frühjahr 1988 geschlossen gehalten habe. Aus diesem Grund sei der Beklagte zu der - zuvor mit Schreiben vom 12. April 1988 angedrohten - fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt gewesen. Die Verpflichtung des Klägers zur Offenhaltung der Marktstände sei entgegen seinem Vortrag nicht durch längerfristige Duldung des Beklagten aufgehoben worden. Dieser habe den Kläger vielmehr, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt habe, bereits mit Schreiben vom 10. Juli 1987 wegen einer einmaligen Schließung abgemahnt. Selbst wenn der Vertreter des Beklagten in der Folgezeit die Schließung der

Stände bemerkt und sie gleichwohl nicht beanstandet haben sollte, reiche der Zeitraum bis zur Kündigung jedenfalls nicht aus, um etwa eine Verwirkung des dem Beklagten vertraglich zustehenden Anspruchs auf Offenhaltung der Marktstände zu begründen.

Soweit der Kläger behauptete, ein Betreiben der Marktstände sei ihm aus wirtschaftlichen Gründen nach Treu und Glauben nicht zuzumuten gewesen, weil in der Markthalle kein ausreichender Gewinn habe erzielt werden können, fehle es an einer nachprüfbaren Darlegung und einer detaillierten Gewinn- und Verlustrechnung. Statt dessen mache der Kläger - unter Gegenüberstellung mit unsubstantiiert behaupteten früheren Einnahmen - im wesentlichen fiktive Kosten geltend, die ihm angeblich entstanden wären, wenn er die Stände weiter betrieben hätte.

2. a) Die Revision stellt zunächst die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Betriebspflicht in Nr. 7 Abs. 1 des Mietvertrages zur Überprüfung, insbesondere im Hinblick auf § 9 AGBG.

Insoweit bestehen indessen keine durchgreifenden Bedenken. Es ist nicht ersichtlich (und wird insoweit wohl auch von der Revision nicht geltend gemacht), daß die generelle Verpflichtung, die gemieteten Marktstände während der Öffnungszeiten - und zwar gemäß § 1 der Markthallenordnung montags bis freitags von acht bis 18.30 Uhr, samstags von acht bis 14.00 Uhr, an jedem ersten Samstag des Monats von acht bis 18.00 Uhr - an sechs Tagen der Woche offen zu halten, eine unangemessene Benachteiligung des Mieters i.S.

von § 9 AGBG enthält, zumal der Kläger die Stände nicht persönlich betrieb, sondern durch Hilfskräfte betreiben ließ. Eine unangemessene Benachteiligung des Klägers ergibt sich auch nicht aus der von ihm behaupteten Unrentabilität der Marktstände. Die Rentabilität eines in gemieteten Räumen betriebenen Geschäftes/Unternehmens fällt grundsätzlich in die wirtschaftliche Risikosphäre des Mieters und nicht des Vermieters, so daß auch die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebspflicht insoweit im Regelfall nicht als unangemessene Benachteiligung des Mieters zu werten ist (vgl. Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraum-miete, III Rdn. 938 m.w.N.). Feststellungen, aus denen sich hier ausnahmsweise etwas anderes ergeben könnte, sind nicht getroffen worden. Das Kammergericht hat den Kläger auch nicht trotz erwiesener Unwirtschaftlichkeit an der Betriebspflicht festgehalten, sondern es hat die behauptete Unrentabilität als nicht ausreichend dargetan angesehen. Hiergegen sind keine durchgreifenden Verfahrensrügen erhoben worden.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang rügt, das Kammergericht habe zu Unrecht eine nachprüfbare Darlegung des Klägers vermißt, daß ihm aus wirtschaftlichen Gründen ein weiteres Betreiben der Marktstände nach Treu und Glauben nicht zumutbar gewesen sei, trifft dies nicht zu.

Das Kammergericht hat in diesem Punkt zu Recht darauf abgestellt, daß der Kläger bei seinem von der Revision als übergangen gerügten Vorbringen aus der Berufungsbegründung und aus dem Schriftsatz vom 15. Januar 1990 lediglich fiktive Zahlen angegeben und keine tatsächliche Gewinn- und

Verlustrechnung vorgelegt hat. Damit fehlt es, wie das Kammergericht zutreffend hervorgehoben hat, an einer substantiierten, nachprüfbaren Darlegung der behaupteten Unwirtschaftlichkeit.

Auf die Wirksamkeit der Urlaubsklausel in Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages, auf die das Kammergericht - abgesehen von einer allgemeinen Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts - nicht näher eingegangen ist, kommt es hier nicht an. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

b) Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil der Kläger die Betriebspflicht nicht eingehalten habe; jedenfalls fehle die Feststellung eines wichtigen Grundes in dem angefochtenen Urteil.

Das trifft nicht zu. Das Kammergericht hat sich durch Bezugnahme auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils der Feststellung angeschlossen, daß der Kläger seit Sommer 1985 die Stände 16 und 17 nicht mehr zum Verkauf nutzte und die übrigen Stände zu einem späteren, zwischen Juli 1987 und März 1988 liegenden Zeitpunkt ebenfalls schloß. Mit diesem Verhalten verstieß der Kläger gegen die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht. Darin lag eine positive Vertragsverletzung, die den Beklagten zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages aus wichtigem Grund berechtigte (§ 554a BGB; vgl. auch Bub/Treier/Grapentien aaO IV Rdn. 139; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 6. Aufl. Rdn. 280, 281).

Auf die Behauptung des Klägers, er habe die Miete für die Marktstände stets pünktlich gezahlt, kommt es demgegenüber nicht an. Dies änderte nichts an der bestehenden Betriebspflicht.

c) Dem Kammergericht ist auch darin zu folgen, daß die Betriebspflicht des Klägers nicht durch eine - angebliche - längerfristige Duldung des geschaffenen Zustandes durch den Beklagten aufgehoben worden ist, und daß dieser sich - auch unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben - auf ihre Verletzung durch den Kläger berufen und die fristlose Kündigung hierauf stützen konnte.

Die Revision macht hierzu geltend, das Kammergericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO den unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers übergangen, daß der Beklagte die Schließung der Stände über lange Zeit widerspruchslos geduldet, also die Fortsetzung des Mietverhältnisses trotz Schließung der Marktstände nicht als unzumutbar angesehen habe.

Das trifft jedoch nicht zu. Das Kammergericht hat sich mit dem als übergangen gerügten Vortrag des Klägers aus der Berufungsbegründung und aus dem Schriftsatz vom 15. Januar 1990 auseinandergesetzt und ihn rechtsfehlerfrei dahin gewertet, daß die darin enthaltenen Ausführungen unter den gegebenen Umständen nicht ausreichten, um einerseits eine Aufhebung der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht durch Duldung des bestehenden Zustandes darzutun und dem Beklagten andererseits die Berufung auf die Vertragsverletzung des Klägers unter Billigkeitsgrundsätzen zu verwehren.

Das Kammergericht hat sich hierzu im einzelnen auf das Urteil des Landgerichts bezogen und sich der darin vorgenommenen Würdigung angeschlossen. Damit hat es auch den Schriftwechsel der Parteien von Juli 1987 in seine Wertung einbezogen, in dem der Kläger auf ein Schreiben des Beklagten vom 10. Juli 1987, mit dem dieser die Öffnung der Stände anmahnte, am 12. Juli 1987 schriftlich erwidert hatte, er werde vom 9. Juli bis 31. Juli 1987 Urlaub machen; einen Hinweis auf eine beabsichtigte endgültige Schließung der Stände enthielt das Schreiben indessen nicht. Bevor es dann zu der fristlosen Kündigung im Mai 1988 kam, forderte der Beklagte den Kläger nach der Feststellung des Landgerichts jedenfalls am 12. April 1988 schriftlich zur sofortigen Öffnung der Stände auf. Wenn das Kammergericht bei dieser Sachlage ein Verhalten des Beklagten, das als - rechtserhebliche - Duldung der von dem Kläger vorgenommenen Schließung der Marktstände über längere Zeit hinweg gewertet werden könnte, für nicht hinreichend dargetan angesehen hat, hält sich dies im Bereich der dem Tatrichter obliegenden Wertung des vorgetragenen Sachverhalts und läßt vor allem angesichts der erkennbaren Bedeutung der Offenhaltungsklausel für den Beklagten keinen Rechtsfehler erkennen. Dabei ist zudem zu beachten, daß nach der ausdrücklichen Regelung des Mietvertrages nachträgliche Änderungen und Ergänzungen schriftlich zu erfolgen hatten (Nr. 16 des Vertrages). Auch wenn Parteien grundsätzlich in beiderseitigem Einverständnis von der Einhaltung einer vertraglich vereinbarten Schriftform absehen können, sind doch, je nach der Bedeutung der zu ändernden Regelung, an die Feststellung des "Einverständnisses" der Beteiligten strenge Anforderungen zu stellen, zumal wenn dieses, wie hier, auf bloße Dul-

dung des durch die abzuändernde Klausel Begünstigten gestützt werden soll.

III.

1. Zum Umfang des Schadensersatzes hat das Kammergericht ausgeführt: Der Kläger schulde dem Beklagten für die Zeit bis zu dem vertraglich vorgesehenen Ende des Mietverhältnisses Ende März 1990 sowohl den monatlichen Mietzins in Höhe von 3.000 DM als auch die Service-Pauschale, allerdings ohne MWSt, in Höhe von monatlich 300 DM. Diese müsse der Kläger ohne Rücksicht darauf leisten, daß er seine Stände während der fraglichen Zeit nicht betrieben habe; er hafte insoweit kraft ausdrücklicher vertraglicher Regelung auch für diesen Ertragsausfall.

Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Solche werden auch von der Revision nicht geltend gemacht.

2. Das Kammergericht hat ein Mitverschulden des Beklagten an der Entstehung des Schadens verneint und dazu ausgeführt:

Der Schadensersatzanspruch des Beklagten mindere sich nicht deshalb herab, weil er Nachmieter nicht berücksichtigt habe. Nach Nr. 12 des Mietvertrages sei der Beklagte nämlich nicht verpflichtet gewesen, einen von dem Kläger angebotenen Nachmieter zu akzeptieren. Gegen die Wirksamkeit dieser Vertragsklausel bestünden keine Bedenken; allerdings sei sie nach Treu und Glauben dahin auszulegen,

daß der Vermieter vom Kläger gestellte Nachmieter nicht ohne jeden vernünftigen Grund, also nicht in schikanöser Weise ablehnen dürfe. Es seien aber keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Beklagte einerseits den nur als Ersatzmieter für das seinerzeit noch ungekündigte Mietverhältnis in Vorschlag gebrachten Herrn G. und andererseits den als Nachmieter angebotenen Herrn M. aus Schikane abgelehnt habe. M. habe keinen Obst- und Gemüsestand eröffnen, sondern nur sein bestehendes Cafe bzw. seinen gastronomischen Betrieb in der Markthalle erweitern wollen. Dadurch wäre der Charakter der Halle verändert worden. Aus diesem Grund habe der Beklagte M. nicht als Nachmieter zu akzeptieren brauchen.

Mit ihren hiergegen gerichteten Angriffen, mit denen sie die Übergehung erheblicher Beweisangebote rügt, hat die Revision Erfolg.

Allerdings ist dem Kammergericht darin zu folgen, daß der bereits im Juli 1987 ins Gespräch gebrachte Herr G. nicht als "Nachmieter" in Betracht kam. Denn zu jener Zeit war das Mietverhältnis noch nicht gekündigt, so daß sich für den Beklagten damals die Frage eines Nachmieters nicht stellte.

Das Kammergericht ist jedoch verfahrensfehlerhaft dem Vortrag des Klägers und seinem Antrag auf Vernehmung des Zeugen M. nicht nachgegangen. Der Kläger hatte in seiner Berufungsbegründung vom 22. Mai 1989 und mit Schriftsatz vom 27. Juli 1990 geltend gemacht:

Unmittelbar nach dem Auszug des Klägers aus der Markthalle Anfang Juni 1988 versuchte der Zeuge M. bei der Hausverwaltung des Beklagten, der P., eine Anmietung der Hälfte der ursprünglichen Stände des Klägers zu erreichen. Der Zeuge M. hat insoweit ab Juni 1988 mindestens einmal im Monat entweder persönlich mit dem Zeugen Me. oder aber telefonisch bei der Hausverwaltung P. angefragt, ob ihm der eine Teil der Stände, nämlich die rechts neben seinem Geschäft gelegenen, vom Kläger vermietet werden könnte. Der Zeuge war bereit, auf jeden Fall den Mietzins, den bislang der Kläger gezahlt hatte, zu zahlen; des weiteren wäre der Zeuge bereit gewesen, eine angemessene Kautionsleistung zu leisten. Seitens der P. bzw. des Herrn Me. wurde jedoch von vorneherein eine Vermietung der Stände an Herrn M. mit der lapidaren Begründung abgelehnt, eine Neuvermietung komme nicht in Betracht, da der Kläger den Mietzins für die Stände zu zahlen habe ...

Über Herrn M. hat sich ferner ein weiterer Interessent seit ca. Juli/August 1988 um den anderen Teil der Stände, die der Kläger ursprünglich angemietet hatte, bei der P. bzw. Herrn Me. beworben. Insoweit hat der betreffende Interessent sich teilweise selbst an die P. gewandt, teilweise hat er seinen diesbezüglichen Wunsch über Herrn M. vortragen lassen. Die diesbezüglichen Anfragen sind seit diesem Zeitpunkt mehrfach bis zum Sommer 1989 wiederholt worden. Auch gegenüber diesem Interessenten ist jedoch von seiten der P. bzw. des Herrn Me. eine Vermietung mit dem Hinweis auf die Zahlungspflicht des Klägers abgelehnt worden.

Zum Beweis für diese Behauptungen hatte sich der Kläger auf M. als Zeugen berufen.

Dieser Vortrag war rechtserheblich, so daß das Kammergericht ihm nachgehen mußte. Die Begründung, mit der es die Vernehmung des Zeugen M. abgelehnt hat, trägt die angefochtene Entscheidung nicht. Gegen die generelle Wirksamkeit der Klausel in Nr. 12 des Mietvertrages bestehen im Hinblick auf § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V. mit § 9 Abs. 2

Nr. 1 AGBG erhebliche Bedenken, wenn die Regelung nicht durch Billigkeitserwägungen gemildert wird. Das hat, wie dargelegt, auch das Kammergericht so gesehen. Gleichwohl hat es sich bei der Anwendung der Klausel nicht an das selbst gesetzte Verständnis der Regelung gehalten. Nach dem unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers hat der Beklagte den Zeugen M. und den weiteren Interessenten mit der Begründung abgelehnt, eine Neuvermietung der Stände komme nicht in Betracht, da der Kläger den Mietzins zahlen müsse. Ein derartiges Verhalten lief auf ein schikanöses, nicht mit Treu und Glauben zu vereinbarendes Vorgehen gegenüber dem Kläger hinaus. Daran ändert die Erwägung nichts, daß eine (Nach-)Vermietung an M. den Charakter der Miethalle verändert hätte. Denn M. betrieb bereits ein Café (Bistro) in der Halle. Diese bestand also nicht ausschließlich aus Verkaufsständen, sondern war dadurch geprägt, daß die Kunden dort außer den Marktständen auch ein Café aufsuchen konnten. Vor allem hat aber der Beklagte selbst den gesamten hinteren Teil der Markthalle, in dem sich u.a. die früher von dem Kläger gemieteten Stände befinden, nach dem insoweit unbestrittenen Vorbringen des Klägers (Schriftsätze vom 4. September 1990 S. 5 und vom 15. Januar 1990 S. 14; vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 9. August 1990 S. 1) nach dem Ende der vertraglich vorgesehenen Mietzeit im März 1990, nämlich zum 1. Juli 1990, an K.s Drugstore vermietet. Damit hat er auf den Betrieb eines Obst- und Gemüsehandels in diesem Teil der Halle verzichtet und statt dessen seinerseits eine tiefgreifendere "Umstrukturierung" der Markthalle vorgenommen, als sie mit einem Betrieb durch die von dem Kläger vorgeschlagenen Nachmieter verbunden gewesen wäre. Insbesondere auf diesem

Hintergrund stellt sich die Ablehnung der von dem Kläger angebotenen Nachmieter - nach seinem unter Beweis gestellten Vortrag - als schikanöses, die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB verletzendes Verhalten des Beklagten dar.

Da der Zeuge M. nach dem Vortrag des Klägers bereits Mitte 1988 zu einer Anmietung von Ständen des Klägers bereit war, ergreift das Beweisangebot bis auf wenige Monate den gesamten Schadenszeitraum. Eine Abgrenzung der danach ggfs. noch verbleibenden Schadensersatzverpflichtung des Klägers kann nach dem bisherigen Sach- und Streitstand weder in zeitlicher Hinsicht noch zur Höhe des entstandenen Schadens verlässlich getroffen werden.

Aus diesem Grund ist der Rechtsstreit unter Aufhebung der zum Nachteil des Klägers ergangenen Entscheidung in vollem Umfang zur weiteren Aufklärung an das Kammergericht zurückzuverweisen.

Lohmann

Krohn

Zysk

Nonnenkamp

Knauber