

Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 543 Abs. 1, 307 Abs. 1 BGB

- 1. Wird der Konkurrenzschutz des Mieters vertraglich ausgeschlossen, so verschafft dies dem Vermieter die Möglichkeit, Konkurrenzunternehmen mit gleichem oder ähnlichem Sortiment in der unmittelbaren Nachbarschaft des Mieters anzusiedeln. Dadurch geraten der Umsatz und die Geschäftskalkulation des Mieters in Gefahr.**
- 2. Ist ihm in dieser Lage zusätzlich eine Betriebspflicht mit enger Sortimentsbindung auferlegt, fehlt es ihm an Möglichkeiten, sich durch Veränderung des eigenen Angebots an die entstandene Konkurrenzsituation anzupassen oder zumindest durch Verkürzung seiner Betriebszeiten seine Kosten zu reduzieren. Ermöglichen die Vertragsklauseln einseitig dem Vermieter, Konkurrenzsituationen herbeizuführen und dadurch den strengen Branchenmix aufzuweichen, beeinträchtigt dies den Mieter unangemessen, wenn jener nicht seinerseits durch entsprechende Sortimentsanpassung reagieren kann.**
- 3. Die formularvertraglich vereinbarte Betriebs- und Offenhaltungspflicht des Mieters eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum stellt auch im Zusammenspiel mit fehlendem Konkurrenzschutz keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn sie mit keiner hinreichend konkreten Sortimentsbindung verbunden ist.**
- 4. Vermögensdelikte zum Nachteil des Mieters stellen stets einen Kündigungsgrund dar.**
- 5. Auch Unredlichkeiten des Vermieters bei der Abrechnung der Betriebskosten wie etwa vorsätzlich falsche Abrechnungen vermögen eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zu rechtfertigen, wenn der Vermieter dadurch seine Pflichten so nachhaltig verletzt, dass dem Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.**
- 6. Eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses kann sich aber auch daraus ergeben, dass der Vermieter nach entsprechenden Vorhalten des Mieters auf seiner fehlerhaften Abrechnung in nicht mehr vertretbarer Weise beharrt.**
- 7. Zwar ist gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB die Kündigung, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Dies gilt nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB aber nicht, wenn die sofortige**

Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Hiernach bedurfte es keiner Abmahnung, wenn die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung bereits einen zumindest bedingten Vorsatz gefasst hatte, ihre falsche Abrechnung gegebenenfalls mit wahrheitswidrigen Angaben zu verteidigen.

BGH, Urteil vom 06.10.2021 - XII ZR 11/20

Tenor:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 5. Dezember 2019 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Durchsetzung einer Betriebspflicht. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin schloss mit dem Beklagten im September 2012 einen formularmäßigen Mietvertrag für die Dauer von zehn Jahren über ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum zum Betrieb "eines hochwertigen ‚Fan World‘-Einzelhandelsgeschäfts für den Verkauf von Fan-, Lizenz- und Geschenkartikeln und Accessoires". Die Vertragsschließenden hatten unter Teil B Ziffer 2.1 des Mietvertrags eine entsprechende Sortimentsbindung des Beklagten vereinbart, unter Teil B Ziffer 2.3 des Mietvertrags den Ausschluss eines Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutzes für den Beklagten und ihm durch Anlage Teil C Ziffer 1.1 folgende Betriebspflicht auferlegt:

"Für die Ladengeschäfte in dem Geschäftszentrum gelten folgende Kernöffnungszeiten:

Montag bis Samstag 9:00 Uhr bis 22:00 Uhr.

Während der Kernöffnungszeiten wird der Mieter sein Geschäft ununterbrochen offen halten. Die Kernöffnungszeiten können vom Vermieter ... verbindlich für alle Mieter geändert werden."

Die Klägerin legte auf den Beklagten in den Jahren 2014 und 2015 als Betriebskosten unter anderem Kosten für zusätzliche Brandwachen um, die notwendig waren, weil aufgrund eines Baumangels die Feueralarmübertragung nicht funktionierte. Am 25. Juli 2015 wies der Beklagte darauf hin, dass die Umlage zu Unrecht erfolgt sei, weil es sich um vorläufige Mängelbeseitigungskosten

handele. Durch Anwaltsschreiben eines anderen Mieters vom 25. August 2016 wurde die Klägerin außerdem darauf hingewiesen, dass die im Zuge der Fertigstellung des Objekts erforderlich gewordene Baufeinreinigung, die "Geschirrlogistik" und die Möblierung des Food-Court nicht auf die Mieter umlagefähig seien; Letzteres deshalb, weil die Möblierung bereits gegenüber den Mietern des Food-Court abgerechnet worden sei und es sich deshalb um eine doppelte Umlage handle.

Mit Schreiben vom 29. Dezember 2017 kündigte der Beklagte das Mietverhältnis außerordentlich zum 31. Dezember 2017, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin, und gab zur Begründung eine zu hohe Miete sowie durch Leerstände verursachte fehlende Kundenfrequenz an. Er öffnete sein Ladenlokal ab dem 2. Januar 2018 zunächst nicht mehr. Am 10. März 2018 kündigte er erneut aus wichtigem Grund und begründete dies mit falschen Betriebskostenabrechnungen durch die Klägerin. Am 28. Juni 2018 korrigierte die Klägerin die Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2014 und 2015. Durch einstweilige Verfügung vom 4. Januar 2018 verpflichtete das Landgericht den Beklagten im Wesentlichen, die Ladenfläche wiederzueröffnen, und untersagte ihm, das Geschäftslokal während der Öffnungszeiten zu schließen, den Betrieb einzustellen oder zu unterbrechen; das Kammergericht wies die gegen das bestätigende Urteil des Landgerichts eingelegte Berufung zurück.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Durchsetzung der Betriebspflicht des Beklagten in der Hauptsache verfolgt. Im Prozessverlauf begründete der Beklagte seine Berechtigung zur fristlosen Kündigung auch damit, dass die Klägerin im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wahrheitswidrig vorgetragen habe, und erklärte mit Schriftsatz vom 21. Januar 2019 erneut die fristlose Kündigung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Kammergericht dem Beklagten antragsgemäß unter Androhung der gesetzlichen Zwangsmittel untersagt, die von ihm angemietete, näher bezeichnete Ladenfläche montags bis samstags von 10:00 Uhr bis 21:00 Uhr zu schließen, den Betrieb einzustellen oder zu unterbrechen, das Geschäftslokal ganz oder teilweise ungenutzt oder leer stehen zu lassen oder durch das Ausräumen von Inventar oder Waren, entsprechende Beschilderung oder auf sonstige Weise den Eindruck zu vermitteln, das Geschäftslokal werde nicht betrieben. Ferner hat es ihm unter Androhung der gesetzlichen Zwangsmittel aufgegeben, die von ihm angemietete, näher bezeichnete Ladenfläche wieder zu eröffnen und montags bis samstags von 10:00 Uhr bis 21:00 Uhr zu betreiben. Hiergegen richtet sich die vom Kammergericht zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht.

I.

Das Kammergericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Die Kündigungen vom 29. Dezember 2017 und 10. März 2018 seien unwirksam und hätten das Mietverhältnis nicht beendet. Dass die Klägerin zu Unrecht die Möblierung des Food-Court und die Kosten für eine Brandwache auf den Beklagten umgelegt habe, reiche trotz der Eindeutigkeit der Fehler und der Übervorteilung der Mieter in insgesamt siebenstelliger Höhe nicht als Grund für eine fristlose Kündigung, da der Beklagte nicht dargelegt habe, dass der Klägerin insoweit Vorsatz, Täuschungsabsicht oder sonstige Unredlichkeit anzulasten sei. Es könnte sich vielmehr um ein Versehen oder einen Rechtsirrtum gehandelt haben, der eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar erscheinen lasse. Soweit die Kündigung vom 10. März 2018 auch darauf gestützt sei, dass die Klägerin zunächst auf ihrer fehlerhaften Abrechnung beharrt habe, fehle es an einer vorherigen Abmahnung. Soweit sich aus falschem und irreführenden Prozessvortrag der Klägerin ein Kündigungsgrund herleiten lasse, habe der Beklagte eine neue, hierauf gestützte Kündigung erstmals annähernd neun Monate später mit Schriftsatz vom 21. Januar 2019 erklärt. Das spreche dagegen, dass dem Beklagten eine Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum vereinbarten Mietende unzumutbar gewesen sei.

Die Betriebspflicht sei auch wirksam vereinbart worden. Die formularmäßige Auferlegung einer Betriebspflicht in Kombination mit Klauseln zum Ausschluss von Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutz und zugleich Sortimentsbindung sei wirksam.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Die Revision des Beklagten ist unbeschränkt zugelassen.

Das Kammergericht hat die Zulassung nicht wirksam eingeschränkt. Es hat zwar in der Urteilsformel und in den Gründen ausgeführt, dass die Revision zugelassen sei, weil die Wirksamkeit von kombinierten Klauseln zum Ausschluss von Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutz und zur Auferlegung einer Betriebspflicht und Sortimentsbindung in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt werde und daher einer höchstrichterlichen Klärung bedürfe. Hierbei handelt es sich allerdings um keine wirksame Revisionsbeschränkung.

Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein kann oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken.

Danach scheidet hier eine Beschränkung der Zulassung der Revision aus. Streitgegenstand ist die von der Klägerin verfolgte Durchsetzung der Betriebspflicht des Beklagten. Ihrem Antrag wäre sowohl dann nicht zu entsprechen, wenn die Betriebspflicht nicht wirksam vereinbart worden wäre, als auch wenn das Mietverhältnis durch eine der ausgesprochenen Kündigungen beendet wäre (vgl. Senatsurteil BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rn. 10 ff.).

2. Die Revision ist auch in der Sache begründet.

a) Zutreffend ist das Kammergericht allerdings davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall die dem Beklagten auferlegte Betriebspflicht keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB darstellt.

aa) Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach Absatz 2 der Vorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Danach ist zwar die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht für sich genommen im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Ebenfalls nicht unangemessen ist für sich genommen eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt. Nicht mehr angemessen ist es hingegen, wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden hat, wenn die genannten Formularbedingungen - unter Einschluss einer engen Sortimentsbindung - kumulativ vereinbart werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rn. 33 ff. mwN).

bb) Allerdings steht bei der Betrachtung der kumulativ aufgenommenen Formularbedingungen nicht hauptsächlich oder allein die Angemessenheit der Betriebspflicht mit Sortimentsbindung im Blickfeld, sondern der Ausschluss des Konkurrenzschutzes. Denn bei ihm handelt es sich um einen Eingriff in die

Hauptleistungspflicht des Vermieters (Senatsurteil BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rn. 36 ff. mwN). Mit dem formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes schränkt der Vermieter seine Hauptleistungspflicht ein. Werden durch eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. So liegt der Fall, wenn in einem typischen Einkaufszentrum durch formularmäßigen Mietvertrag jeglicher Konkurrenzschutz ausgeschlossen, gleichzeitig jedoch dem Mieter eine Betriebspflicht mit enger Sortimentsbindung auferlegt wird.

Wird der Konkurrenzschutz des Mieters vertraglich ausgeschlossen, so verschafft dies dem Vermieter nämlich die Möglichkeit, Konkurrenzunternehmen mit gleichem oder ähnlichem Sortiment in der unmittelbaren Nachbarschaft des Mieters anzusiedeln. Dadurch geraten der Umsatz und die Geschäftskalkulation des Mieters in Gefahr. Ist ihm in dieser Lage zusätzlich eine Betriebspflicht mit enger Sortimentsbindung auferlegt, fehlt es ihm an Möglichkeiten, sich durch Veränderung des eigenen Angebots an die entstandene Konkurrenzsituation anzupassen oder zumindest durch Verkürzung seiner Betriebszeiten seine Kosten zu reduzieren. Ermöglichen die Vertragsklauseln einseitig dem Vermieter, Konkurrenzsituationen herbeizuführen und dadurch den strengen Branchenmix aufzuweichen, beeinträchtigt dies den Mieter unangemessen, wenn jener nicht seinerseits durch entsprechende Sortimentsanpassung reagieren kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rn. 41 f.).

cc) In diese Situation wird der Mieter allerdings nur dann gebracht, wenn der Vertrag eine strenge Sortimentsbindung enthält, die dem Mieter eine substantielle Veränderung des eigenen Angebots verbietet. Demgegenüber hat der Senat bereits entschieden, dass eine Betriebspflicht auch im Zusammenspiel mit fehlendem Konkurrenzschutz keine unangemessene Benachteiligung darstellt, wenn sie mit keiner hinreichend konkreten Sortimentsbindung verbunden ist. Eine solche hat der Senat für die vereinbarte Nutzung "zur ausschließlichen Nutzung als: T.-Discount einschließlich der dazugehörigen Rand- und Nebensortimente" verneint (Senatsurteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 - ZMR 2010, 596 Rn. 16 mwN).

So verhält es sich auch im vorliegenden Fall, in dem das Kammergericht ersichtlich davon ausgeht, dass der Formularvertrag von der Klägerin als Vermieterin gestellt wurde. Die vereinbarte Nutzung als "Einzelhandelsgeschäft für den Verkauf von Fan-, Lizenz- und Geschenkartikel und Accessoires" eröffnet, wie die Revision selbst einräumt, ein breites Spektrum an z.B. (bedruckten) Kleidungsstücken, Haushaltswaren, Schmuck und Kleinigkeiten, kunstgewerblichen Gegenständen, Artikeln zur Wohnungsgestaltung, Scherzartikeln und Souvenirs sowie etwa Handtaschen, Halstüchern und Gürteln, aus dem der Mieter sein Angebot zusammenstellen und damit einer sich bietenden Konkurrenzsituation ausweichen kann. Auch wenn sich aus der Bezeichnung auf eine vage abgrenzbare Sortimentsbeschränkung schließen ließe, so hätte diese Beschränkung eine diffuse und umfänglich kaum begrenzbar Reichweite. Im Umfang einer derart äußerst

vage getroffenen Zweck- und Sortimentsbestimmung ist es der Klägerin nicht zumutbar, dem Beklagten Sortiments- und Konkurrenzschutz zu gewähren, und benachteiligen die Klauseln den Beklagten nicht unangemessen. Ein - als Kehrseite der Sortimentsbindung vereinbarter - Sortiments- und Konkurrenzschutz würde folglich für die Klägerin ein Risiko bergen, das die Vermietbarkeit der übrigen Ladengeschäfte im Einkaufszentrum nachhaltig beeinträchtigen würde. Im Ergebnis ist deshalb für den vorliegenden Fall die Kombination der Betriebspflicht mit der nur vage abgrenzbaren Sortimentsbindung und dem Ausschluss jedes Sortiments- und Konkurrenzschutzes unter dem Aspekt des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu beanstanden.

b) Jedoch beruht die Würdigung des Kammergerichts, das Mietverhältnis sei nicht spätestens durch außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 10. März 2018 beendet worden, auf keinen tragfähigen Feststellungen.

aa) Gemäß § 543 Abs. 1 BGB liegt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Vermögensdelikte zum Nachteil des Mieters stellen stets einen Kündigungsgrund dar. Auch Unredlichkeiten des Vermieters bei der Abrechnung der Betriebskosten wie etwa vorsätzlich falsche Abrechnungen vermögen eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zu rechtfertigen, wenn der Vermieter dadurch seine Pflichten so nachhaltig verletzt, dass dem Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. LG Gießen NJWE-MietR 1997, 129; LG Berlin Grundeigentum 2003, 1081; Staudinger/Emmerich BGB [2021] § 543 Rn. 16; Blank/Börstinghaus Miete 6. Aufl. § 543 BGB Rn. 72; BeckOGK/Mehle [Stand: 1. April 2021] § 543 BGB Rn. 42; vgl. auch OLG Düsseldorf DWW 1991, 78).

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Kammergericht zwar für den Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnungen mit der Begründung verneint, es könnte sich um ein Versehen oder einen Rechtsirrtum gehandelt haben, der eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar erscheinen lasse.

Eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses kann sich aber auch daraus ergeben, dass der Vermieter nach entsprechenden Vorhalten des Mieters auf seiner fehlerhaften Abrechnung in nicht mehr vertretbarer Weise beharrt. Hiervon ist offensichtlich auch das Kammergericht im Hinblick auf die vom Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 25. Juli 2015 vorgebrachten und in Erörterungsgesprächen mit der NK-Check vom 12. Dezember 2017 und 1. Februar 2018 vertieften

Einwendungen ausgegangen, nach denen die Klägerin weiterhin auf einer Wirksamkeit ihrer fehlerhaften Abrechnung beharrte.

bb) Den Rügen der Revision hält jedoch die Annahme des Kammergerichts nicht stand, wonach es im Hinblick auf diesen Kündigungsgrund an einer vorherigen notwendigen Abmahnung fehlt.

Zwar ist gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB die Kündigung, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Dies gilt nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB aber nicht, wenn die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Hiernach bedurfte es keiner Abmahnung, wenn die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung bereits einen zumindest bedingten Vorsatz gefasst hatte, ihre falsche Abrechnung gegebenenfalls mit wahrheitswidrigen Angaben zu verteidigen.

(1) Nach den vom Kammergericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hat die Klägerin eine gerichtliche Bestätigung der zu ihren Gunsten ergangenen einstweiligen Verfügung damit erwirkt, dass sie im Schriftsatz vom 24. April 2018 bewusst wahrheitswidrig vortrug, die zusätzlichen Kosten für die Brandwachen beruhten schlicht auf der Auflage, zusätzliche Personen für die Brandmeldung zur Verfügung zu stellen, nicht aber darauf, dass die Brandmeldeanlage defekt war. Weiterhin hat die Klägerin in demselben Schriftsatz wahrheitswidrig vorgetragen, die Kosten für Bestuhlung und Tische auf dem Food-Court seien nicht doppelt abgerechnet worden.

Im Hinblick darauf hätte sich das Kammergericht die Frage vorlegen müssen, ob das Prozessverhalten der Klägerin darauf schließen lässt, dass sie schon im Kündigungszeitpunkt am 10. März 2018 nicht bereit war, berechtigten Einwendungen gegen ihre Abrechnung nachzugeben, sondern dass sie die Abrechnungsfehler mit allen Mitteln bis hin zu falschem und irreführendem Prozessvortrag zu vertuschen beabsichtigte. Die Klägerin hat nämlich nicht geltend gemacht, ihre Vertuschungsabsicht erst nach dem Erhalt der Kündigungserklärung vom 10. März 2018 entwickelt zu haben. Bestand ein entsprechender Täuschungs- und Schädigungsvorsatz der Klägerin aber bereits zum Kündigungszeitpunkt, wozu das Kammergericht Feststellungen zu treffen hat, stellt diese innere Tatsache einen besonderen Grund dar, der die sofortige Kündigung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen rechtfertigte.

Anders als § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB stellt Nummer 2 der Vorschrift nämlich nur auf das Bestehen des besonderen Grundes als solchen und nicht zusätzlich auf einen Offenkundigkeitsmaßstab ab. Eine Kündigung nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB kann daher auch gerechtfertigt sein, wenn erst durch nachträgliche Umstände wie hier gegebenenfalls durch das spätere Prozessverhalten der Klägerin

offenkundig wird, dass innere Tatsachen, die einen besonderen Grund im Sinne von § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellen, bereits im Zeitpunkt der Kündigung vorlagen.

(2) Sollten die notwendigen Feststellungen über eine bereits im Kündigungszeitpunkt am 10. März 2018 bestehende Vertuschungsabsicht nicht bereits aus dem späteren Prozessverhalten der Klägerin geschlossen werden können, wären die Zeugen zu vernehmen, die die Beklagte dafür benannt hat, die Klägerin habe zu dem Zeitpunkt bereits aus Gesprächen sichere Kenntnis davon gehabt, dass es sich bei dem Aufwand für die Brandwachen um einen von ihr selbst zu tragenden Mangelfolgeschaden handelte.

Zu Unrecht hat das Kammergericht den Beweisantritt nach § 296 ZPO mit der Begründung zurückgewiesen, die Zeugen M. und S. seien erstmals im Berufungsrechtszug mit Schriftsatz vom 27. November 2019 benannt worden. Tatsächlich war zumindest der Zeuge S. bereits in erster Instanz mit Schriftsatz vom 16. Februar 2019 zum Beweis der Behauptung benannt worden, dass die Klägerin in Gesprächen am 12. Dezember 2017 und 1. Februar 2018 "noch einmal dezidierte Hinweise zu der falschen Abrechnung" erhalten habe. Wollte das Kammergericht den Inhalt der Gespräche vom 12. Dezember 2017 und 1. Februar 2018 abweichend hiervon und abweichend von den Feststellungen des Landgerichts würdigen, hätte es zumindest diesen Zeugen S. vernehmen müssen.