

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 566

- a) Das erste Jahr, für dessen Schluß die Kündigung nach § 566 BGB frühestens zulässig ist, rechnet jedenfalls bei einem noch nicht vollzogenen Mietvertrag vom Abschluß des Vertrags und nicht von der Übergabe der Mietsache an.
- b) Wird ein nach § 566 BGB formgemäß abgeschlossener Mietvertrag ohne Beachtung der gesetzlichen Schriftform geändert und gilt damit als für unbestimmte Zeit abgeschlossen, so beginnt die Mindestlaufzeit mit Abschluß des Änderungsvertrags.

BGH, Urt. v. 29. Oktober 1986 - VIII ZR 253/85 - Kammergericht
Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 253/85

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
29. Oktober 1986
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

E- -G- mbH & Co. KG, vertreten
durch die Eu- -Ce- Be- gesellschaft mbH, diese
vertreten durch ihren Geschäftsführer Karl H. P- ,
Er- -R- -Platz -, B- ,

Beklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

g e g e n

Hans-Joachim J- , I- straße -, B- ,

Kläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

WI

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1986 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Brunotte und Dr. Zülch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. Juli 1985 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist Eigentümerin des Eu- -Ce- in B- . Unter dem 3. August 1979 schlossen die Parteien einen schriftlichen Mietvertrag, aufgrund dessen dem Kläger im Untergeschoß ca. 700 qm und im Erdgeschoß ca. 50 qm zum Betrieb einer "Diskothek mit Restauration" zum 1. April 1980 für die Dauer von zehn Jahren zu einem monatlichen Mietzins von 17.500,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer überlassen werden



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sollten. In den zusätzlichen Vereinbarungen zum Mietvertrag ist unter Position X. geregelt, welche Arbeiten und Baumaßnahmen die Parteien auszuführen haben. Die Beklagte sollte danach die erforderlichen Notausgänge erstellen (Nr. 7).

Mit Schreiben vom 10. Mai 1980 wandte sich der Kläger an die Beklagte und wies sie darauf hin, daß abweichend vom Mietvertrag vom 3. August 1979 anlässlich eines Gesprächs Einigkeit über andere Flächen und Preise und über sonstige verschiedene Änderungen bestanden habe. Die Beklagte bestätigte dieses Schreiben unter dem 27. Juni 1980 mit gewissen Abweichungen, die jedoch - das haben die Parteien klargestellt - ihrer wirksamen Einigung über die Vertragsänderung nicht entgegenstanden.

Die Beklagte richtete unter dem 8. Oktober 1981 eine Bauvoranfrage an das zuständige Bezirksamt, das die Anfrage unter dem 23. November 1981 im Hinblick auf nicht ausreichende Fluchtwege abschlägig beschieden hat; der Bescheid ist bestandskräftig. In der Folgezeit wurden wegen der Anlage der Fluchtwege keine Fortschritte erzielt. Die Beklagte erklärte unter dem 20. Januar 1982, der Kläger habe sich nach ihrer Meinung selber um die notwendige behördliche Genehmigung bemühen müssen. Nach weiteren Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien kündigte die Beklagte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 12. Februar 1982 fristlos, vorsorglich fristgemäß zum 30. Juni 1982. Sie wiederholte ihre Kündigung unter dem 10. Mai 1982. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, daß die bis dahin nicht überlassenen Räumlichkeiten dem Kläger auch nicht mehr übergeben werden können, weil sie seit Herbst 1982 anderweitig vermietet worden sind.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Höhe eines erststelligen Teilbetrags von 100.000,-- DM nebst Zinsen in Anspruch. Die ihm nach seiner Behauptung entstandenen Schäden beziffert er wie folgt:

entgangener Gewinn monatlich vor Steuern	350.000,-- DM
Aufwendungen für Einrichtungen	465.235,89 DM
Zahlung an wirtschaftlich Beteiligte (T■■■■ AG)	300.000,-- DM.

Der Kläger stützt die Klagforderung auf den entgangenen Gewinn vor Steuern für die Monate Juli bis Dezember 1982, hilfsweise auf die von ihm vorgenommenen Aufwendungen und weiter hilfsweise auf die an die T■■■■ AG geleisteten Beträge.

Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben, und zwar wegen des in erster Linie geltend gemachten Anspruchs auf Ersatz von entgangenem Gewinn. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte den Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Ersatz des Gewinnausfalls dem Grunde nach bejaht, weil die Beklagte aus positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet sei. Die Vertragsverletzung sieht es

in einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung der Beklagten. Sie habe zumindest durch die beiden Kündigungen vom 12. Februar 1982 und 10. Mai 1982 deutlich zu erkennen gegeben, daß sie an eine Erfüllung des Vertrags mit dem Kläger nicht denke. Demzufolge habe sie die Mieträume inzwischen anderweitig vermietet.

Der Mietvertrag sei - so führt das Berufungsgericht im einzelnen aus - weder aufschiebend bedingt durch die Erteilung der Ausbaugenehmigung für die Mieträume noch im Sinne von § 306 BGB auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen. Ebensowenig sei er durch Kündigung der Beklagten beendet worden. Zwar genüge der durch den Schriftwechsel der Parteien vom 10. Mai/27. Juni 1980 geänderte Mietvertrag vom 3. August 1979 nicht (mehr) der Schriftform der §§ 566, 126 BGB. Die damit nach § 566 BGB für die erstmalige Kündigung maßgebliche Jahresfrist ("...; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig") sei indessen nicht in Lauf gesetzt worden. Denn mit ihr sei das erste Jahr ab Beginn des Miet v e r h ä l t n i s s e s gemeint, das mangels Übergabe der Mieträume nicht begonnen habe.

II. Das Berufungsurteil ist nicht frei von Rechtsfehlern und kann auch im Ergebnis nicht aufrechterhalten werden.

Der Mietvertrag als Grundlage des vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruchs für entgangenen Gewinn in den Monaten Juli 1982 bis Dezember 1982 hat während dieser Zeit nicht mehr bestanden.

1. a) Der Mietvertrag vom 3. August 1979 und die zusätzlichen Vereinbarungen zum Mietvertrag sind in einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde niedergelegt. Aus dem Inhalt der Urkunde folgen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vertrags. Das Berufungsgericht hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und damit nichtig war (§ 306 ZPO). Das verneint es. Vielmehr komme nur nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung in Betracht, weil die Genehmigung für die Schaffung der erforderlichen Notausgänge versagt worden sei. Aber auch sie liege nicht vor, denn der Bescheid vom 23. November 1981 auf die Voranfrage vom 8. Oktober 1981 betreffe lediglich die in der Voranfrage genannte Lösungsmöglichkeit für die Fluchtwege im Untergeschoß. Es sei nicht ersichtlich und nicht vorgetragen, daß andere Lösungsmöglichkeiten nicht bestünden oder zumindest nicht bestanden hätten, insbesondere die Lösungsmöglichkeit, die Gegenstand der Besprechung vom 10. April 1980 war.

Das beanstandet die Revision mit ihrer Verfahrensrüge (§ 286 ZPO), das Berufungsgericht habe ihre gegenteiligen Behauptungen übergangen. Es kommt darauf jedoch nicht an, denn nach dem für die Revisionsinstanz maßgebenden Prozeßstoff kommt hier nur eine Haftung der Beklagten nach § 538 BGB in Betracht, der die Regeln über die Unmöglichkeit verdrängt und nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 93, 142) auch dann gilt, wenn, wie hier, die Mietsache dem Mieter noch nicht überlassen worden ist. Konnte die Beklagte dem Kläger die vermieteten Räume nicht in einer für den vertragsmäßigen Gebrauch tauglichen Beschaffenheit überlassen, weil die vorge-

sehenen Notausgänge nicht genehmigt wurden und auch nicht genehmigt werden konnten, so hatte der Kläger wegen eines sog. anfänglichen Sachmangels i.S. des § 538 BGB Anspruch auf Schadensersatz (vgl. BGHZ 68, 294) und damit auch Anspruch auf Ersatz des ihm entgangenen Gewinns. Einer abschließenden Entscheidung bedarf es insoweit allerdings dann nicht, wenn der Mietvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde und diese Bedingung nicht eingetreten ist, oder wenn der wirksam zustande gekommene Vertrag durch Kündigung aufgelöst war und in dem Zeitraum, für den Ersatz entgangenen Gewinns verlangt wird, nicht mehr bestand.

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Mietvertrag nicht aufschiebend bedingt gewesen. Das Berufungsgericht führt hierzu aus: Bereits in dem dem Abschluß des Mietvertrags zeitlich vorausgehenden Schreiben des Klägers vom 7. Juli 1979 sei vorgesehen, daß der Vermieter die erforderlichen Notausgänge schaffe. Daraus ergebe sich, daß dieser Punkt von den Parteien für regelungsbedürftig gehalten und Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen sei und insbesondere der Kläger Wert darauf gelegt habe, daß die Anlage der erforderlichen Notausgänge von der Beklagten übernommen werde, wie es dann in § 18 X. 7 geschehen sei. Das schließe es jedenfalls aus der Sicht des Klägers aus, die Erfüllung einer Vertragspflicht (Einrichtung der erforderlichen Notausgänge) zur Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrags überhaupt zu machen.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht stellt ersichtlich darauf ab, daß die Beklagte zur Schaffung der Notausgänge verpflichtet war, deren behördlich genehmigte Anlage also nicht etwa erst zu einer wirksamen vertraglichen Verpflichtung führte. Das ist - wenn nicht zwingend -

jedenfalls naheliegend. Auch die weitere Beanstandung der Revision, das Berufungsgericht habe wesentlichen Auslegungsstoff unberücksichtigt gelassen, greift nicht durch. Sie stützt sich hierbei neben allgemeinen Erwägungen auf die Systematik des Mietvertrags. Dieser gliedert sich in einen technischen Abschnitt, in dem die von beiden Parteien jeweils zu erbringenden Leistungen beschrieben werden, und einen die Genehmigungsproblematik behandelnden Teil (Nr. 1.4 und 10.1), der indessen zu den Rechtsfolgen des Ausbleibens der Genehmigung schweige. Auch hieraus ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte für die Auslegung, daß der Mietvertrag durch die behördliche Genehmigung für die von der Beklagten anzulegenden Notausgänge aufschiebend bedingt sein sollte. Daher bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, auf die von der Revision aufgezeigten Zusammenhänge besonders einzugehen. Schließlich ergibt der Prozeßstoff auch nichts dafür, daß durch die Änderungsvereinbarung die ursprüngliche Risikoverteilung abweichend geregelt worden ist.

c) Der Vertrag ist jedoch schon vor Juli 1982 durch Kündigung beendet worden. Die Parteien haben den Mietvertrag vom 3. August 1979, der dem Formerfordernis des § 566 i.V.m. § 126 BGB entspricht, durch ihren Schriftwechsel vom 10. Mai/27. Juni 1980 geändert; darüber besteht kein Streit. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß diese Änderung des Mietvertrags ihrerseits nicht die Form des § 566 BGB erfüllt. Das Antwortschreiben richtet sich zwar in seinem Aufbau nach dem Ausgangsschreiben. Das reicht jedoch nicht aus, um gleichlautende Urkunden im Sinn von § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB anzunehmen.

aa) Die nicht der Form des § 566 BGB entsprechende Abänderung führt dazu, daß auch der ursprüngliche, formgerecht zustandegekommene Vertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt (BGHZ 50, 39, 43; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 4. Aufl., Rz. 37, 38). Eine der von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen (z.B. bloße Vertragsverlängerung, Änderung von Nebenpunkten) ist nicht ersichtlich und wird mit der Revisionserwiderung auch nicht geltend gemacht. Immerhin ging es bei der Änderung um die Einbeziehung weiterer Mietflächen, eine abweichende Regelung des Mietzinses für die Fläche im Erdgeschoß sowie den Zeitpunkt für den Beginn des Mietverhältnisses. Andererseits geht die Ansicht der Revision fehl, daß die nicht der Form des § 566 BGB entsprechende Vertragsänderung über § 139 BGB zur Nichtigkeit des ganzen Vertrags führe. § 566 BGB sieht als Ausnahme gegenüber §§ 125, 139 BGB gerade keine Nichtigkeit bei Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Schriftform vor (vgl. RGRK-Gelhaar, BGB, 12. Aufl., § 566 Rdn. 14 m.w.N.).

bb) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, wenn in § 566 Satz 2 Halbsatz 2 BGB bestimmt werde, daß die Kündigung nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig sei, so bedeute das, daß damit das erste Jahr ab Beginn des Mietverhältnisses gemeint sei. Hier habe die Beklagte nicht wirksam gekündigt, weil das Mietverhältnis mangels Übergabe der Mieträume nicht begonnen habe. Diese Rechtsansicht trifft nicht zu.

Das Berufungsgericht brauchte von seinem Standpunkt aus nicht zu prüfen, ob die Schreiben des von der Beklagten beauftragten Rechtsanwalts vom 12. Februar 1982 und 10. Mai 1982 eine wirksame Kündigung enthalten und den Mietvertrag nach §§ 566, 565 ZPO beendet haben. Das ist bereits für das erstgenannte Schreiben zu bejahen, dessen Zugang unstreitig ist (vgl. Bestätigungsschreiben des vom Kläger beauftragten Rechtsanwalts vom 16. Februar 1982). Zwar enthält es in erster Linie eine fristlose Kündigung, die darauf gestützt wird, daß der Kläger trotz Fälligkeit die rückständige Miete für die Zeit vom 1. August 1980 bis 31. Januar 1982 nicht bezahlt habe. Einen Grund zur fristlosen Kündigung hat bereits das Landgericht - nicht weiter angegriffen - verneint, weil der Kläger mit Mietzahlungen nicht in Verzug gewesen sei. Die vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung zum 30. Juni 1982 ist aber wirksam.

Es ist streitig, wann die nach § 566 letzter Halbsatz BGB einzuhaltende Mindestlaufzeit beginnt, wobei im vorliegenden Fall noch der besondere Umstand berücksichtigt werden muß, daß auch bei Abschluß des Änderungsvertrags die Mietsache nicht dem Mieter überlassen war. Der erkennende Senat hat schon entschieden, daß die ordentliche Kündigung auch eines noch nicht vollzogenen, auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrags zulässig ist und die - gesetzliche oder vertragliche - Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigungserklärung beginnt (BGHZ 73, 350; dazu kritisch hinsichtlich der Kündigungsfrist Soergel/Kummer, BGB, 11. Aufl., § 564 Rdn. 11 m.w.N.). Daran ist festzuhalten. Im Fall des § 566 BGB wird - ebenso wie vom Berufungsgericht - die Meinung vertreten, die Mindestlaufzeit beginne erst

mit Überlassung der Sache (Staudinger/Emmerich, BGB, 2. Bearb. 1981, § 566 Rdn. 53; Roquette, Mietrecht, § 566 Rdn. 56; Pergande, Wohnraummietrecht, § 566 Anm. 3, 5). Soweit erst der Formmangel eines Änderungsvertrags dazu geführt hat, daß der Mietvertrag nach § 566 BGB als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt, halten allerdings auch diese Autoren den Abschluß des Änderungsvertrags für den maßgeblichen Zeitpunkt (so generell Erman/Schopp, BGB, 7. Aufl., § 566 Rz. 11; nach Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl., S. 169 bei Fn. 89 ist ebenfalls ohne Belang, wann die Mietsache übergeben worden ist). Das muß gleichermaßen für die hier gegebene - vom Schrifttum bisher wohl nicht berücksichtigte - Sachlage gelten, daß die Mietsache vor Abschluß des Änderungsvertrags nicht übergeben war. Es besteht kein einleuchtender Grund, die Vertragsparteien anders zu behandeln, als bei einem von vornherein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrag. Mit der in § 566 BGB vorgesehenen Mindestlaufzeit sollte ein begrenzter Schutz des Mieters auch bei formloser Vereinbarung eines langfristigen Vertrags gewährleistet bleiben (vgl. Staudinger/Emmerich aaO Rdn. 4). Er würde in einer vom Gesetzeszweck nicht gedeckten Weise überdehnt werden, wenn der Vermieter, obwohl der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt und daher der ordentlichen Kündigung unterliegt, für weitaus längere und möglicherweise nicht absehbare Zeit als ein Jahr an der Vertragsbeendigung gehindert wäre, weil die Übergabe der Mietsache vereinbarungsgemäß oder rein tatsächlich dem Vertragsschluß mit erheblichem Abstand nachfolgt oder sogar unterbleibt. Andererseits ist es richtig, auf den Abschluß des Änderungsvertrags und nicht des Ausgangsvertrags abzustellen; denn erst mit dem Änderungsvertrag wird der auf feste Zeit abgeschlossene Mietvertrag in einen für unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag umgewandelt (vgl. Roquette aaO). Offenbleiben kann

hier, ob bei einem v o l l z o g e n e n Mietvertrag dem Zeitpunkt der Übergabe der Mietsache möglicherweise Bedeutung für die Berechnung der Mindestlaufzeit zukommt.

Der Formmangel hat hier mithin zur Folge, daß der Vertrag unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen (§§ 564 Abs. 3, 565 BGB) zum Ablauf des Vertragsjahres gekündigt werden konnte, das mit Abschluß der Änderungsvereinbarung vom 10. Mai/27. Juni 1980 begonnen hatte (vgl. RGZ 59, 245, 246 f; Palandt/Putzo, BGB, 45. Aufl., § 566 Anm. 4 a). Die Kündigung vom 12. Februar 1982 ist sogar erst nach Ablauf der "Jahresfrist" erklärt worden und beendete zum 30. Juni 1982 den Mietvertrag.

cc) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung verstößt die Kündigung nicht gegen Treu und Glauben. Zwar hat der Bundesgerichtshof auch gegenüber der Formvorschrift des § 566 BGB den Einwand des Rechtsmißbrauchs gelegentlich durchgreifen lassen (vgl. BGHZ 65, 49, 55; Soergel/Kummer aaO, § 566 Rz. 28 m.w.N.; Wolf/Eckert aaO Rz. 38; s. zur Problematik aus jüngster Zeit auch Senatsurteil vom 26. Februar 1986 - VIII ZR 34/85, WM 1986, 772 unter II. 2). Hierfür reicht jedoch nicht aus - worauf sich indessen der Kläger beruft -, daß die Parteien bei Abschluß des Mietvertrags und seiner Änderung von einer Vertragsdauer von mindestens zehn Jahren ausgegangen seien. Gerade die langfristige Bindung ist es, deren Bestand nach § 566 BGB von der Einhaltung der Schriftform abhängig gemacht wird. Hierbei hat der Gesetzgeber bewußt nicht zwischen der Bindung der Vertragspartner untereinander und eines Grundstückserwerbers unterschieden (vgl. MünchKomm/Voelskow, BGB, § 566 Rdn. 3).

2. Ist mithin der Mietvertrag wirksam zum 30. Juni 1982 gekündigt worden, so steht dem Kläger der ihm vom Oberlandesgericht dem Grunde nach zugesprochene Anspruch nicht zu. Denn die entsprechende Schadensersatzpflicht des Vermieters ist ihrer Natur nach auf die Zeit der vertraglichen Bindung der Parteien beschränkt (vgl. Senatsurteil vom 15. Juni 1964 - VIII ZR 255/62, WM 1964, 831, 833 unter II. 1 und vom 12. Januar 1972 - VIII ZR 26/71, WM 1972, 335, 337 unter I. 2 a). Die Bejahung eines Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung wegen grundloser f r i s t l o s e r Kündigung durch die Beklagte würde zu keinem anderen Ergebnis führen, so daß hier auf das Konkurrenzverhältnis zwischen dieser vom Berufungsgericht angenommenen Anspruchsgrundlage und der mietrechtlichen Gewährleistung nicht eingegangen zu werden braucht (vgl. dazu Senatsurteil vom 28. November 1979 - VIII ZR 302/78, WM 1980, 312 unter A I. 2).

Nach alledem kann die Verurteilung der Beklagten nicht aufrechterhalten werden. Die Sache ist jedoch nicht zur abschließenden Entscheidung reif, weil der Kläger seinen Antrag hilfsweise auf andere - nicht von vornherein unerhebliche - Schadenspositionen gestützt hat, auf die es nach der von den Vorinstanzen zugrundegelegten Rechtsansicht nicht ankam. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, damit über die hilfsweise geltend gemachten Schadenspositionen entschieden werden kann. Dem Berufungsgericht war auch die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängige Kostenentscheidung zu übertragen.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Zülch