

81. 1. Ist der Mieter, dem der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder teilweise entzogen worden ist, und der deshalb dem Vermieter eine angemessene Frist zur Abhilfe bestimmt hat, verpflichtet, wenn er nach fruchtlosem Ablaufe der Frist das Mietverhältnis gemäß § 542 BGB. kündigt, dennoch seinerseits Vorkehrungen zur Minderung des Schadens zu treffen, dessen Ersatz er nach § 538 verlangen kann?

2. Wie ist in einem solchen Falle der Umfang des Schadenersatzes mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Kündigung zu beschränken?

3. Zur Frage des Verhältnisses der Minderung des Mietzinses zu dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Falle des § 538 BGB.

III. Zivilsenat. Ur. v. 6. Juni 1913 i. S. B. Nachf. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. III. 18/13.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin mietete durch Vertrag vom 18. Juni 1906 nebst Nachtrag von demselben Tage von dem Beklagten Räume im Erdgeschoße des Fabrikgebäudes L.-Str. Nr. 6 in B. auf die Zeit vom 1. April 1907 bis zum 31. März 1912 „zur Metall- und Zinkschmelzerei“ für einen jährlichen Mietzins von 7000 M. In dem Nachtrage war bestimmt, daß der Beklagte den Schmelzraum mit einem Ventilationsrohre, die Klägerin aber den Raum mit einem

elektrischen Ventilator zu versehen habe, „durch welche die schlechten Lüfte bzw. Dämpfe abzuführen“ seien, und daß der Beklagte die zur Anlage der Schmelzerei sonst erforderlichen Einrichtungen zum Selbstkostenpreise auf Rechnung der Klägerin herzustellen habe. Bald nach Übernahme der Räume entstanden zwischen den Parteien namentlich über die Belastung des unterkellerten Fußbodens und über das Ventilationsrohr Meinungsverschiedenheiten, die zu Rechtsstreitigkeiten führten. Insbesondere erhob die Klägerin gemäß § 542 BGB. im März 1908 in den Akten 28 O. 129/08 Klage auf Feststellung, daß sie berechtigt sei, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Sie änderte am 10. Januar 1910 den Antrag dahin, festzustellen, daß infolge ihrer vorzeitigen Kündigung der Mietvertrag sein Ende erreicht habe. Das Kammergericht erkannte am 27. Juni 1910 nach diesem abgeänderten Antrage, und zwar nur aus dem Grunde, weil der aus der Nichtgewährung des Ventilationsrohrs entnommene Klagegrund erheblich und erwiesen sei. Das Reichsgericht wies durch Urteil vom 26. Mai 1911 die Revision des Beklagten zurück. Den nach dem Vertrage am 1. Juli 1910 fälligen Mietzins zahlte die Klägerin nicht innerhalb der hierfür festgesetzten ersten drei Tage des Kalendervierteljahrs im voraus, sondern erst am 1. Oktober 1910. Deshalb erklärte ihr der Beklagte Anfang Juli 1910, daß er das Mietverhältnis dem ihm für einen solchen Fall vertragsmäßig vorbehaltenen Rechte gemäß künde. Als die Klägerin Anfang Oktober den Mietzins für das vierte Vierteljahr schuldig blieb, wiederholte er seine Erklärung und erhob gegen Ende Oktober gegen sie Klage auf Räumung. Die Klägerin verlangte Abweisung dieser Klage, räumte jedoch Ende Dezember oder Anfang Januar die Mieträume.

In dem gegenwärtigen Rechtsstreite hat die Klägerin von dem Beklagten Ersatz des Schadens verlangt, der ihr dadurch entstanden sei, daß sie die gemieteten Räume wegen Unterlassung der Herstellung eines geeigneten Ventilationsrohrs durch den Beklagten zu dem vertragsmäßigen Zwecke vom 27. August 1908 an nicht habe benutzen können. Sie berechnete den Schaden im zweiten Rechtszuge auf 55381,15 M. Im einzelnen verlangte sie Ersatz des Schadens, der ihr dadurch erwachsen sei, daß sie zur Aufrechterhaltung ihres Geschäfts das Schmelzen außerhalb der Mieträume an vier ver-

schiedene Firmen habe vergeben und dafür höhere Preise habe zahlen müssen, als das Umschmelzen sie selbst gekostet hätte; ferner Ersatz des Schadens, den sie dadurch erlitten habe, daß sie seit dem 7. September 1908 bis zum Auszuge Schmelzaufträge nicht in vollem Umfange habe annehmen können, weil die Umschmelzung durch andere nur in beschränktem Maße möglich gewesen sei. Außerdem forderte sie Erstattung eines Teiles des für die Zeit vom 1. August 1908 bis zum 31. Dezember voll gezahlten Mietzinses mit 5307 *M.*, da der eigentliche Schmelzraum ein Drittel sämtlicher Mieträume betragen und der Mietzins sich für den Monat auf 550 *M.* belaufen habe.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 300 *M.* Schadensersatz und 122 *M.* zu erstattenden Mietzinses nebst 4 v. H. Zinsen seit der Klagezustellung an die Klägerin, wies jedoch die Mehrforderung ab. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Auf ihre Revision ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden aus folgenden

#### Gründen:

„Die Gründe des angefochtenen Urteils gehen davon aus, nach den Entscheidungen des Berufungs- und des Revisionsgerichts in dem früheren Rechtsstreite 28 O. 129/08 sei das von der Klägerin in ihrem Schreiben an den Beklagten vom 29. Juli 1908 gestellte Verlangen, daß dieser ein den polizeilichen Anforderungen entsprechendes Ventilationsrohr anbringen ließe, auf Grund des Mietvertrags nebst Nachtrag gerechtfertigt gewesen. Hiernach sei die Klägerin gemäß § 542 BGB. nach dem fruchtlosen Ablaufe der dem Beklagten am 25. August 1908 gesetzten zweiwöchigen Frist zur Leistung, deren Lauf mit dem dem Empfange des Schreibens folgenden Tage, also am 27. August 1908, begonnen habe, mithin am 10. September 1908 zur einseitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses berechtigt gewesen. Durch den unbenutzten Ablauf der Frist habe dieses Verhältnis aber nicht von selbst aufgehört; es habe dazu vielmehr der Erklärung der Kündigung bedurft, die freilich auch durch schlüssige Handlungen habe erfolgen können. Das Schreiben vom 25. August 1908 selbst habe die Kündigung nicht zum Ausdruck gebracht. Auch in dem am 15. September 1908 gestellten Schriftsatz könne keine Erklärung der Vertragsauflösung gefunden werden, vielmehr sei

darin nur der Hinweis auf das aus dem fruchtlosen Ablaufe der Frist der Klägerin erwachsene Recht zur Kündigung, nicht aber diese selbst enthalten. Erst dadurch, daß die Klägerin in jenem früheren Rechtsstreite am 10. Januar 1910 den Antrag verlesen habe, festzustellen, daß der Mietvertrag insolge ihrer vorzeitigen Kündigung sein Ende erreicht habe, habe sie ihren auf Vertragsauflösung gerichteten Willen zum Ausdrucke gebracht. Ihr Vorbringen in dem Rechtsstreite über das Räumungsverlangen des Beklagten stehe damit im Einklange. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei somit am 10. Januar 1910 erloschen. Das Berufungsgericht nimmt indessen an, es sei weder für den Anspruch auf Schadensersatz noch für den auf Erstattung von Mietzins von entscheidender Bedeutung, ob das Mietverhältnis schon am 10. oder 15. September 1908, am 1. April 1909 oder erst am 10. Januar 1910 erloschen sei. Von der Kündigung an habe der Vertrag keine Rechte und Pflichten mehr erzeugen können. Bis dahin aber sei er in voller Wirkung geblieben. Die Klägerin habe also für die Vergangenheit das Recht auf Schadensersatz wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs gemäß § 538 BGB. behalten, weil sich der Beklagte mit der Gewährung des Ventilationsrohrs mindestens seit dem 1. August 1908, dem Tage des Empfanges der Aufforderung vom 29. Juli 1908, im Verzuge befunden habe. Aber auch für den nach der Kündigung entstandenen Schaden hafte er der Klägerin, da auch dieser auf dem schon vor der Kündigung eingetretenen Verzug und seinem Verschulden beruhe.

Im weiteren läßt das Gericht dann eine Reihe von Fragen, die zwischen den Parteien streitig waren, unentschieden, weil die Klägerin in keinem Falle mehr als 300 *M* als Schadensersatz fordern könne, das Landgericht ihr aber diesen Betrag zuerkannt und der Beklagte hiergegen keine Berufung eingelegt habe. Diese Beschränkung der Schadensersatzpflicht des Beklagten begründet es folgendermaßen: Durch das Gutachten C.'s sei erwiesen, daß die Belästigung der Umwohner durch die von der Metall- und Zinkschmelzerei verursachte Gas-, Rauch- und Dampfentwicklung hätte vermieden werden können, wenn die Gase, der Rauch und die Dämpfe in eine freie, von benachbarten Gebäuden und von dem Hauptschornsteine nicht beeinträchtigte Luftschicht in beträchtlicher Höhe über dem

Schornsteine geführt und so dort zur Verteilung gelangt wären. Dies würde bei der im übrigen gänzlich freien Lage des Grundstücks der Fall gewesen sein, wenn die Gase, der Rauch und die Dämpfe aus den Röhren in einer Höhe von 5 m über dem 30 m hohen Schornstein unter dem Einflusse des in den Röhren vorhandenen natürlichen Zuges und des durch den Exhaustor erzeugten künstlichen Druckes ausgeströmt wären. Hierzu hätten die vorhandenen kastenförmigen Blechaufsätze je um 6,7, 6,3 und um 5,8 m erhöht werden müssen. Diese Höherführung der Abzugsröhren bis zu der erforderlichen Höhe von 5 m über dem Hauptschornsteine würde nach dem Gutachten E.'s 270 M., wenn sich aber bei der Arbeit herausgestellt hätte, daß die vorhandenen Aufsaugröhren bei der Höherführung nicht mitbenutzt werden könnten, vielmehr drei neue Röhren von je 8 m aufzuführen gewesen wären, 300 M. gekostet haben.

Zu dieser Höherführung der Röhren — so legt das Gericht weiter dar — sei nach dem vorher Ausgeführten allerdings der Beklagte verpflichtet gewesen. Aber dies reiche nicht hin, ihm den gesamten Schaden oder dessen größten Teil oder auch nur mehr als 300 M. aufzubürden. Da nämlich die Klägerin aus seinem Vorbringen in dem Rechtsstreite 28 O. 129/08 gewußt habe, daß er sich dazu nicht für verpflichtet gehalten habe und daß er keine Vorkehrungen zur Abwendung des Schadens treffen würde, und da sie den dazu erforderlichen geringen Betrag von 300 M. unstreitig mit leichter Mühe hätte aufbringen können, so sei es ein Verstoß gegen Treu und Glauben sowie ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gewesen, daß sie es unterlassen habe, sich in der von E. bezeichneten Weise zu schützen. Sie würde dies auch getan haben, wenn sie nicht einen Schadensersatzpflichtigen Gegner vor sich gehabt hätte. Unter diesen Umständen habe in ihrem Verhalten eine grobfahrlässige Verletzung der dem Beschädigten nach § 254 BGB. obliegenden Pflicht gelegen, den Eintritt und die Vergrößerung des Schadens selbst zu verhüten, soweit dies von einem sorgfamen Manne habe erwartet werden dürfen. Der Umstand, daß der Beklagte in dem Schreiben vom 19. August 1908 unberechtigterweise verlangt habe, die Klägerin solle die Kosten eines 30 m langen Ventilationsrohrs selbst tragen, entschuldige sie deshalb nicht, weil

sie die endgültige Tragung der Kosten hätte ablehnen und sich hätte bereit erklären sollen, sie für den Fall zu tragen, daß im Rechtsstreit ihre Verpflichtung hierzu festgestellt werden würde. Belanglos sei ferner, daß der Beklagte ein Ventilationsrohr von 30 m Länge als ein Un Ding bezeichnet habe und daß andere Sachverständige als G. in dem früheren Rechtsstreit andere Maßnahmen als geeignete Vorkehrungsmittel empfohlen hätten. Denn bei Zweifeln hierüber hätte die Klägerin Sachverständige befragen und die hierdurch entstehenden Kosten dem Beklagten gleichfalls demnächst in Rechnung stellen können. Indessen sei sie, wie ihr Schreiben vom 25. August 1908, der Tatbestand des Urteils vom 10. Januar 1910 und der Beweisbeschluß vom 14. Januar 1909 ergäben, von Anfang an stets der richtigen Meinung gewesen, daß eine angemessene Höherführung der Abzugsröhren die vom Polizeipräsidenten geforderte Wirkung haben und das billigste Mittel zur Abhilfe sein werde.

Auch den minderen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Geschäftsgewinns für die Zeit vom 27. August bis zum 15. September 1908 mit 1620 M hält das Berufungsgericht für unbegründet, selbst wenn es richtig sei, daß zur Höherführung der Abzugsröhren die polizeiliche Genehmigung erforderlich gewesen wäre und ihre Erlangung vierzehn Tage, die Arbeit selbst aber drei Tage beansprucht haben würde. Der Anspruch scheiterte daran, daß die Klägerin die Genehmigung schon Anfang August 1908 hätte einholen können und sollen, da sie aus dem Schweigen des Beklagten auf ihre Aufforderung vom 29. Juli 1908 und aus seinem früheren Verhalten ersehen habe, daß er es ablehne, der Aufforderung nachzukommen. Hätte sie am 5. oder 6. August die Genehmigung nachgesucht, so hätte sie am 19. oder 20. in deren Besitze sein und die Höherführung vor dem Ablaufe des 26. August, also vor dem Ende der vom Polizeipräsidenten gesetzten Frist, vollendet haben können. Daß die Genehmigung erteilt worden wäre, sei unbedenklich, da ähnliche oder gleiche Maßnahmen in B. häufig zu beobachten seien.

Als Schadenersatz könne deshalb der Klägerin nur der Betrag von 300 M zugesprochen werden, durch dessen Aufwendung der gesamte Schaden verhütet worden wäre.

Den Mietzinsminderungsanspruch, den das Landgericht für die 20 Tage vom 26. August bis zu der von ihm für den 15. Sep-

tember 1908 angenommenen Beendigung des Mietverhältnisses mit 122 *M* der Klägerin zugesprochen hatte, hält das Berufungsgericht überhaupt für ungerechtfertigt. Denn die Klägerin habe wegen des Mangels des Ventilationsrohrs nicht das Recht gehabt, Schadenersatz und Mietzinsminderung zu beanspruchen, sondern nach § 538 *BGB.* nur die Wahl zwischen dem einen oder dem andern. Für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses aber könne von einer Minderung des Mietzinses deshalb nicht die Rede sein, weil damals das Mietverhältnis nicht mehr bestanden, der Beklagte der Klägerin vielmehr nur noch in Höhe seiner Bereicherung gehaftet habe. Aber auch aus diesem Grunde sei die Rückforderung nach § 814 *BGB.* unstatthaft, weil die Klägerin die Nichtschuld gekannt und sich die Rückforderung in keiner Weise vorbehalten habe.

Die Revision macht hiergegen folgendes geltend: Was das Berufungsgericht über die Verursachung des Schadens zuungunsten der Klägerin anführe, lasse sich mit denselben Worten gegen den Beklagten ins Feld führen: ohne die mangelhafte Einsicht des Beklagten in seine Pflichten hätte der Schaden nicht entstehen können. Es komme deshalb darauf an, auf wessen Seite das Verschulden größer sei. Auf der Schuldsseite des Beklagten stehe seine rechtskräftig festgestellte vertragliche Pflicht, der Umstand, daß ihn die Klägerin auf die drohende Einstellung des Betriebes aufmerksam gemacht hatte, das ihm allein zustehende Recht, Bauarbeiten an seinem Hause vorzunehmen. Auf der anderen Seite werde die Klägerin für ihre Säumnis entschuldigt durch die Weigerung des Beklagten, die geplante Veränderung als zweckmäßig anzuerkennen, und durch ihre Abhängigkeit vom Beklagten, der wohl die Änderung habe erlauben wollen, wenn sie unbedingt auf ihre Kosten erfolgte, der aber nicht habe behaupten können, daß er sie auch auf die Gefahr hin gestattet hätte, die Kosten selbst tragen zu müssen. Das Berufungsgericht mache ferner der Klägerin zu Unrecht den Vorwurf, daß sie das Richtige von vornherein erkannt habe. Das habe sich doch erst nachträglich herausgestellt, weil nämlich das Gericht gerade dem Sachverständigen *C.* gefolgt sei. Ob nicht die Befragung anderer Sachverständiger zu anderen Ergebnissen geführt hätte, sei ganz ungewiß. Wenn sie aber dasselbe Ergebnis gehabt hätte wie das, zu dem der Sachverständige *C.* gelangt sei, so treffe der Vorwurf,

sie nicht befragt zu haben, den Beklagten mindestens mit derselben Schwere.

Für unbegründet hält die Revision ferner die Forderung, die das Berufungsgericht an die Klägerin stelle, indem es ihr vorwerfe, daß sie nicht sofort, als der Beklagte auf ihre Aufforderung geschwiegen habe, die Arbeiten selbst vorgenommen habe. Wenigstens für einige Zeit hätte der Klägerin ihr Ausfall zugesprochen werden müssen. Endlich hätte ihr mindestens in Höhe des entsprechenden Mietabzugs ein Betrag zuerkannt werden müssen, und zwar entweder, weil der Schaden wenigstens so hoch gewesen sei oder weil der Anspruch auf Schadensersatz den Abzug nur in der Höhe ausschließen könne, in der er für gerechtfertigt erklärt werde.

Berufungsurteil und Revision gehen hiernach übereinstimmend davon aus, daß auf ein Rechtsverhältnis wie das vorliegende zunächst grundsätzlich der § 254 BGB., wonach der Beschädigte verpflichtet ist, den Schaden tunlichst zu mindern, anwendbar sei, jenes mit der weiteren Annahme, daß auch nach der Lage der tatsächlichen Verhältnisse seine Anwendung geboten sei, diese, indem sie gerade wegen der besonderen Umstände des Falles eine solche für ausgeschlossen erachtet. Diese Anschauung ist rechtsirrtümlich und lediglich insoweit ist der Revision beizutreten, als sie die Anwendbarkeit des § 254 auf den vorliegenden Fall letzten Endes leugnet, während ihr nur in diesem Ergebnis und nur aus völlig von den ihrigen verschiedenen Gründen beizupflichten ist. Dies erhellt aus folgendem.

Wegen der Übelstände, welche die Ableitung der Gase und Dämpfe durch die vorhandenen drei russischen Rohre in der von dem Berufungsgerichte festgestellten Weise zur Folge hatte, war der Klägerin durch Verfügung des Polizeipräsidenten vom 22. Juli 1908 bei Strafe die Abstellung der Gefährdung der Anwohner durch Verbreitung von Gasen und Dämpfen aufgegeben worden. Sie verlangte deshalb durch Schreiben vom 1. August 1908 vom Beklagten Abhilfe durch Herstellung eines 30 m hohen Ventilationsrohrs. Da der Beklagte dies ablehnte, ein solches Rohr als ein Üding bezeichnete, das in keiner Weise geeignet sein würde, den Übelstand zu beseitigen, dessen Grund in ungenügender Herstellung der Schmelzanlage liege, und da er sich nur bereit erklärte, die zur Anlage der Schmelze etwa noch erforderlichen Einrichtungen auf Rechnung der



Klägerin zum Selbstkostenpreise herstellen zu lassen, so forderten ihn die Prozeßbevollmächtigte der Klägerin in deren Namen und Auftrage durch Schreiben vom 25. August 1908 auf, binnen zwei Wochen die vermieteten Räume so herzurichten, daß sie zum Betriebe einer Metall- und Zinkschmelzerei geeignet seien. Sie fügten hinzu: nach fruchtlosem Ablaufe der Frist werde die Klägerin das Mietverhältnis gemäß § 542 BGB. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, doch solle durch diese erneute Kündigung die bereits früher ausgesprochene Kündigung nicht zurückgenommen werden. Dies bezog sich nach der Feststellung des Berufungsgerichts darauf, daß während des Schwelbens des Rechtsstreits 16 O. 127/07, weil die Fußboden- decke nicht ausreichend belastet werden könne, die Klägerin dem Beklagten schon durch Schreiben vom 14. und 22. Februar 1908 eine Frist bis zum 28. desselben Monats zur Verstärkung der Decke unter der Androhung ihres Auszugs gesetzt hatte. Weiter bemerkten die Prozeßbevollmächtigte der Klägerin in dem Schreiben vom 25. August: die neue Kündigung werde auf alle Fälle ausgesprochen, damit das Mietverhältnis auch dann erlösche, wenn etwa das Gericht die früher ausgesprochene Kündigung als unbegründet ansehen sollte. Dementsprechend hatte die Klägerin bereits im März 1908 Klage auf die Feststellung erhoben, daß sie berechtigt sei, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, ein Antrag, den sie am 10. Januar 1910 dahin änderte, festzustellen, daß infolge ihrer vorzeitigen Kündigung der Mietvertrag sein Ende erreicht habe.

Das Ziel, das die Klägerin verfolgte, seitdem sich der Beklagte geweigert hatte, die geeigneten Vorkehrungen zur Ermöglichung eines unbeanstandeten Betriebes der Metall- und Zinkschmelzerei zu treffen, und das sie dem Beklagten außerhalb und innerhalb des Rechtsstreits kundgegeben hatte, war demnach die Aufhebung des Mietverhältnisses durch Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Das Kammergericht erkannte auch am 27. Juni 1910 nach dem abgeänderten Antrage, jedoch nur wegen der Nichtgewährung des Ventilationsrohrs, und das Reichsgericht wies durch Urteil vom 26. Mai 1911 die Revision des Beklagten zurück. Die Klägerin räumte jedoch die gemieteten Räume erst Ende Dezember oder Anfang Januar 1911, nachdem der Beklagte wegen Nichtzahlung des Mietzinses am 1. Juli und dann am 1. Oktober 1910 seinerseits das

Mietverhältnis gekündigt und Klage auf Räumung erhoben, die Klägerin aber Abweisung dieser Klage beantragt hatte.

War hiernach aber das von der Klägerin verfolgte rechtliche Ziel die Aufhebung des Mietverhältnisses durch Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gemäß § 542 BGB., so war sie nicht verpflichtet, lediglich mit Rücksicht darauf, daß sie später daneben Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten wegen Nichterfüllung gemäß § 538 BGB. erheben wollte, für die Zeit, während deren sie dann noch tatsächlich bis zu der in angemessener Frist erfolgenden wirklichen Kündigung die gemieteten Räume innehatte, ihrerseits Voranstaltungen zu treffen, damit der ihr aus der Nichtgewährung eines geeigneten Ventilationsrohrs durch den Beklagten erwachsende Schaden nach Möglichkeit gemindert würde. Dabei kann in dieser Hinsicht auch nicht entscheidend ins Gewicht fallen, daß die Klägerin — wenn dies nicht, wofür kein Anhalt vorliegt, in der Absicht geschah, das Mietverhältnis fortzusetzen und lediglich Schadenersatz gemäß § 538 zu verlangen, die Absicht der Kündigung also aufgegeben wurde — noch längere Zeit im Besitze der Räume blieb, was ersichtlich darin seinen Grund hatte, daß sie erst die gerichtliche, womöglich die rechtskräftige Entscheidung über die Frage ihres Kündigungsrechts abzuwarten wünschte. Denn entnahm die Klägerin aus der teilweisen Nichtgewährung des Gebrauchs der gemieteten Sache gemäß § 542 BGB. das Recht, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, es also durch ihre einseitige Willenserklärung aufzuheben, und stand ihr dieses Recht nach der Sachlage auch wirklich zu, so war es mit diesem ihrem aus der Mangelhaftigkeit der Mietsache entspringenden Rechte unvereinbar, daß sie auf der anderen Seite hätte verpflichtet sein können, — um das ihr nach § 538 zustehende Nebenrecht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung bis zur Vertragsaufhebung gegen Einwendungen des Vermieters aus § 254 Abs. 2 BGB. zu schützen — ihrerseits nach Möglichkeit den Mangel zu beseitigen, in welchem die teilweise Nichtgewährung des Gebrauchs bestand. Das Recht des Mieters nach § 542, das Mietverhältnis durch seine einseitige Erklärung für die Zukunft aufzuheben, beruht eben auf der Nichterfüllung der Vorleistungspflicht des Vermieters in bezug auf die Gewährung des Gebrauchs der Mietsache, die durch den fruchtlosen Ablauf der ihm

vom Mieter bestimmten Frist zur Abhilfe noch besonders festgestellt ist. Das Gesetz konnte daher dem Mieter nicht gleichwohl aus irgendeinem Grunde die Verpflichtung auferlegen wollen, seinerseits den Mangel, aus dem gerade dieses Recht entsprang, zu heben oder wenigstens zur Hebung beizutragen. Denn dann würde er gehalten sein, trotz jenes seines Rechtes selbst einen Zustand herzustellen, der diesem Rechte wenigstens für die Zukunft gerade den Boden entzöge. Insofern wird daher selbst für den ihm daneben zustehenden Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 538 BGB. (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 27. November 1906 in den Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 64 S. 381) die Anwendung des § 254 Abs. 2 ausgeschlossen.

Alein andererseits ist folgendes zu beachten. Wenn auch für den Mieter, der wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der gemieteten Sache dem Vermieter eine Frist zur Abhilfe bestimmt hat, nach deren fruchtlosem Ablaufe keine Verpflichtung besteht, das Mietverhältnis zu kündigen, so darf er doch den Vermieter darüber, ob er wirklich kündigen werde oder nicht, nicht unverhältnismäßig lange im Zweifel lassen, wenn er nicht gegen Treu und Glauben verstoßen will. Vgl. Mittelstein, Die Miete, 3. Aufl., § 36 Nr. 8 S. 257 und Riendorff, Miete, 9. Aufl. S. 156. Noch weniger ist ein solches Verhalten zulässig, wenn der Vermieter demnächst wegen Nichterfüllung des Mietvertrags durch den Vermieter gegen diesen Schadenersatzansprüche gemäß § 538 BGB. zu erheben gedenkt. Vielmehr wird er, wenn er nach Ablauf der Abhilfefrist des § 512 nicht sogleich die Kündigung ausspricht, etwa unter freiwilliger Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist, an deren Beobachtung auch ihm selbst gelegen sein kann

— s. hierüber Mittelstein in Seuff. Blättern für Rechtsanw. 1911 S. 504—506 und die Miete, § 36 Nr. 8 S. 257, ferner Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 273 Anm. 68 —

sich doch in angemessener kurzer Frist darüber schlüssig zu machen haben, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch machen will. Verzögert er seine Entscheidung über diese Frist hinaus und kündigt er dann doch noch, so kann er Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung gemäß § 538 nur insoweit erheben, als ihm solche auch bei rechtzeitiger Erklärung der Kündigung für die ihm bis

dahin entstandenen Schäden erwachsen wären. Darüber hinausgehende ihm zuzubilligen, verbietet die Rücksicht auf Treu und Glauben. Entschuldigt wird insbesondere die Verzögerung auch nicht dadurch, daß der Mieter, wie es hier der Fall ist, erst eine gerichtliche, womöglich rechtskräftige Entscheidung über sein Recht zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses zu erlangen wünscht. Denn wer von dem einschneidenden Rechte aus § 542 Gebrauch machen will und demnächst auch wirklich Gebrauch macht, tut dies auf seine Gefahr: dem Gegner darf aus dem Aufschube der Entscheidung kein Nachteil erwachsen.

Nach diesen Grundsätzen hätte der Schadensersatzanspruch der Klägerin beurteilt werden müssen. Daraus ergibt sich zunächst die rechtliche Unhaltbarkeit der Scheidung, welche die Instanzgerichte dahin vorgenommen haben, daß der Klägerin Schadensersatz in Höhe von 300 *M* zuerkennen sei, weil mit Aufwendung dieses Betrags der Mangel durch Höherführung des Ventilationsrohrs zu beseitigen gewesen wäre, daß der Anspruch auf alle weiteren Beträge aber abzuweisen sei, weil die Klägerin ihrer Pflicht zur Minderung des Schadens nicht genügt habe. Vielmehr hätte geprüft werden müssen, zu welcher Zeit die Klägerin nach dem fruchtlosen Ablaufe der zweiwöchigen Frist, die sie dem Beklagten in ihrem Schreiben vom 25. August 1908 zur Abhilfe gesetzt hatte, und deren Ende das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum auf den 10. September 1908 annimmt, nach den Umständen des Falles imstande gewesen wäre, die Kündigung wirklich auszusprechen. Dabei wären insbesondere die Fragen zu erörtern gewesen, innerhalb welcher Frist ihr die Beschaffung anderer Mieträume möglich gewesen, sowie wie und wann sie die Sicherheit, die wahrscheinlich der Beklagte als Vermieter für die Aufgabe seines Vermieterpfandrechts verlangt hätte (BGB. §§ 559, 562, 232 flg.), zu leisten in der Lage gewesen wäre, und zwar wären hierbei die Ausführungen beider Parteien nach Maßgabe des Tatbestandes des angefochtenen Urteils zu berücksichtigen gewesen. Daß die Klägerin die Kündigung erst am 10. Januar 1910 wirklich ausgesprochen hat, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen.

Hiermit erledigen sich alle Angriffe der Revision, weil sie sämtlich von der Annahme ausgehen, daß die Klägerin grundsätzlich ver-

pflichtet gewesen wäre, den ihr durch die Nichtgewährung eines geeigneten Ventilationsrohrs erwachsenden Schaden gemäß § 254 BGB. zu mindern. Dies gilt insbesondere auch von der vorher nicht erwähnten Beschwerde über die Nichtberücksichtigung der unter Beweis gestellten Behauptung der Klägerin über die Höhe des Schornsteins und von der Rüge, das Recht der Klägerin zur entsprechenden Minderung des Mietzinses hätte in entsprechendem Betrag anerkannt werden müssen entweder, weil ihr Schade mindestens so hoch sei, oder weil der Anspruch auf Schadenersatz den Abzug am Mietzinse nur insoweit ausschließen könne, als er für gerechtfertigt erklärt werde. Denn ein Anspruch auf Minderung des Mietzinses ist nach § 537 BGB. nur für diejenige Zeit begründet, während deren die vermietete Sache während der Vertragsdauer mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert. Für diese Zeit aber wird der Mieter im Falle des § 542 durch den Betrag mit entschädigt, der ihm als Schadenersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 538 für die Zeit gebührt, während deren er bei einer in angemessener Frist nach Ablauf der Abhilfefrist ausgesprochenen Kündigung (für die Zeit bis zu dieser Kündigung) die Mieträume wirklich innegehabt hat. Denn durch den Schadenersatz wegen Nichterfüllung soll er nach § 249 BGB. in jeder Beziehung so gestellt werden, als wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache bis zur Aufhebung des Mietverhältnisses gewährt worden wäre. Er hat dann aber eben deswegen auch die Gegenleistung unverkürzt zu gewähren.

Das angefochtene Urteil ist deshalb wegen Verletzung des § 254 Abs. 2 BGB. durch unrichtige Anwendung aufzuheben." . . .