

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 535, 537, 566

- a) Haben sich die Parteien beim mündlichen Abschluß eines langjährigen Mietvertrages zu dessen schriftlicher Beurkundung verpflichtet, so können sie sich gegenseitig nicht den Mangel der Schriftform entgegenhalten.
- b) Zur Frage, ob ein Fehler im Sinne von § 537 BGB vorliegt, wenn die Decken der für Fabrikbetrieb vermieteten Räume nicht die für Maschinen dieses Fabrikbetriebes erforderliche Tragfähigkeit besitzen.

BGH, Urt. vom 27. November 1963 - VIII ZR 116/62 - KG Berlin
LG Berlin

VIII ZR 116/62

Verkündet
am 27. November 1963
Wüst,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft in Firma Hellmut W.,
Likörfabrik, vertreten durch den persönlich haften-
den Gesellschafter Hellmut W. in B.-Sp.,
P. Weg,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt . -

gegen

die Firma Gustav A., Inhaberin Frau Doris Br. in
B.-Sp., P. Weg,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. November 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 29. März 1962 aufgehoben, soweit zum
Nachteil der Beklagten erkannt ist.

Die Sache wird in diesem Umfange zur anderwei-
ten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in B■■■■, auf dem sich Fabrikgebäude befinden. In einigen dieser Gebäude unterhielt sie eine Fabrikation von Beleuchtungskörpern, die sie aufgeben wollte. Die Beklagte, die auf demselben Grundstück in anderen von der Klägerin gemieteten Räumen eine Spirituosenfabrik betrieb, hatte Interesse an den freiwerdenden Betriebsräumen der Klägerin. Im Januar 1961 fanden zwischen den Parteien Besprechungen statt. Eine Unterredung vom 27. Januar 1961, an der der Gesellschafter der Beklagten Hellmut W■■■■ und sein Helfer in Steuersachen F■■■■, die Inhaberin der Klägerin Frau Br■■■■ und der Fabrikant Pf■■■■ teilgenommen hatten, bestätigte die Klägerin der Beklagten am 28. Januar 1961 dahin:

"Grundsätzlich erklären wir uns bereit, unsere freiwerdenden Fabrikationsräume an Sie zu vermieten. Diese Räume werden voraussichtlich ab 1. März 1961 frei.

Der Mietpreis gilt für drei Jahre fest und beträgt pro qm und Monat DM 2,50. Nach diesem Zeitpunkt verhandeln beide Partner erneut über die Höhe des Mietpreises. Die Räume werden in den nächsten Tagen genau vermessen.

.....

Sie erhalten in den nächsten Tagen den genauen Entwurf des Mietvertrages, der auf die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen werden soll. ...

im ersten halben Jahr vierteljährlich
Der Mietpreis soll absprachegemäß/im voraus und von dann ab halbjährlich im voraus gezahlt werden. ...

Über die im Gebäude noch befindlichen Anlagewerte haben wir folgende Absprache getroffen:

Sie übernehmen die fest eingebaute Spritzanlage mit Ablüftanlage. Ferner einen Hochleistungs-Ölbrenner mit Umlufttrockner und mit Lacktrockenschrank. Außerdem die in dem kleinen Anbau befindlichen Deprag-Kompressoren mit Luftkessel und den dazu gehörigen Leitungen in die Betriebsräume. Für diese Anlagen bezahlen Sie sofort nach Rechnungsstellung DM 25 000.



Es wird Ihnen ferner gestattet, nach Absprache mit unserem Herrn Be [REDACTED] ab sofort zwecks Einrichtung Ihrer Räume Besichtigungen und Vermessungen vorzunehmen.

Wir hoffen, hiermit erst einmal alle Grundzüge unseres künftigen Vertrages festgehalten zu haben."

Mitte Februar 1961 übergab die Klägerin der Beklagten die Schlüssel für die Räume. Die Beklagte begann, sie zum Teil mit ihren Einrichtungsgegenständen zu belegen. Unter dem 16. Februar 1961 übersandte die Klägerin ihr eine Rechnung. Darin heißt es: "Sie übernehmen käuflich die bei uns im Betrieb eingebauten Maschinen und Einrichtungen wie folgt." Alsdann sind die dazu gehörenden Gegenstände einzeln aufgeführt. Als Gesamtpreis ist der Betrag von 25 000 DM genannt mit dem Bemerkten: "Zahlbar sofort, ohne Abzug, jedoch spätestens bis zum 1. März 1961."

Am 23. Februar 1961 richtete die Klägerin folgendes Schreiben an die Beklagte:

"Unter Bezugnahme auf unser vorangegangenes Schreiben übernehmen Sie am 1. März 1961 nach dem Grundstücks-
lageplan die Gebäude Nr. 33, Nr. 35, Nr. 36 (Expeditions-
gebäude) und Nr. 34 und 34a (Fabrikgebäude) als Lager-
und Fabrikationsräume in Nutzung. Sämtliche Schlüssel
werden übergeben."

Der zu zahlende Mietzins setzt sich wie folgt zusammen:

Gebäude Nr. 33, 35 und 36

380,37 qm			
pro Monat und qm DM 2,50	=	DM	930,90
Lagerboden 117,00 qm			
pro Monat und qm DM 1		DM	117,--

Gebäude Nr. 34 und 34a

1092,61 qm			
pro Monat und qm DM 2,50	=	DM	2.731,50
Lagerbodennutzungsfläche			
ca. 500 qm			
pro Monat und qm DM 0,50		DM	250,--
Monatliche Miete		DM	4.029,40.

Es wurde zwischen uns eine vierteljährliche Mietzinsvorauszahlung vereinbart. Wir bitten, den Betrag von 12 088,20 DM

... zu überweisen oder uns Ihren Scheck hierfür zu übergeben ... Ferner haben wir gestern mit Ihrem ... Herrn Lothar W. vereinbart, daß Sie die bisher von uns gemietete Telefon- und Arbeitskontrollanlage übernehmen ...

Weiterhin haben wir abgesprochen, daß wir uns mit der Firma ... in Verbindung setzen werden, damit Sie unseren Abschluß über die Lieferung von Heizöl übernehmen können ...

Da Sie ab 1. März 1961 auch die gesamte Heizungsanlage für die Gebäude übernehmen, werden wir hierfür gesondert eine Übergabebescheinigung vorbereiten, die sowohl vom Vermieter als auch vom Mieter zu unterschreiben ist ...

Des weiteren haben wir von uns aus veranlaßt, daß der Bewag-Hauptzähler des Betriebes ab 1. März 1961 auf Ihren Namen umgeschrieben wird. ...

Für die bei uns noch verbleibenden Leute der Grundstücksverwaltung haben wir einen eigenen Aufenthaltsraum geschaffen, so daß unsere Leute Ihre Wasch- und Umkleieräume nicht mehr zu betreten haben. Wir haben abgesprochen - und möchten dieses nur der Ordnung halber noch bestätigen - daß unsere 3 Männer sich jeden Abend in der Männerabteilung waschen können, und zwar solange, bis wir eine eigene Waschanlage erstellt haben.

Den eigentlichen Mietvertrag werden wir Ihnen in Kürze zur Unterschrift vorlegen."

Die Beklagte widersprach weder dem Schreiben vom 28. Januar 1961 noch der Rechnung vom 16. Februar 1961 und beanstandete auf das Schreiben vom 23. Februar 1961 lediglich, sie sei nicht bereit, den für die Lagerbodennutzungsfläche angesetzten Mietzins zu zahlen. Ende Februar 1961 erfuhr die Beklagte durch einen von ihr zugezogenen Statiker und durch die Baupolizei, die Tragfähigkeit der Decken zwischen dem Erd- und ersten Obergeschoß betrage (nur) 500 kg m^2 . Sie beanstandete darauf diese Tragfähigkeit als zu gering und ließ der Klägerin unter dem 2. März 1961 unter Bezugnahme auf ein am gleichen Tage zwischen dem Hausverwalter Be. und dem Sohn des Gesellschafters der Beklagten geführtes Telefongespräch durch ihren Prozeßbevollmächtigten mitteilen:

"Vor Ihrem Schreiben vom 28. Januar 1961 sind Verhandlungen insbesondere mit Frau Br. ■■■ geführt worden, die auf den Abschluß eines Mietvertrages hinzielten und deren hauptsächlicher Gegenstand die Frage der Belastungsfähigkeit der Decken gewesen ist. Herr W. ■■■ sen. hat anlässlich der Besichtigung der Räume nach der Belastungsfähigkeit der Decken gefragt, die ihm mit mindestens 1 500 kg pro Quadratmeter angegeben wurde mit dem Hinweis, daß die Decken noch weit höher belastet worden seien, und der Bezugnahme auf den Maschinenpark des von Ihnen dort betriebenen Geschäftsbetriebes."

Dem Sinne nach heißt es weiter, weil die Belastungsfähigkeit nur 500 kg je Quadratmeter betrage, seien die Räume zur Zeit nicht benutzbar. Vom Inhaber der Beklagten sei bei den Verhandlungen darauf hingewiesen worden, er gedenke in den Räumen eine Weinbrennerei zu betreiben und müsse mindestens 3000-Liter-Fässer hineinbringen. Im Hinblick auf ihre unrichtigen Angaben über die Belastungsfähigkeit der Decken stünden der Klägerin Ansprüche (auf Miete usw.) nicht zu. Nicht diese habe Forderungen, sondern die Beklagte, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben über die Belastungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Räume verfrüht hohe Ausgaben für sie gemacht habe. Anschließend folgen Vergleichsvorschläge dahin:

"1. Die Beklagte nehme von den in der Rechnung vom 16. Februar 1961 aufgeführten Gegenständen nur die in Anspruch, die sie für ihre Produktion benötigen könne und zahle hierfür den Verkehrswert. Die übrigen Gegenstände sollten von der Klägerin veräußert und aus den Räumen entfernt werden. Die Beklagte wolle in diesem Falle die Tragfähigkeit der Decken auf eigene Kosten auf die erforderliche Belastungshöhe herbeiführen, oder

2. die Abstandssumme von 25 000 DM werde wie in Aussicht genommen gezahlt und die Klägerin veranlasse auf ihre Kosten

die Verstärkung der Decken auf eine Tragfähigkeit von mindestens 1 500 kg je Quadratmeter und führe damit eine ihrer Zusicherung entsprechende Tragfähigkeit herbei."

Die Klägerin lehnte diese und spätere Vorschläge der Beklagten ab. Da diese weder den Mietzins noch den Abstand von 25 000 DM zahlte, kündigte ihr die Klägerin mit Schreiben vom 25. April 1961 das Mietverhältnis zum 31. Mai 1961. Am 15. August 1961 vermietete sie die Räume an eine andere Firma, die Gegenstände aus Asbest herstellt.

Mit der am 27. März 1961 durch Zustellung eines Zahlungsbefehls beim Amtsgericht Berlin-Spandau erhobenen Klage - der Rechtsstreit ist später an das Landgericht Berlin verwiesen - verlangte die Klägerin zunächst an Miete für die Zeit vom 1. März 1961 bis 31. Mai 1961 = 12 088,20 DM und 25 000 DM Abstand.

Das Landgericht gab der Klage statt. In Höhe von 1 101,00 DM (Miete für Lagerböden) nahm die Klägerin ihre Klage vor dem Berufungsgericht zurück. Dieses sprach ihr dementsprechend nur 35 987,20 DM nebst Zinsen zu und wies im übrigen die Berufung der Beklagten zurück.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Parteien seien sich mündlich über die Vermietung der früheren Produktionsräume der

Klägerin an die Beklagte, die darin ihre Spirituosenfabrik habe betreiben wollen, mit Wirkung zum 1. März 1961 einig geworden (BU 11). Die Schriftform des § 566 BGB für das auf die Dauer von fünf Jahren abgeschlossene Mietverhältnis habe nachgeholt werden sollen. Davon habe jedoch nicht die Rechtswirksamkeit des Vertrages abhängig sein sollen (BU 11/13). Die Klägerin sei aus wichtigem Grunde zur vorzeitigen Kündigung des Vertrages berechtigt gewesen, weil sich die Beklagte von Anfang an und endgültig geweigert habe, den Mietvertrag zu den vereinbarten Bedingungen zu erfüllen. Die Verpflichtung der Beklagten, den Betrag von 25 000 DM, der im Ergebnis eine Abstandssumme für den Vertragsabschluß bedeute, an die Klägerin zu zahlen, sei nicht entfallen, weil die Beklagte durch ihre Erfüllungsverweigerung die Kündigung selbst verschuldet habe. Deshalb handle die Klägerin auch nicht arglistig. Bei diesen Erwägungen geht das Berufungsgericht davon aus, die Beklagte müsse beweisen, die Klägerin habe ihr eine Tragfähigkeit der Zwischendecken von mindestens 1500 kg m² zugesichert. Dieser Beweis sei nicht geführt (BU 13, 14). Wenn sich die Beklagte eine entsprechende Tragfähigkeit der Decken vorgestellt habe, habe sie sich geirrt und hätte den Vertrag wegen Irrtums anfechten müssen (§ 119 Abs. 2 BGB), was sie unterlassen habe (BU 15, 16).

Die Ansprüche der Klägerin seien deshalb begründet.

B.

Die Revision greift das Berufungsurteil in vollem Umfang an.

I. Rechtswirksamkeit des Mietvertrages und der Abstands-
vereinbarung.

Die von der Revision insoweit erhobenen Bedenken greifen nicht durch.

1. Daß sich die Parteien schon am 27. Januar 1961 grundsätzlich über die maßgebenden Bedingungen der Vermietung an die Beklagte einig geworden sind, entnimmt das Berufungsgericht der Aussage des Steuerhelfers F. [REDACTED] in Verbindung mit dem Schreiben der Klägerin vom 28. Januar 1961, aus dem sich der Mietpreis mit 2,50 DM je qm ergibt. Diese Vergütung ist allerdings nur für drei Jahre festgelegt. Danach sollten die Parteien erneut über die Höhe des Entgelts verhandeln. Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Ein Mietvertrag kann rechtswirksam und bindend abgeschlossen werden, auch wenn die Festsetzung des Mietzinses überhaupt späterer Vereinbarung vorbehalten bleibt (RGLZ 1914, 1027 Nr. 2, BGH Urt. vom 31. Oktober 1956 - V ZR 157/55 - LM ZPO § 256 Nr. 40 Bl. 215). Nichts anderes kann gelten, wenn die Miete für eine bestimmte Zeit festgelegt, für die daran anschließende Zeit aber einer besonderen späteren Abmachung vorbehalten bleibt. Der vorbehaltene Punkt ist dann nach den allgemeineren gesetzlichen Regeln (§§ 315, 316, 157 BGB) zu ergänzen (RGZ 60, 178 - bei einem Verlagsvertrag für weitere Auflagen -; RG LZ 1914, 1027 Nr. 2, RG WarnRspr 1914 Nr. 325, RG HRR 1937, 496; RG Recht 1941 Nr. 3853 = DWohn A 1941, 389 - für Mietverträge -). Rechtlich ohne Bedeutung ist auch, daß der Mietzins zunächst noch nicht im einzelnen ausgerechnet ist. Das ist im Schreiben vom 23. Februar 1961 nachgeholt, in dem auch die einzelnen Gebäude, die die Beklagte als "Lager- und Fabrikräume" am 1. März 1961 in Nutzung nehmen sollte, genau nach dem Lageplan mit den Gebäudenummern bezeichnet sind und in dem weiter, wie früher in Aussicht gestellt war, das Ergebnis der Vermessung der Räume mitgeteilt ist. Der Beklagte hat die für die eigentlichen Lager- und Fabrikationsräume in

in den Expeditionsgebäuden (= 380,37 qm) mit 930,90 DM und im Fabrikgebäude (= 1092,61 qm) mit 2 731,50 DM, d.h. insgesamt mit 3 642,40 DM berechnete Miete nicht beanstandet. Das gleiche gilt hinsichtlich der Berechnung der Größe des Lagerbodens (in den Expeditionsgebäuden) mit 117 qm und der Lagerbodennutzungsfläche (in den Fabrikgebäuden) mit ca. 500 qm. Laut Tatbestand des angefochtenen Urteils S. 5 hat die Beklagte insoweit lediglich "moniert", sie sei nicht bereit, die dafür angesetzten Mietbeträge mit 117 und 250 = 367 DM zu zahlen. Diesen Einwand hat das Berufungsgericht jedoch nicht übersehen; denn es hat ihn ausdrücklich erwähnt. Wie noch ausgeführt werden wird, brauchte es ihm nicht zu entnehmen, daß deswegen allein eine Einigung über das Zustandekommen des Mietverhältnisses zum 1. März 1961 nicht erfolgt sei.

Für seine Feststellung, daß der Mietvertrag mit Wirkung vom 1. März 1961 schon als fest abgeschlossen gelten sollte, konnte das Berufungsgericht als Beweisanzeichen verwerten, daß die Klägerin der Beklagten die Schlüssel bereits Mitte Februar 1961 ausgehändigt hat, damit sie mit ihren Sachen in die Räume einziehen konnte, und daß diese das auch zum Teil getan hat. In diesem Sinne durfte es auch würdigen, daß sich die Parteien noch im Februar 1961 auch über weitere Einzelheiten geeinigt hatten, die der Durchführung des Mietvertrages mit Wirkung vom 1. März 1961 an dienten, u.a. die Übernahme der von der Klägerin gemieteten Telefon- und Arbeitskontrollanlagen, die Übernahme der Heizungsanlage usw. All das entnimmt das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei der Tatsache, daß die Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 23. Februar 1961 insoweit nicht widersprochen hat, als es sich hierüber und über weitere einzelne Punkte verhält, die nur dann einen Sinn hatten, wenn das Vertragsverhältnis am 1. März 1961 endgültig beginnen sollte. Nicht geregelt war allerdings noch, wie bereits erwähnt, ob die Nebenräume (Lagerräume) zu übernehmen und mit welchem Preis sie zu berechnen waren. Das war aber ein Neben-

punkt, dessen Regelung die Parteien, wie es bei Mietverträgen nicht selten geschieht, noch zurückstellen konnten, ohne daß damit der endgültige Abschluß des Vertrages in Frage gestellt war (RGZ 141, 370, 372, 373). Auch hier ist das Berufungsgericht erkennbar davon ausgegangen, daß keine der Parteien die Inkraftsetzung des Vertrages mit Wirkung vom 1. März 1961 an diesem Nebenpunkt hat scheitern lassen wollen und daß es deshalb späterer Vereinbarung vorbehalten bleiben sollte, ob und zu welchem Mietzins die Beklagte diese Räume übernahm.

2. Auch die mangelnde Schriftlichkeit des Mietvertrages steht weder seiner Wirksamkeit zwischen den Parteien überhaupt noch der Berechtigung der in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche entgegen.

a) Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, sondern geht davon aus, daß ein langfristiger Mietvertrag der Schriftform des § 566 BGB bedarf, andernfalls er nach Satz 2 dieser Bestimmung als nur für unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt mit der Maßgabe, daß eine Kündigung frühestens zum Schluß des ersten Jahres zulässig ist. Wie die Revision mit Recht ausführt, konnte die Beklagte an dem Abschluß eines solchen kündbaren Vertrages schon mit Rücksicht darauf kein Interesse haben, daß sie eine einmalige Zahlung von 25 000 DM leisten mußte, die im Ergebnis einer Gegenleistung für den Abschluß des Mietvertrages gleichkam (BU 17) und angemessen nur bei einem langfristigen Vertrage amortisiert werden konnte. Dafür, daß das vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang übersehen sein könnte, liegt jedoch kein Anhalt vor. Diese Erwägung kann der Revision aus den folgenden Gründen nicht zum Erfolge verhelfen.

b) Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Parteien von vornherein eine schriftliche Beurkundung verabredet haben. Es stellt aber fest, wenn das von ihnen vereinbart sein sollte, habe von der schriftlichen Niederlegung

nicht der Abschluß des Vertrages (im Sinne von § 154 Abs. 2 oder 125 Abs. 2 BGB) abhängig sein sollen. Sie habe vielmehr nur Beweiszwecken dienen sollen. Den weiteren Verhandlungen zur Durchführung des Mietvertrages in Verbindung mit dem Schreiben der Klägerin vom 23. Februar 1961 entnimmt es, es sei nunmehr eine Beurkundung zwecks Wahrung der Schriftform des § 566 BGB vorgesehen worden, die jedoch ebenfalls keine konstitutive Wirkung haben sollte. Zu dem schriftlichen Vertrag sei es nur deswegen nicht (mehr) gekommen, weil sich infolge der Beendigung des Mietverhältnisses durch die fristlose Kündigung seitens der Klägerin die Nachholung der Schriftform für den bereits mündlich abgeschlossenen Vertrag erübrigte. Aus dieser Unterlassung könne die Beklagte nach Treu und Glauben nichts zu ihren Gunsten herleiten (GA 12).

c) Das ist nicht rechtsirrig; denn das Berufungsgericht stellt fest, daß hier im Zusammenhang mit dem mündlichen Abschluß des Mietvertrages, sei es gleichzeitig oder später, eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung getroffen worden ist, dieser Mietvertrag solle noch schriftlich beurkundet werden. Eine solche Abmachung ist rechtlich möglich und auch dann formlos gültig, wenn es sich um einen mehrjährigen Vertrag handelt (RGZ 97, 219, 223; 104, 131; 141, 370, 373; RGJW 1938, 1247; BGH Urt. vom 15. April 1955 - V ZR 118/53 - LM BGB § 242 C a Nr. 1 Bl 2^R; Urt. des erkennenden Senats vom 28. Januar 1958 - VIII ZR 39/57). In einem solchen Falle ist jede Partei berechtigt, gegen die andere auf den Abschluß eines schriftlichen Vertrages zu klagen und sich gegenüber einer etwaigen unberechtigten Kündigung auf Arglist zu berufen (zu vgl. insbesondere BGH aaO). Bei dieser Sach- und Rechtslage kann die Beklagte der Klägerin, falls diese berechtigt war, den Mietvertrag fristlos zu kündigen, nicht entgegenhalten, die Schriftform sei nicht gewahrt; denn dafür, daß die Klägerin etwa sonst nicht bereit gewesen sein sollte, den Vertrag zu den vorgesehenen Bedingungen - unter Nachholung der Vereinbarung über den

vorbehaltenen Nebenpunkt wegen der Lagerräume - noch schriftlich niederzulegen, ergibt der festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt.

d) In diesem Zusammenhang kommt es nicht auf die von der Revision angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, für die Annahme eines Mietvorvertrages müßten besondere Gründe vorliegen, aus denen die Parteien ohne das Zustandekommen eines Hauptvertrages schon die Bindung zum Abschluß des künftigen Vertrages gewollt haben (BGH Urt. vom 31. Oktober 1956 - V ZR 157/55 LM ZPO § 256 Nr. 40); denn das Berufungsgericht hat hier festgestellt, die Parteien seien sich über den Abschluß des Hauptvertrages einig gewesen, nur seine Beurkundung habe noch nachgeholt werden sollen. Ins Leere gehen auch die Verfahrensrügen der Revision, das Berufungsgericht habe Kurt Fischer als Zeugen und Frau Doris Br. als Partei darüber hören müssen, die Parteien hätten entscheidenden Wert auf die Beurkundung gelegt und einen (kündbaren) Mietvertrag nach § 566 BGB nicht gewollt; denn davon geht das Berufungsgericht aus. Es stellt nur in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts fest, die Beurkundung habe nicht Gültigkeitsvoraussetzung sein sollen, so daß ihre Nachholung rechtlich bindend vereinbart werden konnte.

3. Auch gegen die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von 25 000 DM bestehen unter der Voraussetzung, daß die Klägerin zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt war, keine rechtlichen Bedenken. Das gilt gerade dann, wenn dieser Betrag, wovon die Revision mit dem Berufungsgericht (BU 18) ausgeht, in Wirklichkeit nicht einen Gegenwert für die Überlassung der in dem Schreiben vom 28. Januar 1961 und in der Rechnung vom 16. Februar 1961 genannten Einrichtungen darstellte, sondern eine Abstandssumme für die Überlassung des Mietobjekts (Berufungsbegründung S. 6) bedeutete. Auf die Wertlosigkeit der Einrichtungsgegenstände für den Be-

klagten kam es alsdann nicht an. Als Vereinbarung einer einmaligen Leistung, die ausschließlich die Bereitwilligkeit der Klägerin zum Abschluß eines Mietvertrages mit den Beklagten abgelten sollte, unterlag sie nicht einmal dem Formzwang des § 566 BGB (RGZ 123, 171; BGB RGRK 11. Aufl. § 566 Anm. 3). Die Abmachung war auch nicht nach § 138 BGB nichtig. Ihr kam insofern keine selbständige Bedeutung zu, als sie dafür gezahlt werden sollte, daß die Klägerin ihre Räume gerade an die Beklagte und damit an eine Firma vermietete, die im Verhältnis zu dem in den Räumen bislang von der Klägerin geführten Betriebe branchenfremd war. Dazu stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest (BU 18), daß die von der Klägerin in den Räumen belassenen Anlagen für sie bei einer Verpachtung ihrer Fabrikationsräume an einen gleichartigen oder ähnlichen Betrieb, wie sie ihn führte, einen Wert von mindestens 25 000 DM gehabt hätten und daß die Klägerin auf die Amortisation der Anlagen durch Verpachtung ihrer Fabrikationsräume mit allen Maschinen usw. nur der Beklagten zuliebe verzichtet habe. Falls die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigt war, ist auch unerheblich, daß die Beklagte die 25 000 DM sonst in fünf Jahren hätte amortisieren können und daß das auch ihre der Klägerin erkennbare Absicht war; denn wenn sie selbst die Erfüllung des Vertrages grundlos verweigerte, hat sie sich die fristlose Kündigung selbst zuzuschreiben, und kann sich der Klägerin gegenüber nicht darauf berufen, daß ihr eine Amortisation unmöglich geworden ist. Nach dem festgestellten Sachverhalt besteht auch kein Anhalt dafür, daß die Klägerin ihren Betrieb überhaupt nicht an einen branchengleichen oder branchenähnlichen Betrieb günstiger hätte verpachten als an die Beklagte vermieten können. Ebensowenig besteht Grund zu der Annahme, sie habe, nachdem sie ihren übrigen Maschinenpark infolge der Vermietung an die Beklagte veräußert hatte, nach Auflösung des Vertrages mit dieser ihre Räume unter Verwertung der von der Beklagten zurückgelassenen Anlagen anderweit so günstig vermieten oder verpachten können, daß sie sich für die ihr von der Beklagten zugesagten 25 000 DM hätte schadlos halten können.

Wie das Berufungsgericht ausdrücklich hervorhebt, hat die Beklagte eine Bereicherung der Klägerin durch die vorzeitige Wiedererlangung ihrer Räume weder behauptet, noch ist sie sonst aus den Umständen ersichtlich.

II. Erfüllungsverweigerung und fristlose Kündigung.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Klägerin sei in entsprechender Anwendung des § 553 BGB berechtigt gewesen, der Beklagten aus wichtigem Grunde den Mietvertrag zu kündigen (BU 16), weil die Beklagte ihre am 1. März 1961 fälligen Zahlungsverpflichtungen (grundlos) nicht erfüllt (BU 12) und damit die Erfüllung des Mietvertrages von Anfang an zu den vereinbarten Bedingungen endgültig verweigert habe, so daß der Klägerin nicht zuzumuten gewesen sei, mit einer derart vertragsuntreuen Partei das Mietverhältnis fortzusetzen. Dagegen würden keine rechtlichen Bedenken bestehen, wenn die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 2. März 1961, wovon das Berufungsgericht ausgeht, die Erfüllung des Vertrages grundlos verweigert hätte. Bei diesem Schreiben kommt es rechtlich insbesondere auf den Vorschlag zu 2 am Schluß an, die Beklagte wolle (die Miete und) die Abstandssumme von 25 000 DM, wie in Aussicht genommen sei, (dann) zahlen, wenn die Hauseigentümerin (die Klägerin) auf ihre Kosten die Verstärkung der Decken auf eine Tragfähigkeit von mindestens 1 500 kg je Quadratmeter veranlasse, wie sie der Zusicherung entspreche. Diesem Verlangen ist die Klägerin unstreitig nicht nachgekommen. Das hat das Berufungsgericht gebilligt, weil es die Beklagte für eine Zusicherung der genannten Tragfähigkeit für beweisfällig hält und diesen Beweis nicht als geführt ansieht.

Das Berufungsgericht hat es aber unterlassen, den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob nicht ein Fehler der Mietsache im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB vorlag.

Dieser Prüfung war es nicht deswegen entzogen, weil sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom 2. März 1961 nur auf eine entsprechende Zusicherung einer Tragfähigkeit von 1500 kg m² berufen hatte. Im übrigen hatte die Beklagte in der Berufungsbegründung, wenn auch nur hilfsweise, auf den rechtlichen Gesichtspunkt des § 537 Abs. 1 BGB hingewiesen.

III. Vertragsmäßiger Gebrauch, Fehler im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB, Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 537 Abs. 2 BGB).

1. Nach §§ 535, 536 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Sache (Mieträume) "in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche" geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Nach § 537 Abs. 1 BGB ist der Mieter, wenn die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung an ihn mit einem Fehler behaftet gewesen ist, die ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt, für die Zeit der Aufhebung der Tauglichkeit von der Entrichtung des Mietzinses befreit. Danach hat der Vermieter dafür, daß die Sache für den "vertragsmäßigen" Gebrauch geeignet ist, auch dann einzustehen, wenn er eine bestimmte Zusicherung nicht gegeben hat. Hier bestand der vertragsmäßige Gebrauch der Mieträume von vornherein in der Nutzung als "Lager- und Fabrikationsräume" für die Spirituosenfabrik der Beklagten, die, wie die Klägerin unstreitig wußte, ihre Fabrikation aus den alten in die neu von der Klägerin gemieteten Räume verlegen wollte. Zu diesem Gebrauch mußte der Mietgegenstand deshalb geeignet sein.

2. Das Berufungsgericht meint nun zwar, die Art und Weise der Einrichtung und Ausgestaltung eines Unternehmens in Mieträumen sei allein Sache des Unternehmers. Wenn er für die Aufstellung seiner Behälter und Maschinen eine bestimmte Tragfähigkeit der Decken in den Mieträumen be-

nötige, so sei es seine Sache, sich vor Abschluß des Mietvertrages über die Belastungsfähigkeit der Decken zu vergewissern; denn der Vermieter kenne die Schwere der von dem Mieter aufzustellenden Einrichtungen nicht. Wenn der Mieter es unterlasse, sich vor dem Eingehen des Mietverhältnisses über die Tragfähigkeit der Decken Gewißheit zu verschaffen, auch bei dessen Abschluß nicht wenigstens einen Vorbehalt hinsichtlich des Ergebnisses einer Prüfung der Tragfähigkeit mache, so tue er dies auf eigenes Risiko und sei auch dann zur Entrichtung des vereinbarten Mietzinses verpflichtet, wenn sich nachher herausstelle, daß die Tragfähigkeit der Decken seinen Erwartungen nicht entspreche (BU 15).

3. Die Auffassung des Berufungsgerichts ist mindestens in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Sie kommt im Ergebnis auf eine Umkehrung der vom Gesetz aufgestellten und sich aus der Natur des Mietvertrages ergebenden Verteilung der Pflichten des Vermieters und des Mieters hinaus. Das hat der Senat in seiner Entscheidung vom 6. Mai 1958 - VIII ZR 66/57 (BB 1958, 575) für den Fall der Vermietung eines Raumes zum Lagern von Mehl ausgesprochen. Dazu ist ausgeführt, es sei nicht Aufgabe des Mieters dieses Lagerhauses gewesen, von sich aus festzustellen, welche Lasten der Raum zu tragen geeignet sei, ihn daraufhin untersuchen zu lassen und danach seine Belastung einzurichten. Wenn im Mietvertrag keine weiteren Bestimmungen enthalten seien, habe, wie sich aus §§ 537, 538 BGB ergebe, der Vermieter dafür einzustehen, daß der Lagerraum mindestens für eine normale Belastung mit Mehlsäcken geeignet sei. Das waren nach den Feststellungen eines in dem damaligen Rechtsstreit darüber gehörten Sachverständigen allerdings auch nur 500 kg m², eine Tragfähigkeit, die hier auch vorliegt, aber unstrittig nicht ausreicht, um die großen Lagertanks und Ab-

fülleinrichtungen für drei automatische Straßen mit je vier Maschinen, die hier aufgestellt werden müssen, zu tragen. Die Klägerin hat nach den Feststellungen des Berufungsgericht aber gewußt, daß die Beklagte zu der Unterbringung ihres Fabrikationsbetriebes besonders belastungsfähige Zwischendecken benötigte; denn sie hat zwar auf die Frage nach ihrer Tragfähigkeit erwidert, hierüber könne sie keine genauen Auskünfte geben, sie müsse erst mit ihrem Hausverwalter sprechen und die hierüber notwendigen Unterlagen einsehen. Soweit sie das jedoch beurteilen könne, betrage die Belastungsfähigkeit mindestens 1500 kg je Quadratmeter. Auch wenn das noch nicht als Zusicherung einer entsprechenden Eigenschaft der Decken im Sinne von § 537 Abs. 2 BGB anzusehen ist, so bedeutet es doch, falls keine sonstigen Umstände seiner Auffassung entgegenstehen, mindestens grundsätzlich, daß als vertragsmäßiger Gebrauch der Mieträume hier die Einrichtung einer Likörfabrik in ihnen war, die eine Belastung der Decken in diesem Ausmaße erforderte. Dann mußte die Klägerin aber für das Fehlen der Tragfähigkeit der Decken einstehen. Sie könnte sich dann jedenfalls nicht ohne weiteres auf ihre Bemerkung, sie könne keine genauen Auskünfte geben, berufen. Da bei jeder Vermietung die Möglichkeit des Gebrauchs der Mietsache zu dem vertragsmäßigen Zweck eine selbstverständliche Vertragspflicht des Vermieters darstellt, wird das Vorhandensein solcher Eigenschaften, die den vertragsmäßigen Gebrauch gewährleisten, allein schon durch den Vertrag sichergestellt (Roquette, Mietrecht, 5. Aufl. S. 250). Unzureichende Tragfähigkeit der Decken eines als Fabrik vermieteten Gebäudes für einzubauende Maschinen usw. ist danach mindestens dann als Fehler der Mietsache zu bejahen, wenn auf deren Schwere bei Vertragsabschluß hingewiesen worden ist (OLG Karlsruhe, HRK 1939 Nr. 284, Soergel, 9. Aufl. BGB § 537 Anm. 5), wovon hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist. Das Reichsgericht hat allerdings in einer dem erkennenden Senat nicht in seiner näheren Begründung zugäng-

lichen Entscheidung (vom 16. Oktober 1939 - IV 36/39, zu vgl. Deutsche Wohnwirtschaft 1940 S. 18) "unter Beachtung des Grundsatzes der Verkehrsüblichkeit" insofern eine Milderung von der strengen Haftung des Hausbesitzers eintreten lassen, als es dem Mieter von Räumen, der darin besonders schwere Maschinen aufstellen will, die Pflicht auferlegt, sich selbst vorher über die Tragfähigkeit zu vergewissern. Das Berufungsgericht hat jedoch eine solche Verkehrsüblichkeit für Berlin nicht festgestellt, auch nicht, daß sie auch dann gilt, wenn der Vermieter vom Mieter ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden ist, welche Tragfähigkeit die Räume haben müssen.

4. Wird die Rechtslage so beurteilt, wie unter 3 näher dargelegt ist, dann liegt es wenigstens nahe, daß nicht die Beklagte, sondern die Klägerin vertragsuntreu war, indem sie durch die Ablehnung des Verlangens der Beklagten in ihrem Schreiben vom 2. März 1961 am Schluß zu 2, die Decken auf eine Tragfähigkeit von mindestens 1500 kg m² zu verstärken, ihrerseits die Erfüllung des Mietvertrages endgültig verweigerte. Ihre fristlose Kündigung wäre dann unberechtigt gewesen. Da jedenfalls für das Revisionsverfahren auch davon auszugehen ist, daß die Räume für die Beklagte im damaligen Zustand zur Einrichtung ihrer Likörfabrik unbrauchbar waren, wäre diese nicht verpflichtet, die Miete und die mit dem Mietvertrag in Zusammenhang stehende Abfindung zu zahlen.

C.

Das Berufungsurteil kann danach mit der bisherigen Begründung nicht aufrecht erhalten werden. Das Revisionsgericht sieht sich auch nicht in der Lage, umgekehrt zu entscheiden und die Klage abzuweisen; denn die Sache bedarf noch weiterer Erörterungen tatsächlicher Art, die nur der Tatrichter vornehmen kann.

I. Der rechtliche Gesichtspunkt der Eignung der Räume "zum vertragsmäßigen Gebrauch" ist in den Tatsachenrechten nicht näher erörtert. Was zu dem "nach dem Mietvertrag vorausgesetzten Gebrauch" gehört, ist eine Frage der Vertragsauslegung, bei der gemäß §§ 133, 157 BGB alle in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen sind (Urt. des erkennenden Senats vom 7. November 1962 - VIII ZR 190/61 S. 5 WM 1962, 1379). Da es sich bei den §§ 537 ff BGB nicht um zwingendes Recht handelt, ist auch nicht von vornherein auszuschließen, daß die Beklagte in Abweichung von der gesetzlichen Regelung selbst das Risiko für die Tragfähigkeit der Decken übernommen hat und daß damit die Haftung der Klägerin aus den genannten Bestimmungen insoweit vertraglich ausgeschlossen worden ist, eine Vereinbarung, die nach § 540 BGB jedoch nichtig sein würde, wenn die Klägerin den Mangel arglistig verschwiegen hätte. Den Parteien muß Gelegenheit gegeben werden, etwaige weitere Umstände, die in diesem Zusammenhang bedeutsam sein könnten, vorzutragen und auch dazu Stellung zu nehmen, ob etwa in B. eine besondere Verkehrssitte bei der Vermietung von Räumen besteht, in die Fabrikationsanlagen eingebracht werden sollen.

II. Bislang bestand kein Anlaß, näher zu erörtern, ob der Beklagten etwa grobe Fahrlässigkeit im Sinne von § 539 Satz 2 BGB vorzuwerfen ist. Auch das bedarf noch einer Prüfung durch den Tatrichter.

III. Der Erörterung wird auch bedürfen, ob eine der Parteien ein Verschulden bei Vertragsschluß trifft. Dabei könnte von Bedeutung sein, was etwa sonst über die Tragfähigkeit, insbesondere mit dem Hausverwalter Be., an den die Klägerin die Beklagte verwiesen hat, besprochen

worden ist. Falls die Beklagte ernste Zweifel an der genügenden Tragfähigkeit der Decken gehabt haben sollte, könnte es möglicherweise von ihr zu vertreten sein, wenn sie mit der Überprüfung bis gegen Ende Februar wartete, obwohl sie wußte, daß die Klägerin im Vertrauen auf die Durchführbarkeit des Mietvertrages schon Verfügungen über ihre Maschinen usw. traf.

IV. Die Beklagte hat die Räume mindestens teilweise mehrere Monate genutzt. Dafür könnte eine Vergütung gerechtfertigt sein, auch wenn die Klage im übrigen unbegründet sein sollte.

D.

Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Bei der Kostenentscheidung für den ersten Rechtszug wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß die durch die Anrufung des unzuständigen Amtsgerichts Berlin-Spandau etwa entstandenen Mehrkosten der Klägerin auch dann zur Last fallen, wenn sie sonst obsiegen sollte (§ 276 Abs. 3 Satz 2 ZPO).

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Mormann