

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 186/79

URTEIL

Verkündet am
10. Dezember 1980
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] B [REDACTED] GmbH in Liquidation, vertreten
durch ihren Liquidator Dipl. Kaufmann Manfred L [REDACTED],
B [REDACTED] 66 in H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma D [REDACTED] E [REDACTED] GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer Hans M [REDACTED], M [REDACTED] L [REDACTED]straße 51
in F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

2,9

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1980 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Mai 1979 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines am 23. November 1962 geschlossenen Mietvertrages.

Im Jahre 1962 plante die beklagte GmbH die Errichtung des M- T-Einkaufszentrums. Ihre Geschäftsanteile hielt die Z-AG, deren Aktien im Besitz einer kanadischen Gruppe waren. Geschäftsführer der Beklagten waren die Kaufleute S, C und B. Während der Planung des Objekts,

noch vor Baubeginn, schloß die Beklagte schon Mietverträge ab. Die Mietverträge sahen zumeist einen umsatzbezogenen Mietzins vor, mindestens jedoch 6 DM pro qm monatlich.

Die Geschäftsführer der Beklagten, S [REDACTED] und C [REDACTED], gründeten am 7. September 1962 die Klägerin, die sich mit dem Betrieb von Bowling-Anlagen befassen sollte. S [REDACTED] und C [REDACTED] waren alleinzeichnungsberechtigte Geschäftsführer. Die Eintragung im Handelsregister erfolgte am 7. Januar 1963. Am 26. Juni 1970 wurde die Klägerin im Handelsregister gelöscht; sie befindet sich in Liquidation.

Am 23. November 1962 schlossen die Parteien einen Mietvertrag, wonach die Beklagte der Klägerin eine ca. 3 620 qm große Fläche im ersten Stockwerk des Blocks B des Einkaufszentrums, mit dessen Bau noch nicht begonnen war, zum Betrieb einer Bowling-Anlage und eines Restaurants vermietete. Der schriftliche Mietvertrag ist auf seiten der Klägerin von S [REDACTED], auf seiten der Beklagten von B [REDACTED] und C [REDACTED] unterzeichnet. Als Jahresmietzins wurde ein Betrag von 217 200 DM (5 DM pro qm monatlich) vereinbart. Für den Fall, daß die Räume bis zum 1. April 1964 nicht bezugsfertig waren, wurde beiden Parteien in § 2 Abs. 4 des Mietvertrages ein fristloses Kündigungsrecht eingeräumt, Schadensersatzansprüche der Mieterin wurden für diesen Fall jedoch abbedungen. Der Mietvertrag wurde auf die Dauer von 20 Jahren abgeschlossen. § 5 des Vertrages enthielt eine Mietanpassungsklausel.



Am 9. März 1963 übernahm die I [REDACTED] AG in Z [REDACTED] von der Z [REDACTED]-AG die Geschäftsanteile der Beklagten. Deren Geschäftsführung wurde am 12. März 1963 ausgewechselt. In der Folgezeit änderte die Beklagte die Planung und verlegte die Bowling-Bahn in das Kellergeschoß. Da die Beklagte sich aus verschiedenen Gründen nicht mehr an den Mietvertrag mit der Klägerin gebunden fühlte, reichte die Klägerin am 16. Mai 1963 die vorliegende Klage ein, mit der sie die Feststellung der Wirksamkeit des Mietvertrages vom 23. November 1962 begehrt.

In der Klageerwiderung vom 15. Juni 1963 kündigte die Beklagte den Mietvertrag vorsorglich aus wichtigem Grund. Sie wiederholte die Kündigung in ihrem Schreiben vom 20. Juni 1963. Am 2. April 1964 kündigte sie erneut das Mietverhältnis unter Berufung auf § 2 Abs. 4 des Mietvertrages, weil sich die Fertigstellung des Mietobjekts verzögert hatte.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 15. Januar 1965 der Feststellungsklage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht bejaht das Feststellungsinteresse der Klägerin.

Es meint, der Vertrag vom 23. November 1962 sei wirksam zustande gekommen. Ein Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB liege nicht vor. Auch Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB komme nicht in Betracht.

Die Beklagte habe das Mietverhältnis wirksam gekündigt. Allerdings sei die auf § 2 Abs. 4 des Mietvertrages gestützte Kündigung unwirksam, weil sich diese angesichts der eigenmächtigen Planungsänderung als rechtsmißbräuchlich darstelle. Bereits die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15. Juni 1963 habe aber das Mietverhältnis beendet, weil die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien derart erschüttert gewesen sei, daß ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr habe erwartet werden können. Beim Abschluß des Vertrages seien die Vertretungsorgane der Parteien teilweise identisch gewesen. Nach Auswechseln der Geschäftsführung der Beklagten sei dieser die Unzuverlässigkeit ihrer früheren Geschäftsführer, welche die Gegenseite weiterhin vertreten hätten, bewußt geworden. Der Klägerin seien ganz außergewöhnliche Vorteile eingeräumt worden.

II. 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Feststellungsklage aus.

Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist, entgegen der Ansicht der Beklagten, nicht nachträglich entfallen. Grundsätzlich wird eine zulässig erhobene Feststellungsklage während des Prozesses nicht dadurch unzulässig, daß der Übergang zur Leistungsklage möglich wird (BGH Urteil vom 3. Januar 1952 - III ZR 131/71 = LM ZPO § 256 Nr. 5 = NJW 1952, 546 (nur Leitsatz); Urteil vom 15. November 1977 - VI ZR 101/76 = NJW 1978, 210; insoweit in BGHZ 70, 39 nicht abgedruckt; Senatsurteil vom 25. Juni 1980 - VIII ZR 260/79 = WM 1980, 1176, 1177).

2. Zu folgen ist dem Berufungsgericht auch darin, daß der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist. Daß die Beklagte noch nicht im Handelsregister eingetragen war, sondern sich noch im Gründungsstadium befand, steht der Wirksamkeit des Mietvertrages nicht entgegen (vgl. BGH Urteil vom 14. März 1973 - VIII ZR 114/72 = WM 1973, 484).

Gleichfalls wurde zu Recht ein Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB verneint; denn für die Parteien sind jeweils verschiedene natürliche Personen aufgetreten. Unschädlich ist, daß S. [REDACTED] auch Geschäftsführer der Beklagten war; denn bei dem konkreten Geschäftsabschluß hat er diese nicht vertreten. Zwar ist die Gefahr eines Interessenwiderstreits hier nicht zu bestreiten. Darauf kommt es aber bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen § 181 BGB vorliegt, nicht an. Im Interesse der Rechtssicherheit ist diese Bestimmung nämlich als formale Ordnungsvorschrift aufzufassen (BGHZ 50, 8, 11).

3. Die Revision nimmt die ihr günstige Rechtsauffassung des Berufungsgericht hin, die am 2. April 1964 erklärte Kündigung sei wegen Rechtsmißbrauchs unwirksam. Da der Rechtsstreit aus den noch darzulegenden Gründen an die Vorinstanz zurückzuverweisen ist, wird die Beklagte Gelegenheit haben ihren gegenteiligen Standpunkt erneut zur Geltung zu bringen (vgl. auch GA Bd. I S. 105, 119).

4. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15. Juni 1963 sei wirksam.

a) Zur Begründung seiner Ansicht, die Kündigung der Beklagten sei gerechtfertigt, führt das Berufungsgericht aus:

Nach dem nach der Vereinbarung vom 9. März 1963 erfolgten Auswechseln ihrer Geschäftsführung habe die Beklagte erkannt, daß ihre früheren Vertreter S [REDACTED] und C [REDACTED] der Klägerin durch den Mietvertrag ganz außergewöhnliche Vorteile eingeräumt hätten. Das sei bewiesen durch das Gutachten des Sachverständigen Weber, der ausgeführt habe, es sei "völlig unüblich", daß von Vermietern "solche weitgehenden Verpflichtungen" übernommen würden.

Der Mietvertrag sei auch deshalb von Nachteil für die Beklagte, weil keine der Bierbezugsverpflichtungen, welche die Beklagte für das Einkaufszentrum übernommen hatte, an die Klägerin weitergegeben worden sei, weil ferner die mit der Firma H [REDACTED] vereinbarte

"Meistbegünstigungsklausel", Dritten keine günstigeren Bedingungen einzuräumen, durch die qm-Miete von nur 5 DM verletzt worden sei, und weil schließlich im Gegensatz zu den Mietverträgen mit den meisten anderen Mietern im Mietvertrag mit der Klägerin nicht deren Beitritt zu einem Mieterverband vereinbart worden sei, dessen Ziel die allgemeine Förderung des Einkaufszentrums gewesen sei. Als die neuen Vertreter der Beklagten hiervon erfahren hätten, sei die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien nachhaltig erschüttert worden.

Auch daraus, daß die Geschäftsführer der Beklagten es versäumt hätten, den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Beklagten zu stellen, ergebe sich das Recht zur fristlosen Kündigung; denn es sei der Beklagten nicht zuzumuten gewesen, den langfristigen Vertrag mit seinen erheblichen Verpflichtungen für sie mit einer Gesellschaft weiterlaufen zu lassen, deren Vertretungsorgane ihren gesetzlichen Verpflichtungen schon bei ihr selbst nicht nachgekommen seien.

Die Unzuverlässigkeit der Geschäftsführer S [REDACTED] und C [REDACTED] und damit ein weiterer Grund für die fristlose Kündigung habe sich für die neue Geschäftsführung der Beklagten auch daraus ergeben, daß sie außergewöhnliche Aufwendungen der Herren S [REDACTED] und C [REDACTED] für Besuche in Bars festgestellt habe.

b) Diese Begründung steht mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht in Einklang.

Wird die außerordentliche Kündigung eines Mietvertrages mit Tatsachen begründet, die nicht in der Person oder zumindest im Risikobereich des anderen Vertragsteils liegen, so ist die Kündigung nur gerechtfertigt, wenn die Geschäftsgrundlage weggefallen ist oder sich nachträglich verändert hat (Senatsurteil vom 7. Juli 1971 - VIII ZR 10/70 = WM 1971, 1300). Die Annahme einer Änderung der Geschäftsgrundlage setzt jedoch eine Ausnahmesituation voraus. Umstände, die in den Risikobereich einer Partei fallen, geben dieser in aller Regel nicht das Recht, sich unter Berufung auf § 242 BGB vom Vertrag zu lösen, weil die Rechtsfolgen der Änderung der Geschäftsgrundlage nicht zu einer Beseitigung der im Vertrag liegenden Risikoverteilung führen dürfen (Senatsurteile vom 20. Mai 1970 - VIII ZR 197/68 = NJW 1970, 1313 = WM 1970, 907; vom 22. Mai 1978 - VIII ZR 188/77 = WM 1978, 1008; vom 24. Januar 1979 - VIII ZR 56/78 = NJW 1979, 1404 = WM 1979, 500).

Die Gesichtspunkte, die das Berufungsgericht als die Kündigung rechtfertigend ansieht, fallen aber sämtlich in den Gefahrenkreis der Beklagten. Das gilt gerade auch für die angeblichen Nachteile, welche der Mietvertrag für die Beklagte mit sich brachte, denn diese sind ihr, folgt man ihrem Vorbringen, durch das Verhalten ihrer eigenen früheren Geschäftsführer entstanden. Auch die erst nach Vertragschluß und nach Übernahme der Geschäftsanteile erkannte Unzuverlässigkeit ihrer früheren Geschäftsführer hat die Beklagte sich selbst zuzurechnen. Daß Shefsky auch für die Gegenseite tätig war, vermag an dieser grundsätzlichen Risikoverteilung nichts zu ändern.

29

5. Dennoch kann es der Klägerin verwehrt sein, Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag herzuleiten, nämlich dann, wenn die damaligen Vertreter der Beklagten bei Abschluß des Mietvertrages mit der Klägerin bewußt zum Nachteil der Beklagten gehandelt haben und, was naheliegt, S[REDACTED] als Vertreter der Klägerin dies erkannt hat.

a) Grundsätzlich hat allerdings der Vertretene das Risiko eines Vollmachtmißbrauchs zu tragen. Gleichwohl entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 143, 196, 201; 145, 311, 315) und des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 25. März 1964 - VIII ZR 280/62 = WM 1964, 505 = MDR 1964, 592; vom 28. Februar 1966 - VII ZR 125/65 = NJW 1966, 1911 = WM 1966, 491; vom 25. März 1968 - II ZR 208/64 = BGHZ 50, 112, 114 = NJW 1968, 1379; vom 17. Oktober 1973 - VIII ZR 67/72 = WM 1973, 1318 = Betrieb 1973, 2340; vom 15. Dezember 1975 - II ZR 148/74 = WM 1976, 658 = MDR 1976, 913), daß der Vertretene gegen einen erkennbaren Mißbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum anderen Vertragsteil dann geschützt ist, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in einer Weise Gebrauch macht, daß sich beim anderen Vertragsteil der Verdacht eines Treueverstosses des Vertreters gegenüber dem Vertretenen geradezu aufdrängt. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Vertretungsmacht, wie etwa gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG oder § 126 Abs. 2 HGB Dritten gegenüber nicht beschränkbar ist.

b) Der Umstand, daß der Klageantrag auf Feststellung des Bestehens des Mietvertrages gerichtet

ist, die Annahme eines bewußten und von S [REDACTED] erkannten Vollmachtmißbrauchs aber nach der vorgenannten Rechtsprechung nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führt, sondern nur zur Folge haben kann, daß der Klägerin die Geltendmachung von Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen verwehrt ist, steht einer Prüfung dieses Gesichtspunktes nicht entgegen, denn die Auslegung des Klageantrags ergibt, daß die Klägerin die Feststellung der Wirksamkeit eines Vertrages begehrt, aus dem sie Ansprüche herleiten kann. Im übrigen wäre das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse an der Feststellung der Wirksamkeit eines Vertrages, aus dem sich keine Rechte mehr ergeben, zu verneinen.

c) Das Berufungsgericht hat unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Vertretungsmacht die Berechtigung des Klageabweisungsantrags nicht geprüft. Seine Feststellungen, welche es im Zusammenhang mit der Entscheidung der Frage der Berechtigung der fristlosen Kündigung der Beklagten vom 15. Juni 1963 getroffen hat, reichen nicht aus, um dem Senat eine Entscheidung in der Sache zu ermöglichen.

aa) Von den für die Berechtigung der Kündigung der Beklagten vom Berufungsgericht erörterten Gründen kommen für den rechtlichen Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Vertretungsmacht nur diejenigen in Betracht, welche das Zustandekommen des Mietvertrages betreffen und zu besonderen Vorteilen für die Klägerin und zu Nachteilen für die Beklagte geführt haben.

bb) Das Berufungsgericht nimmt "ganz außergewöhnliche Vorteile" zugunsten der Klägerin sowie Nachteile für die Beklagte an, ohne den Sachvortrag beider Parteien erschöpfend zu würdigen. Mit Recht beanstandet die Revision, daß es lediglich das Gutachten des Sachverständigen W[REDACTED] übernommen und wesentliches Vorbringen übergangen hat.

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Mietvertrag weise ganz außergewöhnliche Vorteile zugunsten der Klägerin auf, weil es "völlig unüblich" sei, daß von Vermietern solch "weitgehende Verpflichtungen" ohne Gegenleistung übernommen würden, enthält keine greifbare tatsächliche Feststellung. Es kommt nicht zum Ausdruck, worin im einzelnen die Vorteile liegen sollen. Zwar ist anzunehmen, daß das Berufungsgericht die Begründung des Gutachtens des Sachverständigen W[REDACTED] übernommen hat. Jedoch tragen auch dessen Ausführungen, wie die Revision zu Recht rügt, eine solche Schlußfolgerung nicht. Er begnügt sich mit einer Gegenüberstellung von Baubeschreibungen und meint, daß die Beklagte als Vermieterin insoweit weitgehende Verpflichtungen übernommen habe. Wieso diese als ganz außergewöhnlich zu bezeichnen sind, wird nicht dargelegt. Unüblichkeit mag ein Anhaltspunkt sein, zwingt aber nicht zu der Folgerung, die Vertragsgestaltung sei außergewöhnlich. Daß dem Sachverständigen Ähnliches nicht bekannt ist (GA Bd. IV S. 599), ist gleichfalls nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr die konkrete Marktsituation.

Übergangen wurde in diesem Zusammenhang, wie die Revision ebenfalls zu Recht rügt, der Vortrag der

Klägerin, die Bowling-Bahn habe einen besonderen Anziehungspunkt für das Einkaufszentrum darstellen sollen, man habe mit diesem Spekulationsobjekt Neuland betreten und dies rechtfertige günstige Konditionen (Bd. III S. 293). Dieser Vortrag ist geeignet, etwa unübliche Vorteile zu erklären, und steht möglicherweise der Feststellung entgegen, daß der Klägerin unter Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch B [REDACTED] und C [REDACTED] ganz außergewöhnliche Vorteile eingeräumt worden sind.

Das Berufungsgericht folgt dem Sachverständigen weiterhin darin, daß die Nichtweitergabe der Bierbezugsbindung für die Beklagte von Nachteil gewesen sei, ohne selbst den Prozeßstoff zu würdigen. Hierzu hat die Klägerin Ausführungen gemacht (Bd. I S. 180, 181, IV S. 478), wonach eine schriftliche Festlegung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entbehrlich war.

Bezüglich der Außerachtlassung der Meistbegünstigungsklausel im Vertrag mit der Firma H [REDACTED] übernimmt das Berufungsgericht gleichfalls die Wertung des Sachverständigen, ohne auf den Vortrag der Klägerin (Bd. III S. 366) einzugehen, wonach die Umgehung der Klausel nicht beabsichtigt war.

Ob die fehlende Beitrittspflicht zum Mieterverband, die allenfalls die Klägerin begünstigt, ohne die Beklagte zu benachteiligen, überhaupt von Bedeutung ist, ist zweifelhaft. Auch insoweit übernimmt das Berufungsgericht die Würdigung des Sachverständigen, obwohl die Klägerin (Bd. III S. 292) dargelegt hat, warum diese Verpflichtung nicht in den Mietvertrag aufgenommen wurde.

III. Nach allem erweist sich die Revision als begründet.

Eine Entscheidung in der Sache ist dem Senat aus den oben dargelegten Gründen nicht möglich.

1. In der erneuten Verhandlung wird unter Beachtung der obigen Ausführungen festzustellen sein, ob der Mietvertrag für die Beklagte außergewöhnliche Nachteile und entsprechende Vorteile für die Klägerin enthielt, und ob die für die Beklagte bei Vertragsschluß tätigen Geschäftsführer B. [REDACTED] und C. [REDACTED] sich dessen bewußt waren. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht, was bisher versäumt wurde, auch die Mietzinsgestaltung in seine Überlegungen einzubeziehen haben. Hier fällt auf, daß die Beklagte nach ihrem unbestrittenen Vortrag (Bd. I S. 102, 103) bei der durch ihre neue Geschäftsführung erfolgten Vermietung der ins Kellergeschoß verlegten Bowling-Anlage selbst nur einen Mietzins von 5 DM pro qm monatlich, in zwei Sommermonaten 4 DM, zuzüglich einer 10 %igen Beteiligung am Umsatz der Bowling-Bahn und des Restaurants erzielt hat, andererseits aber die im Mietvertrag vom 23. November 1962 vereinbarte qm-Miete als viel zu niedrig beurteilt.

Bei der Abwägung, ob die von der Beklagten übernommenen Verpflichtungen hinsichtlich der Ausstattung des Mietobjekts auf einen Mißbrauch der Vertretungsmacht ihrer früheren Vertreter schließen lassen, wird ferner der Vortrag der Klägerin (Bd. IV S. 477) zu würdigen sein, die Beklagte habe auch der ihr genehmen Mieterin der Bowling-Anlage im Einkaufszentrum, der

M[REDACTED]-Bowling O. W. G[REDACTED] KG, alle Einrichtungen, einschließlich Bar, Küche, Möbel und Geschirr gestellt und auf eigene Kosten eine Decke eingezogen.

2. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Treier

Dr. Brunotte