
Datum: 17.02.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-10 U 111/04
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2005:0217.I10U111.04.00

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 28.05.2004 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

-
- I. 1
- Die Parteien streiten nach wie vor über die Berechtigung des Beklagten zur außerordentlichen Kündigung vom 10.01.2002 der zwischen ihnen mit Verträgen vom 23.03.2001 geschlossenen Mietverhältnisse über die gewerblichen Mietobjekte im Hause W. 11 und 13 in M. Wegen der Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. 2
- Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt begehrt, die Erledigung der ursprünglich auf Feststellung der Nichtbeendigung des Mietverhältnisses durch die fragliche Kündigung und Zahlung der Kautions gerichteten Klage festzustellen, und darüber hinaus den Beklagten zur 3

Zahlung des vereinbarten Mietzinses für die Zeit von April 2002 bis September 2003 zu verurteilen. Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil die Klage lediglich in Bezug auf die Kautionsabgabe abgewiesen, im übrigen der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Das auf 10 Jahre geschlossene Mietverhältnis sei erst durch die Kündigung der Klägerin vom 25.02.2004 wirksam beendet worden. Die Kündigung des Beklagten vom 10.01.2002 sei nicht gerechtfertigt gewesen. Der Beklagte habe letztlich die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht beweisen können; es könne aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme nicht festgestellt werden, dass im Zeitpunkt der Kündigungserklärung davon auszugehen war, dass der zuletzt vereinbarte Einzugstermin 01.04.2002 nicht eingehalten werden könne. Der Beklagte könne sich gegenüber der Mietzinsforderung auch nicht darauf berufen, dass das Objekt nicht in einem vertragsgemäßen Zustand hätte übergeben werden können. Die Klägerin sei nach der Kündigung des Beklagten, die dieser für gerechtfertigt hielt, nicht mehr verpflichtet gewesen, das Objekt fertig zu stellen. Ein Anspruch auf Zahlung der Kautionsabgabe habe auch vor Eintritt des erledigenden Ereignisses nicht bestanden, weil das Mietverhältnis nie tatsächlich in Gang gesetzt worden sei, mithin zu sichernde Ansprüche nicht hätten entstehen können.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Er macht geltend, das Landgericht habe übersehen, dass der Vortrag des Beklagten auch eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtfertige. Der Beklagte habe das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Klägerin verloren, nachdem der Fertigstellungstermin mehrfach verschoben worden sei, sich sodann im Dezember 2001 herausgestellt habe, dass im Hinblick auf die technischen Gewerke weder eine umsetzungsreife Planung noch ein Konzept vorhanden gewesen und die Klägerin in der Folgezeit untätig geblieben sei. In Bezug auf den Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB habe das Landgericht die erhobenen Beweise falsch gewürdigt: Aufgrund der Aussagen der vernommenen Zeugen könne sehr wohl festgestellt werden, dass die Klägerin das Objekt nicht zum 01.04.2002 habe überlassen können; insoweit sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Restauranteröffnung am 01.04.2002 vorgesehen gewesen sei; eine Fertigstellung durch die Klägerin zu diesem Termin wäre nicht ausreichend gewesen, weil im Anschluss daran die Inneneinrichtung einen Zeitraum von ca. einem Monat benötigt hätte. Das Landgericht habe übergegangen, dass das Objekt zum 01.04.2002 mangels notwendiger nachbarrechtlicher Befreiungen gar nicht genehmigungsfähig gewesen sei. Unhaltbar sei die Auffassung des Landgerichts, die Klägerin sei in der Lage gewesen, die für die Konzessionsbeantragung erforderlichen Genehmigungen zu erhalten; aus den Zeugenaussagen und der Bauakte gehe hervor, dass die Klägerin trotz der Kündigung des Beklagten alles unternommen habe, um die erforderlichen Genehmigungen zu erhalten. Nach Urteilsverkündung habe er - der Beklagte - erfahren, dass es der Klägerin trotz aller Anstrengungen bis Juni 2002 nicht gelungen sei, das Objekt für ein identisches Nutzungskonzept des Zeugen K. über den Rohbauzustand hinaus zu führen; auch diesem gegenüber sei die Planung mehrfach geändert, Versprechen mehrfach nicht eingelöst worden. Im übrigen sei die Beweislast für das Vorliegen der Erfüllungsbereitschaft vom Landgericht falsch beurteilt worden; diese trage nach § 543 Abs. 4 Satz 2 BGB die Klägerin selbst; zu Gunsten des Beklagten streite im übrigen aufgrund der Nichtfertigstellung zum vereinbarten Termin der Anscheinsbeweis. Der Mietzinsanspruch scheitere auch daran, dass die Klägerin den Vertrag ihrerseits nicht erfüllt habe.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Beklagte eine Bescheinigung der Stadt M. vom 17.01.2005 vorgelegt (Bl. 370 GA), aus der sich ergibt, dass über den Antrag der Nachfolgepächterin auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis vom 26.08.2003 erst am 24.11.2003 habe entschieden werden können, nachdem die erforderliche bauordnungsrechtliche Zustimmung/Abnahme vorgelegen habe. Überdies hat der Beklagte

4

5

im Termin unter Beweisantritt behauptet, dass die beantragte Konzession nur eingeschränkt habe erteilt werden können, weil ein Schallschutzgutachten erforderlich gewesen sei.

Der Beklagte beantragt, 6

unter teilweisen Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen. 7

Die Klägerin beantragt, 8

die Berufung zurückzuweisen. 9

Unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags weist sie nochmals darauf hin, dass das Hinausschieben des Fertigstellungstermins durch Änderungswünsche des Beklagten veranlasst gewesen sei und legt weitere Änderungen dar (vgl. Bl. 306 ff GA). Daher sei ihrer Ansicht nach die Kündigung des Beklagten auch dann nicht gerechtfertigt, wenn der Fertigstellungstermin kurzfristig überschritten worden wäre. Den neuen Vortrag des Beklagten rügt sie als verspätet und falsch. Des weiteren hebt sie hervor, dass der Beklagte vor Ausspruch der Kündigung nicht gemahnt habe. 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen. 11

II. 12

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, jedoch nicht begründet. 13

1. 14

Zu Recht hat das Landgericht die Erledigung des auf Feststellung, dass die Kündigung des Beklagten vom 10.01.2002 das Mietverhältnis nicht beendet hat, gerichteten Antrages der Klägerin festgestellt. Die Kündigung vom 10.01.2002 war nicht gerechtfertigt. 15

a. 16

Es kann nicht festgestellt werden, dass im maßgeblichen Zeitpunkt der Kündigungserklärung die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB erfüllt waren. 17

Der Beklagte hat keine Umstände dargelegt, aus denen sich ergibt, dass im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung feststand, der zuletzt zugesagte Fertigstellungstermin werde nicht eingehalten werden können. Seine erstinstanzliche Behauptung, die Architektin O. habe im Besprechungstermin am 14.12.2001 erklärt, es sei an sich ausgeschlossen, dass der Umbau zum 01.04.2002 fertig sei, hat keiner der erstinstanzlich vernommenen Zeugen bestätigt. Noch in der zweiten Instanz macht der Beklagte ausschließlich geltend, dass es bei der letzten Besprechung im Dezember 2001 an einem tragfähigen Konzept und einer umsetzungsreifen Planung für die "Technik" gefehlt habe und eine solche mit Rücksicht auf den Urlaub der Architektin bis zum Ausspruch der Kündigung auch nicht vorgelegt worden sei. Zudem sei völlig offen gewesen, mit welchen Maßgaben überhaupt eine Genehmigung erteilt und welchen Zeitraum das Genehmigungsverfahren in Anspruch nehmen würde (vgl. Bl. 323 GA). Diese Umstände begründeten zwar eine Ungewissheit darüber, ob der einvernehmlich festgelegte Fertigstellungstermin 01.04.2002 würde eingehalten werden können. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, es habe festgestanden, dass die Einhaltung dieses Termins unmöglich gewesen sei. Dies beruht - bezogen auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs - auf Mutmaßungen, nicht auf Fakten. Die tatsächliche 18

Entwicklung nach dem Ausspruch der Kündigung kann insoweit entgegen der Auffassung des Beklagten nicht herangezogen werden, weil es im Zeitpunkt der Kündigung keinen konkreten Anhaltspunkt für diese Entwicklung gab. Die Kündigung wurde offensichtlich in der bloßen Erwartung ausgesprochen, eine Fertigstellung werde nicht erfolgen können.

Dem steht nicht entgegen, dass - worauf der Beklagte zutreffend hinweist - nach der gesetzlichen Wertung letztlich die Klägerin im Zweifel die Beweislast für die rechtzeitige Gebrauchsgewährung tragen würde. Voraussetzung ist zunächst, dass der Beklagte substantiiert darlegt, es habe im Zeitpunkt der Kündigung festgestanden, dass ihm der vertraglich gewährleistete Gebrauch nicht rechtzeitig gewährt werden würde. In diesem Rahmen hat der Beklagte auch nicht ausreichend substantiiert dazu vorgetragen, dass das Objekt mit Rücksicht auf die von ihm vorzunehmende Inneneinrichtung von der Klägerin bereits Ende Februar hätte fertiggestellt werden sollen und müssen. 19

Überdies fehlt es insbesondere auch an der für eine fristlose Kündigung erforderlichen Abmahnung der Klägerin. Mit Rücksicht auf die bereits mehrfach akzeptierten Verschiebungen des Fertigstellungstermins und den Ausgang der im Dezember 2001 geführten Gespräche war eine Abmahnung der Klägerin nicht entbehrlich. Insbesondere kommt es auch nicht darauf an, ob der Beklagte aufgrund der vorangegangenen mehrfachen Verzögerungen bereits im Dezember zur Vertragsaufkündigung berechtigt gewesen wäre. Entscheidend ist, dass der Beklagte im Dezember nicht gekündigt, sondern sich auf eine weitere Klärung der aufgetretenen Probleme eingelassen hat. Nach seiner eigenen Darlegung, die durch die Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen bestätigt wird, ging man im Dezember 2001 auseinander in dem Bewusstsein, dass für die Technik ein neues Konzept und eine neue Planung erstellt werden müsse. Nach Aussage der von dem Beklagten benannten Zeugin W. habe sich sodann herausgestellt, dass man zunächst nicht weiterkommen würde, weil die Architektin O. in Urlaub gehen würde und zudem der Dachboden wegen Urlaubs der dort wohnenden Psychologin für eine Besichtigung nicht zugänglich gewesen sei. Wörtlich hat die Zeugin W. ausgesagt: "Es sollte dann alles nach deren Rückkehr im Januar geklärt werden. .. Es war alles auf Januar verschoben." Unter diesen Umständen wäre der Beklagte gehalten gewesen, eine Rückmeldung durch die Klägerin abzuwarten, nötigenfalls anzumahnen, bevor er eine fristlose außerordentliche Kündigung ausspricht. Es kann nicht außer Acht gelassen werden, dass hier ein langfristiges Vertragsverhältnis auf dem Spiel stand und von beiden Seiten erhebliche Investitionen getätigt bzw. geplant waren. 20

b. 21

Die ausgesprochene Kündigung kann auch nicht auf § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützt werden. Es kann nicht festgestellt werden, dass es dem Beklagten bereits zum Zeitpunkt der Kündigung unzumutbar gewesen sei, an dem Vertrag weiter festzuhalten. 22

Maßgeblich angeführt wird vom Beklagten, dass er das Vertrauen verloren habe, das Objekt könne zum zuletzt vereinbarten Fertigstellungstermin fertiggestellt werden. Auch für diesen Vertrauensverlust sind indes konkrete Umstände anzugeben, jedoch nicht ausreichend dargelegt. Es kann insoweit nicht auf die bereits in der Vergangenheit erfolgten mehrmaligen Verzögerungen abgestellt werden, weil die Parteien trotzdem einvernehmlich einen neuen Fertigstellungstermin vereinbart hatten. Auch kann nicht abgestellt werden auf die fehlende Konzeption und umsetzungsfähige Planung der Technik im Dezember 2001. Diesbezüglich ist man übereingekommen, dass alles Weitere im Januar 2002 geklärt werden solle. Die angeführte Untätigkeit der Klägerin bis zum Ausspruch der Kündigung im Januar 2002 rechtfertigt die Annahme einer Zerstörung der Vertrauensgrundlage ebenfalls nicht. Der 23

Ausspruch der Kündigung erfolgte bereits am 10.01.2002. In dieser kurzen Zeit war mit Rücksicht auf die Feiertage von der Klägerin redlicherweise eine Klärung der aufgetretenen Problematik nicht zu erwarten. Entsprechend kann die fehlende Klärung auch nicht die Vertrauensgrundlage für ein auf lange Dauer angelegtes Vertragsverhältnis zerstört haben.

c. 24

Überdies sind keine Umstände ersichtlich, die die Bekundungen der Zeugin O. zu dem Inhalt des mit dem Beklagten in der Zeit vom 08. bis 10.01.2002 geführten Telefonats widerlegen. Diese hat ausgesagt, der Beklagte habe ihr gegenüber erklärt, das Projekt rechne sich für ihn nicht, weshalb er vom Vertrag Abstand nehmen wolle (vgl. Bl. 215, 220 GA). 25

2. 26

Ohne Erfolg rügt der Beklagte die Verurteilung zur Zahlung der Mieten nebst Zinsen. 27

Dieser Anspruch ist nicht - wie der Beklagte meint - ausgeschlossen, weil die Mietsache in der fraglichen Zeit von April 2002 bis September 2003 nicht in vertragsgemäßem Zustand habe zur Verfügung gestellt werden können. Insoweit mag dahinstehen, ob bis Anfang April 2002 auch die von dem Beklagten vorzunehmende Inneneinrichtung hätte fertiggestellt und das Restaurant hätte eröffnet werden können. Es gibt weder in den Vertragsunterlagen noch in dem Vortrag des Beklagten einen Anhaltspunkt dafür, dass der Beklagte erst mit dem Zeitpunkt der Restauranteröffnung zur Zahlung der Mieten verpflichtet sein sollte. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Mietzinszahlungspflicht mit Übergabe des Mietobjektes in vertragsgemäßem Zustand an den Mieter erfolgen sollte. 28

Die Klägerin hat erstinstanzlich ausreichend dargelegt, dass die von ihr zur vertragsgemäßen Herrichtung des Objektes notwendigen Leistungen bis zum vereinbarten Termin Anfang April 2002 hätten erbracht werden können. Dieser Vortrag wird letztlich bestätigt durch die erstinstanzlich vernommenen Zeugen. Aus den Angaben der - allerdings auf Antrag des Beklagten vernommenen - Zeugen L. und P. (vgl. Bl. 196 ff, 201 ff GA) folgt, dass für die Unterbringung der Lüftungsanlage auf dem Dach eine bauordnungsrechtliche Genehmigung erforderlich war, die 2-3 Monate in Anspruch genommen hätte, dass die Lüftungstechnik selbst nicht genehmigungspflichtig war und bis Ende März 2002 hätte fertiggestellt werden können, und dass auch die nötige Konzession bis Ende März 2002 hätte erteilt werden können. Die Angaben sind von der auf Antrag beider Parteien benannten Zeugin O. letztlich bestätigt worden, die ausgesagt hat, dass das Objekt nach Wiederaufnahme der Bautätigkeit innerhalb von 3 Monaten fertiggestellt und konzessioniert worden sei (vgl. Bl. 214 ff GA). 29

Erfolglos versucht der Beklagte in der Berufungsinstanz, die Angaben der Zeugen zu widerlegen aufgrund des tatsächlichen Ablaufs nach Ausspruch der Kündigung. Soweit hier auf die Bauakten der Stadt M. abgestellt wird (vgl. Bl. 281 f GA), ist seinen Angriffen kein Erfolg beschieden. Es ist nach wie vor nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin - wenn sie die Fortführung des Projektes mit Nachdruck und der gebotenen Eile betrieben hätte - das Objekt fristgerecht hätte fertig stellen können. Über den mutmaßlichen Verlauf unter diesen Bedingungen geben die Bauakten keine verlässliche Auskunft. 30

Auch der neue Sachvortrag des Beklagten vermag den erstinstanzlich erbrachten Beweis nicht zu erschüttern: Der Zeuge K. soll zwar bestätigen können, dass die Klägerin für ein identisches Nutzungskonzept in der Zeit von Februar 2002 bis Juni 2002 nicht in der Lage gewesen sei, die grundlegenden technischen Probleme zu lösen und das Projekt über den Rohbauzustand hinaus zu führen (vgl. Bl. 283, 335 GA). Dieser Vortrag ist jedoch nicht 31

ausreichend substantiiert. Es fehlt bereits an detaillierten Angaben zu verbindlichen Vereinbarungen zwischen dem Zeugen K. und der Klägerin. Dass die Klägerin den Zeugen K. Anfang Februar 2002 für das Objekt habe "gewinnen" können und dass dieser sich bereits im Februar für ein identisches Nutzungskonzept entschieden habe, belegt nicht, dass insoweit bereits konkrete vertragliche Vereinbarungen zustande gekommen waren, aufgrund derer die Klägerin gehalten gewesen wäre, alle Anstrengungen zu unternehmen, um das Objekt möglichst schnell in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Entsprechend ist der zeitliche Ablauf von Februar 2002 bis Juni 2002 auch nicht geeignet, das erstinstanzliche Beweisergebnis zu widerlegen.

Die aus der Bescheinigung der Stadt M. vom 17.01.2005 (Bl. 370 GA) hervorgehende Dauer des Verfahrens zur Erteilung einer Gaststättenerlaubnis sowie die im Termin behauptete Erforderlichkeit eines Schallschutzgutachtens sind als neuer Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz nicht zu berücksichtigen. Es liegen keine der in § 531 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Umstände vor, die eine Zulassung rechtfertigen würden. Insbesondere wäre der Beklagte gehalten gewesen, bereits in der ersten Instanz alle Umstände darzulegen, die belegen, dass das Objekt nicht zum vereinbarten Fertigstellungstermin hätte übergeben werden können. Hierzu hätten auch die nötigen Erkundigungen bei der Stadt M. gehört. 32

Unabhängig von der Frage der Zulassung des Vorbringens, wäre dieses auch inhaltlich nicht geeignet, die Nichteinhaltung des vereinbarten Fertigstellungstermins darzulegen. Unklar bleiben die Absprachen im Verhältnis der Klägerin zur Nachfolgepächterin, sowie Beginn und Umfang der Umbauarbeiten für das - nach eigenem Vortrag des Beklagten - völlig andere Nutzungskonzept der Fa. R. o. K. Offen ist, ob auch für die Konzession des Beklagten ein Schallschutzgutachten erforderlich gewesen wäre und ob dies nicht innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit hätte vorgelegt oder innerhalb zumutbarer Frist hätte nachgereicht werden können - bezeichnenderweise hat der Zeuge P. insoweit in seiner Vernehmung vor dem Landgericht keinerlei Bedenken erwähnt. Auch wäre zu berücksichtigen, dass lediglich eine Einschränkung der Konzession erfolgt ist; inwieweit diese Einfluss auf die Mietzinszahlungspflicht gehabt hätte, ist nicht ersichtlich. 33

III. 34

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 35

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 36

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 37

Streitwert für das Berufungsverfahren: EUR 91.571,02 (vgl. Senatsbeschluss v. 21.09.2004). 38