



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 334/97

Verkündet am:  
19. April 2000  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ nein

ZPO §§ 296 a, 297, 301 Abs. 1

Zur Behandlung einer nach Schluß der mündlichen Verhandlung zugestellten Widerklage.

BGH, Urteil vom 19. April 2000 - XII ZR 334/97 - Thüringer OLG in Jena  
LG Erfurt

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Hahne, Gerber, Sprick und Prof. Dr. Wagenitz

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 18. November 1997 und das Teilurteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Erfurt vom 26. November 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung von Mietzins.

Mit Vertrag vom 28. Februar/24. März 1992 vermietete die Klägerin der Beklagten Geschäftsräume in einem der Klägerin gehörenden Haus in E.. Das Mietverhältnis begann am 1. März 1992 und war auf zehn Jahre befristet.

Mit Schreiben vom 28. August 1994 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis zum 31. März 1995. Zur Begründung macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe ihr vor Abschluß des Mietvertrags anlässlich einer gemeinsamen Begehung des Hauses zugesagt, das Haus werde noch im Jahre 1992, spätestens jedoch Anfang 1993 saniert, umgebaut und unter anderem mit einer Bankfiliale sowie mit einer Augenarztpraxis belegt. Diese Zusagen seien nicht eingehalten worden.

Im Hinblick auf - im Januar 1995 beginnende - Renovierungsmaßnahmen der Klägerin vereinbarten die Parteien am 1. November 1994, daß der Mietzins für die Dauer der Einrüstung des Hauses um monatlich 2.000 DM gemindert werde. In einer Abrede vom 6. April 1995 kamen die Parteien überein, daß für die Monate April und Mai 1995 keine "Grundmiete" zu zahlen sei und mit Bauarbeiten in den Geschäftsräumen der Beklagten "erst Ende April/Anfang Mai" begonnen werde. Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, sie habe Mitte März 1995 absehen können, daß sich die Renovierung der von ihr neu angemieteten Geschäftsräume und damit auch ihr Auszug aus den von der Klägerin gemieteten Räumen bis in den Mai 1995 verzögern werde; dies habe sie der Klägerin auch mitgeteilt.

Die Beklagte zahlte Mietzins für die Zeit bis einschließlich März 1995 und räumte die Geschäftsräume im April 1995. Im Oktober 1995 kündigte die Klägerin das - nach ihrer Auffassung fortbestehende - Mietverhältnis mit der Beklagten fristlos. Außerdem nahm sie eine für die Verbindlichkeiten der Beklagten aus dem Mietvertrag gestellte Bankbürgschaft über einen Betrag von 15.000 DM in Anspruch, der bei ihr im November 1995 einging.

Die Klägerin hat Mietzins für die Zeit von Juli 1995 bis einschließlich Oktober 1996 nebst Zinsen begehrt. Die Beklagte hat nach der mündlichen

Verhandlung am 15. Oktober 1996 mit einem der Klägerin am 18. November 1996 zugestellten Schriftsatz vom 5. November 1996 Widerklage auf Zahlung von 15.000 DM nebst Zinsen wegen unberechtigter Inanspruchnahme der Bürgschaft erhoben. Das Landgericht hat einen Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung abgelehnt. Es hat der Klage durch Teilurteil vom 26. November 1996 - und zwar hinsichtlich der Hauptforderung in vollem Umfang - stattgegeben. Hinsichtlich der Widerklage hat es mit Beschluß vom 27. Januar 1997 das Ruhen des Verfahrens "bis zur Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz" angeordnet. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht den der Klägerin zugesprochenen Betrag um den Mietzins für die Monate Juli bis Oktober 1995 herabgesetzt. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage auch im übrigen.

#### Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie des vom Landgericht erlassenen Teilurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

#### I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat das Landgericht zu Recht zunächst ein Teilurteil über die Klagforderung erlassen, da nur die Klage zur Entscheidung reif gewesen sei. Die Widerklage sei zwar unzulässig, da sie erst

nach Schluß der mündlichen Verhandlung erhoben worden sei. Dennoch sei die Widerklage noch nicht entscheidungsreif, da über sie zunächst mündlich verhandelt werden müsse.

Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision im Ergebnis zu Recht:

Die Widerklage ist aus den zutreffenden Gründen des Berufungsurteils unzulässig. Daraus folgt jedoch nicht, daß das Gericht zunächst über die Widerklage mündlich verhandeln müsse und diese sodann als unzulässig abweisen könne. Die Unzulässigkeit der Widerklage ergibt sich nämlich gerade aus dem Umstand, daß die Widerklage erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangen ist, das Gericht eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt hat und deshalb über die Widerklage nicht mehr mündlich verhandelt werden konnte. Würde über die unzulässige Widerklage mündlich verhandelt, würde die bis dahin unzulässige Widerklage nachträglich zulässig.

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat es deshalb gebilligt, eine erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung erhobene Widerklage ohne mündliche Verhandlung als unzulässig abzuweisen (Beschuß vom 12. Mai 1992 - XI ZR 251/91 - NJW-RR 1992, 1085). Folgt man dem, war der vorliegende Rechtsstreit nicht nur hinsichtlich der Klage, sondern auch in Ansehung der Widerklage entscheidungsreif: Das Landgericht hätte dann - zugleich mit der Entscheidung über die Klage - die unzulässige Widerklage abweisen müssen; für den Erlaß eines nur auf die Klage beschränkten Teilurteils nach § 301 Abs. 1 ZPO wäre kein Raum gewesen.

Die Frage, ob die Widerklage ohne mündliche Verhandlung beschieden werden kann, bedarf hier indessen keiner Entscheidung; denn das Teilurteil hätte bereits aus anderem Grunde nicht ergehen dürfen. Ein Teilurteil ist nur dann zulässig, wenn die Entscheidung unabhängig davon ist, wie das Schlußurteil über den noch anhängigen Teil des Rechtsstreits entscheidet, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen im Teilurteil und im Schlußurteil also ausgeschlossen ist (st.Rspr. des Bundesgerichtshofs, vgl. etwa Senatsurteil vom 29. Oktober 1986 - IVb ZR 88/85 - BGHR ZPO § 301 Abs. 1 Unterhaltsabänderung 1). Das ist hier nicht der Fall: Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch wegen unberechtigter Inanspruchnahme der Mietbürgschaft setzt voraus, daß die Beklagte der Klägerin im Zeitpunkt dieser Inanspruchnahme nicht länger Mietzins schuldete, weil die von der Beklagten zum 31. März 1995 erklärte Kündigung wirksam war. Andererseits hängt von der Unwirksamkeit dieser Kündigung die Begründetheit der Klage ab; denn bei Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. März 1995 konnte ein - erst für die Zeit ab Juli 1995 geltend gemachter - Mietzins- und Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nicht mehr bestehen. Damit ist die Wirksamkeit der Kündigung für die Klage und die Widerklage erheblich. Diese doppelte Erheblichkeit birgt bei Erlaß eines auf die Klage beschränkten Teilurteils die Gefahr, daß das Teilurteil der Klage stattgibt, weil die Kündigung der Beklagten das Mietverhältnis nicht wirksam beendet habe, im Schlußurteil aber auch der Widerklage entsprochen wird, wenn das Gericht diese Kündigung nunmehr für wirksam erachtet. Die Unzulässigkeit der Widerklage hindert die Gefahr eines solchen Widerspruchs nicht; denn das Gericht könnte bei der Entscheidung über die Widerklage deren Zulässigkeit anders beurteilen oder durch Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung deren Zulässigkeit bewirken. Die Unzu-

lässigkeit eines Teilurteils beugt dem vor. Damit hätte das Teilurteil nicht erlassen werden dürfen.

Wegen dieses Verfahrensmangels muß das Berufungsurteil, soweit das landgerichtliche Teilurteil bestätigt worden ist, aufgehoben werden. Insoweit hat der Senat zugleich das verfahrensfehlerhaft ergangene Teilurteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

## II.

Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Landgericht folgendes zu berücksichtigen haben:

1. Die Klägerin kann von der Beklagten für die Zeit von November 1995 bis einschließlich Oktober 1996 nur dann Mietzins verlangen, wenn die Beklagte das Mietverhältnis nicht zum 31. März 1995 wirksam gekündigt hat. Eine solche Kündigung kann sich aus § 542 BGB oder aus § 564 Abs. 2, § 566 Satz 2 BGB rechtfertigen, wenn die Klägerin der Beklagten, wie von dieser unter Beweisanzug vorgetragen, anlässlich einer gemeinsamen Begehung des Hauses und vor Vertragsschluß zugesagt hat, das Haus bis Ende 1992, spätestens Anfang 1993 zu renovieren und die frei werdenden Räume unter anderem mit einer Bankfiliale und einer Augenarztpraxis zu belegen. In der behaupteten Zusage liegt eine vertragliche Bestimmung der Sollbeschaffenheit der von der Beklagten gemieteten Räume, die fehlerhaft werden, wenn - wie hier geltend gemacht - die angebliche Zusage nicht rechtzeitig eingehalten wird. Diese Fehlerhaftigkeit der Mietsache konnte die Beklagte - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 542 BGB - berechtigen, das Mietverhältnis außer-

ordentlich zu kündigen. Außerdem konnte die behauptete mündliche Zusage bewirken, daß der von den Parteien geschlossene Mietvertrag in einem wesentlichen Punkt nicht der von § 566 Satz 1 BGB vorgeschriebenen Schriftform entspricht, deshalb auf unbefristete Zeit geschlossen war und folglich von der Beklagten ordentlich gekündigt werden konnte.

Der Vortrag der Beklagten hierzu ist - entgegen der Auffassung von Oberlandesgericht und Landgericht - hinreichend substantiiert. Er wird nicht dadurch widerlegt, daß die behauptete Zusage weder Eingang in den Mietvertrag gefunden hat noch sonst schriftlich fixiert worden ist: Die Vermutung der Vollständigkeit des schriftlichen Mietvertrags, auf die das Oberlandesgericht maßgebend abhebt, ist widerlegbar. Zudem hat die Beklagte auf ihre wiederholten Bemühungen verwiesen, von der Klägerin eine schriftliche Bestätigung der von ihr - der Beklagten - behaupteten Zusagen zu erhalten. Die Zusatzvereinbarungen vom 1. November 1994 und 6. April 1995 erlauben, wie auch die Überlegungen der Revision zeigen, keine zwingenden Schlüsse auf eine Unrichtigkeit des Beklagtenvortrags; sie lassen sich vielmehr auch dann plausibel begründen, wenn man mit dem Vortrag der Beklagten von deren berechtigt erklärtem und fortbestehendem Willen, das Mietverhältnis mit der Klägerin zum 31. März 1995 zu beenden, ausgeht.

2. Nimmt man mit der Klägerin an, daß die Beklagte das Mietverhältnis - mangels eines Kündigungsgrundes - nicht bereits wirksam zum 31. März 1995 gekündigt hat, so könnte das Mietverhältnis durch die von der Klägerin im Oktober 1995 erklärte fristlose Kündigung nur aufgelöst worden sein, wenn die Beklagte zu diesem Zeitpunkt mit der Zahlung von mehr als einer Monatsmiete im Rückstand war (§ 2 Nr. 4 Mietvertrag). Das erscheint im Hinblick auf die Feststellungen des Berufungsgerichts zweifelhaft. Danach hat die Beklagte den

Mietzins bis einschließlich März 1995 bezahlt. Für die Monate April und Mai 1995 war nach der Abrede vom 6. April 1995 keine "Grundmiete" zu zahlen. Für die Monate Juli bis Oktober 1995 hat das Berufungsgericht einen Mietzinsanspruch der Klägerin für nicht begründet erachtet.

Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß der Klägerin ein Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Mietzins nur zusteht, wenn und solange sie die der Beklagten vermieteten Räume in einem vertragsgemäßen Zustand erhält (§§ 536, 537 BGB). Für einen Schadensersatzanspruch, welcher der Klägerin gegen die Beklagte zustehen könnte, wenn ihre im Oktober 1995 erklärte Kündigung wirksam ist, kann nichts anderes gelten; denn nur solange die Klägerin zur Überlassung der Räume in vertragsgemäßem Zustand bereit und in der Lage ist, begründet deren Leerstand einen von der Beklagten zu ersetzenden (Mietausfall-) Schaden. Auch diese Voraussetzungen bedürfen im Hinblick auf die Feststellungen des Berufungsgerichts der Überprüfung. Das Berufungsgericht hat die der Beklagten vermieteten Räume als im September und Oktober 1995 nicht nutzbar angesehen und den Vortrag der Klägerin, die Beklagte habe bei ihrem Auszug diesen Zustand durch die Wegnahme von ihr selbst eingebauter Heizungen und Decken selbst herbeigeführt, für nicht hinreichend substantiiert erachtet. Die Beklagte hat vorgetragen, daß der auch vom Oberlandesgericht beanstandete Zustand der Mieträume nach der von der Klägerin erklärten fristlosen Kündigung von der Klägerin nicht behoben worden ist und jedenfalls bis zum Oktober 1996 fortbestand. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird erforderlichenfalls auch dieser Vortrag zu würdigen sein.

Blumenröhr

Hahne

Gerber

Sprick

Wagenitz

