Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 306, 307, 538, 537, 276 Fa

a) Die Vorschriften über die Sachmängelhaftung im Mietrecht verdrängen jedenfalls dann die Bestimmungen über anfängliche Unmöglichkeit, wenn die Mietsache dem Mieter überlassen worden ist.

b) Neben der mietrechtlichen Gewährleistungshaftung aus §§ 537 ff BGB kommt eine aus Mängeln der Mietsache abgeleitete Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß nicht in Betracht.

BGH, Urt. v. 28. November 1979 - VIII ZR 302/78 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 302/78 **URTEIL**

Verkündet am
28. November 1979
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma O[redacted] Versand KG, W[redacted]straße [redacted] in H[redacted], gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, Firma Neue He[redacted] Versand-Beteiligungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Günter N[redacted] und Max K[redacted],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

die Firma A[redacted], Allgemeine F[redacted]- und G[redacted]-[redacted]gesellschaft mbH & Co. KG, Niederlassung N[redacted], B[redacted]straße [redacted] in M[redacted], gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Firma A[redacted] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Carlheinz K[redacted], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

20

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Wolf und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. September 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien schlossen am 30. März 1973 einen Mietvertrag über einen gewerblich zu nutzenden Raum auf die Dauer von fünf Jahren beginnend am 1. April 1973. Die Klägerin hatte einen monatlichen Mietzins von 10 439,55 DM zu entrichten. In dem Vertrag heißt es u.a.:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"I. Mietgegenstand

1. In dem auf dem Grundstück in M[redacted], I[redacted] Straße [redacted] (Textilcenter) bestehenden Lager- und Bürogebäude werden vom Vermieter (Beklagte) an den Mieter (Klägerin) folgende Flächen vermietet:

Untergeschoß ca. 1 500 qm Ausstellungs-, Verkaufs- und Lagerfläche.

...."

Die Klägerin beabsichtigte, in dem Mietobjekt im Rahmen ihres Programms "O[redacted]-Wohnen" neben Möbeln auch Elektrogeräte (Radio-, Fernseh- und Phonogeräte sowie Haushaltsgeräte), Heimtextilien und sonstige Textilwaren anzubieten. Vorrätige Ware sollte dem Kunden sofort ausgehändigt werden. Die Eröffnung des Geschäfts war für den 28. Juni 1973 vorgesehen.

Mit Fernschreiben vom 12. Juni 1973 erklärte die Beklagte die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses. Zur Begründung wird in dem Schreiben u.a. ausgeführt:

"Diese Auflösung (des Mietverhältnisses) ist notwendig, weil Sie entgegen den Vereinbarungen offenbar auch Textilwaren in den Mieträumen führen wollen.

Im übrigen haben wir aufgrund unserer Überprüfungen feststellen müssen, daß Sie nicht in der Lage sind, Ihre Zusage einzuhalten, keinen Verkauf an Endverbraucher durchzuführen. Dies ist aber, wie Sie wissen, die Grundlage für den gesamten Betrieb unseres Hauses in der I[redacted] Straße [redacted].

Wir müssen daher hiermit den Mietvertrag vom 15./30. März 1973 anfechten bzw. fristlos kündigen...."

Gleichzeitig ließ die Beklagte fast alle von der Klägerin eingebrachten Gegenstände entfernen und in einem Nebenraum einlagern. Außerdem verschweißte sie die Zugangstüren zu dem Mietobjekt. Noch am gleichen Tag vermietete die Beklagte die Mieträume an die W[redacted] W[redacted] Wi[redacted] Fa[redacted] Handelsgesellschaft mbH aus München (im folgenden: W[redacted]) und übergab ihr die Schlüssel.

Am 15. Juni 1973 setzte sich die Klägerin, nachdem sie eine einstweilige Verfügung erwirkt hatte, in den Besitz der Räumlichkeiten und baute neue Schlösser ein.

Mit einem an die Klägerin gerichteten Bescheid vom 3. Juli 1973 verfügte die Lokalbaukommission der Stadt M[redacted] die sofortige Einstellung von Einrichtungsarbeiten, die von den Parteien nach Abschluß des Mietvertrages durchgeführt wurden, weil eine Baugenehmigung für den Umbau des Mietraumes fehle.

Am 2. August 1973 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis fristlos mit der Begründung, die Beklagte habe sie fortlaufend im Mietbesitz gestört; daher sei ihr - der Klägerin - die Fortsetzung des Vertrages nicht zumutbar.

Die Klägerin hat die Beklagte wegen Verletzung des Mietvertrages auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen, der ihr durch den entgangenen Mietgebrauch entstanden ist. Sie hat einen Betrag von 2 072 563,83 DM geltend gemacht und auf Feststellung geklagt, daß ihr

auch der weitergehende Schaden zu ersetzen sei. Mit der Begründung, das Verhalten der Beklagten und der W[redacted] lasse ein vorwerfbares einverständliches Zusammenwirken bei der Schadenszufügung erkennen, hatte die Klägerin auch Klage gegen die W[redacted] (die frühere Beklagte zu 2) erhoben.

Das Landgericht hat die gegen die WWF gerichtete Klage abgewiesen. Den gegenüber der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch hat es dagegen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen; das Urteil ist rechtskräftig, soweit die Klage gegen die W[redacted] gerichtet war. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A.

I. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 538 BGB verneint. Die Frage, ob der der Klägerin nach dem Mietvertrag vom 30. März 1973 zu überlassende Raum auch zum Verkauf von Waren vermietet wurde, hat es dahingestellt

gelassen. Für den Fall, daß dies nicht zutreffen sollte, hat es eine Schadensersatzpflicht der Beklagten mit der Begründung verneint, der von der Klägerin geplante Gebrauch der Mietsache als Verkaufsraum wäre vertragswidrig gewesen. Für den Fall, daß die Mietsache der Klägerin auch zum Verkauf ihrer Waren überlassen wurde, hat es angenommen, es kämen dann zwar die Vorschriften über die mietrechtliche Gewährleistung zur Anwendung; die Mietsache sei fehlerhaft gewesen, weil sie von der Baubehörde nur als Lagerkeller genehmigt gewesen sei und nicht den Anforderungen entsprochen habe, die nach der Bayerischen Landesverordnung über Waren- und Geschäftsräume (Warenhausverordnung - WaV) vom 25. November 1964 (Bay. GVBl 1965, 2) an Verkaufsräume gestellt würden. Der Klägerin stehe dann aber deshalb kein Schadensersatzanspruch zu, weil ihr der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei (§ 539 Satz 2 BGB).

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Ist der Klägerin der Raum zur Nutzung auch als Verkaufsfläche vermietet worden, wovon für die Revisionsinstanz auszugehen ist, so trägt die Begründung des angefochtenen Urteils das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis nicht.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Mietsache sei mit einem Sachmangel im Sinne der §§ 537 ff BGB behaftet, weil sie aufgrund der Anforderungen der Bayerischen Warenhausverordnung nicht als Verkaufsraum habe genutzt werden können, ist nicht zu

beanstanden. Nach der Rechtsprechung des Senats sind auch öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen ein Sachmangel, sofern sie - wie hier - auf der Beschaffenheit der Mietsache beruhen (Senatsurteil vom 20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 = LM BGB § 537 Nr. 17 = WM 1971, 531, 532; BGHZ 68, 294, 296). Nach § 1 Abs. 1 WaV gilt diese Verordnung für Waren- und Geschäftshäuser mit mindestens einer Verkaufsstätte, deren Verkaufsräume, soweit sie in anderen Geschossen als im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoß liegen, eine Nutzfläche von mehr als 1000 qm haben. Darauf, ob für die Klägerin der Ausstellungszweck im Vordergrund stand, kommt es nicht an. Werden Waren ausgestellt, um Verkäufe abzuschließen, ist die Verordnung anzuwenden (Baumgartner, Versammlungsstätten und Geschäftshäuser 1970, S. 333).

Zu beanstanden ist auch nicht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 WaV, der bei Verkaufsgebäuden mit nur geringem Kundenverkehr weniger strenge Anforderungen stellt, seien nicht gegeben. Geschäftshäuser mit nur geringem Kundenverkehr sind in der Regel solche, in denen Waren verkauft werden, die nicht dem täglichen Bedarf dienen und zugleich größere Abmessungen aufweisen (z.B. Möbel). In Betracht kommen vor allem Einrichtungshäuser (vgl. Baumgartner aaO S. 334). Von einem geringen Kundenverkehr, der die Annahme einer verminderten Gefährdung rechtfertigen würde, kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht ausgegangen werden. Darauf, ob die Klägerin, wie sie behauptet hat, notfalls auf den Verkauf von Textilien in einer

"Konfektions-Boutique" verzichtet hätte, kommt es nicht an; denn nach ihrem Vortrag sollten im übrigen alle Waren des "O[redacted]-Programms", also nicht nur Möbel, zum Kauf angeboten werden. Überdies konnte das Berufungsgericht aufgrund des Umstandes, daß Kunden in Omnibussen zum Geschäft gebracht werden sollten, davon ausgehen, daß von geringem Kundenverkehr im Sinne des § 1 Abs. 4 WaV keine Rede sein konnte.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels stünde dem von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht entgegen, wenn die Eigenschaft der Mietsache als Verkaufsraum von der Beklagten zugesichert worden wäre oder wenn die Beklagte den Fehler der Mietsache arglistig verschwiegen hätte. Ersteres folgt daraus, daß § 537 Abs. 2 BGB in § 539 Satz 2 BGB nicht erwähnt ist. Daß arglistiges Verschweigen des Mangels dem Anspruch der Klägerin nicht entgegenstünde, ergibt sich aus § 539 Satz 2 BGB i.V. mit § 460 Satz 2 BGB.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe der Klägerin die Eignung der Mietsache als Verkaufsfläche nicht zugesichert. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Unter einer Zusicherung im Sinne des § 537 Abs. 2 BGB ist eine vertraglich bindende Erklärung zu verstehen, die über die bloße Angabe des Verwendungszweckes im Vertrage hinausgeht (Senatsurteil vom

10. Juli 1968 - VIII ZR 180/66 = WM 1968, 1306, 1307; vgl. zum Kaufrecht Senatsurteil vom 28. Juni 1978 - VIII ZR 112/77 = WM 1978, 1175 m.w.Nachw.). An einer solchen Erklärung der Beklagten fehlt es hier. Sie kann entgegen der Ansicht der Revision nicht schon darin erblickt werden, daß die Parteien nach der Behauptung der Klägerin über die Aufnahme des Wortes "Verkaufsfläche" in den Vertragstext längere Zeit verhandelt haben, daß die Klägerin den Vertragsabschluß hiervon abhängig gemacht hat und daß im Zusammenhang mit der beabsichtigten Nutzung als Verkaufsstätte über die Frage noch ausstehender baurechtlicher Genehmigungen gesprochen wurde. Das Berufungsgericht, dem die tatrichterliche Würdigung der Vertragserklärungen der Parteien obliegt, durfte auch bei Berücksichtigung dieses Vortrages ohne Rechtsfehler annehmen, der Vertrag enthalte nur einen Hinweis auf den von der Klägerin beabsichtigten und von der Beklagten akzeptierten Gebrauchszweck. Gerade bei der Miete genügt die Bezeichnung des Verwendungszwecks der Mieträume in dem Vertrage, weil sie regelmäßig zu erfolgen pflegt, im allgemeinen nicht, um eine besondere, über das Maß des § 537 Abs. 1 BGB hinausgehende Zusicherung zu begründen (RG JW 1913, 596, 597; RG WarnRspr 1918 Nr. 138).

b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch verneint, daß die Beklagte die Anwendbarkeit der Warenhausverordnung arglistig verschwiegen habe. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Klägerin sei bei den Vertragsverhandlungen auf die Warenhausverordnung hingewiesen worden. Es mag sein, daß dieser

Hinweis nur allgemeiner Art war und nicht erkennen ließ, daß die Bayerische Warenhausverordnung schon für Verkaufsräume von mehr als 1000 qm Geltung hat, soweit diese sich im Untergeschoß eines Gebäudes befinden. Die Klägerin hat aber nicht vorgetragen, die Beklagte habe diesen Umstand erkannt und dennoch verschwiegen.

3. Zu Recht rügt die Revision jedoch, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, der Klägerin sei grob fahrlässig unbekannt geblieben (§ 539 Satz 2 BGB), daß die Bestimmungen der Warenhausverordnung einem Gebrauch des gemieteten Raums als Verkaufsstätte entgegenstanden.

a) Der Mieter handelt grob fahrlässig, wenn er die erforderliche Sorgfalt bei Vertragsschluß in einem ungewöhnlich hohen Maß verletzt und dasjenige unbeachtet läßt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (Senatsurteil vom 29. November 1961 - VIII ZR 112/60 = Betr. 1962, 64). Das Revisionsgericht hat, wenn die Frage der groben Fahrlässigkeit entscheidungserheblich ist, zu prüfen, ob das Berufungsgericht den Begriff der groben Fahrlässigkeit richtig beurteilt hat, ob es sich des Unterschieds der Begriffe der gewöhnlichen und der groben Fahrlässigkeit bewußt und ob es sich darüber klar war, daß im gegebenen Fall gewöhnliche Fahrlässigkeit nicht ausreicht, sondern grobe Fahrlässigkeit vorliegen muß (Senatsurteil vom 5. Juli 1978 - VIII ZR 180/77 = WM 1978, 1208 m.w. Nachw.).

b) Das Berufungsgericht hat zwar angenommen, insgesamt sei der Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründet. Daraus ergibt sich aber noch nicht mit hinreichender Sicherheit, daß sich das Berufungsgericht bewußt gewesen ist, grobe Fahrlässigkeit erfordere eine Verletzung der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" (§ 276 BGB) in "ungewöhnlich hohem Maße". Etwas anderes ergeben auch nicht die Ausführungen des Berufungsgerichts, das Mietobjekt sei der Klägerin zunächst als "Lagerfläche" angeboten worden; daher habe die Klägerin nicht davon ausgehen können, gegen die beabsichtigte Nutzung bestünden keine baurechtlichen Bedenken; Lage, Zugang und ursprüngliche Ausgestaltung des gemieteten Untergeschosses hätten zusätzliche Zweifel erwecken müssen.

Zweifel allein genügen nicht. Da den Mieter grundsätzlich keine Prüfungspflicht trifft, braucht er sich nicht nach Mängeln zu erkundigen (vgl. Senatsurteil vom 29. November 1961 aaO; Staudinger/Emmerich BGB 12. Aufl. § 539 Rdn. 14; Mittelstein, Die Miete 4. Aufl. S. 292). Zu einer grob fahrlässigen Unkenntnis im Sinne des § 539 BGB gehört, daß die Umstände, die auf bestimmte baurechtliche Hindernisse hindeuten, den Verdacht eines dadurch begründeten Mangels besonders nahelegen und daß der Mieter dennoch ihm ohne weiteres zumutbare Nachforschungen unterlassen hat (vgl. Staudinger/Emmerich aaO Rdn. 15). Das Berufungsgericht meint in diesem Zusammenhang, die Klägerin, die nach ihrem Vorbringen zweitgrößtes Versandhaus Deutschlands sei, müsse sich hier ihre Fachkunde - Beratung durch einen angestellten

Architekten - und den Umstand entgegenhalten lassen, daß sie von seiten der Beklagten auf die Warenhausverordnung hingewiesen worden sei. Daraus folgert das Berufungsgericht jedoch nur, die Klägerin sei sich darüber "im klaren" gewesen, daß der von ihr in Aussicht genommene Betrieb seiner Art nach der Warenhausverordnung unterliege. Ob diese von der Revision angegriffene Schlußfolgerung zutreffend ist, mag dahinstehen. Daß die Beklagte konkret darauf hingewiesen hat, daß nach der Bayerischen Warenhausverordnung im Untergeschoß befindliche Verkaufsräume bereits ab 1000 qm bestimmten, hier nicht eingehaltenen Vorschriften dieser Verordnung unterliegen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Davon kann angesichts der Tatsache, daß die Beklagte der Aufnahme des Wortes "Verkaufsfläche" in den Vertrag zugestimmt hat, auch nicht ausgegangen werden. Vielmehr legt dieses Verhalten der Beklagten den Schluß nahe, daß sie selbst die einschlägigen Bestimmungen der Bayerischen Warenhausverordnung nicht kannte. War aber der Beklagten, die als eine der größten der in Bayern ansässigen gewerbsmäßigen Vermieter von Gewerberaum am ehesten über die dort geltenden baurechtlichen Bestimmungen informiert gewesen sein müßte, unbekannt, daß die Warenhausverordnung auch Anwendung auf Verkaufsräume findet, die im Untergeschoß eines Gebäudes liegen und eine Nutzfläche von mehr als 1000 qm haben, so hätte die Annahme besonderer Begründung bedurft, warum der in Hamburg ansässigen Klägerin die baurechtlichen Hindernisse der Bayerischen Warenhausverordnung infolge grober

Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein sollen. Das Berufungsgericht hält es zudem für möglich, daß die Klägerin vom Inhalt der in anderen Bundesländern geltenden Warenhausverordnungen ausgegangen ist, die allgemein den Anwendungsbereich dieser Verordnungen auf Verkaufsräume mit einer Nutzfläche von mehr als 2000 qm beschränken. Es führt aber keine Umstände an, denen zu entnehmen wäre, daß die Klägerin ohne weiteres hätte erkennen müssen, daß die Bayerische Warenhausverordnung in Abweichung von den Warenhausverordnungen der anderen Länder einen erweiterten Anwendungsbereich bei bestimmten Geschossen vorsieht.

Die Annahme grober Fahrlässigkeit ist demnach mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht haltbar.

II. Zu Recht wendet sich die Revision auch gegen die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen positiver Vertragsverletzung verneint.

1. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob in dem Verhalten der Beklagten - fristlose Kündigung, Besitzentziehung und Abschluß eines Mietvertrages mit der W[redacted], sowie andere Störungen - eine positive Vertragsverletzung zu erblicken ist. Für die Revisionsinstanz ist daher vom Sachvortrag der Klägerin und einer positiven Vertragsverletzung der Beklagten auszugehen.

2. Ein Anspruch aus diesem Rechtsgrund ist durch die Sondervorschriften des Mietrechts jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vertragsverletzung - wie im vorliegenden Fall - nicht mit einem Mangel der Mietsache begründet wird (Gelhaar in BGB-RGRK 12. Aufl. vor § 535 Rdn. 129).

3. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin hätte den geplanten Betrieb ohnehin nicht eröffnen können, weil das Mietobjekt im Hinblick auf die Vorschriften der Bayerischen Warenhausverordnung für den von der Klägerin beabsichtigten Zweck nicht nutzbar gewesen sei. Der geltend gemachte Schaden wäre daher unabhängig von dem eine positive Vertragsverletzung darstellenden Verhalten der Beklagten eingetreten.

a) Diese Annahme des Berufungsgerichts ist nur zutreffend, wenn die von der Beklagten nach § 536 BGB geschuldete Herstellung eines nach der Warenhausverordnung genehmigungsfähigen Zustandes objektiv unmöglich war. Dazu fehlen jedoch, was die Revision mit Recht rügt, entsprechende Feststellungen. So ist nicht geklärt - und von der insoweit darlegungspflichtigen (BGH Urteil vom 13. Oktober 1966 - II ZR 173/64 = NJW 1967, 551; BGH Urteil vom 8. Dezember 1976 - I ZR 59/75 = MDR 1977, 468) Beklagten auch nicht vorgetragen -, welche Anforderungen der Warenhausverordnung im einzelnen nicht erfüllt waren und aus welchen Gründen es nicht möglich gewesen sein soll, einen genehmigungsfähigen

Zustand herzustellen. Daher ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß den Anforderungen der Warenhausverordnung durch entsprechende bauliche Maßnahmen hätte Rechnung getragen werden können.

b) Soweit das Berufungsgericht die Kausalität zwischen Schaden und positiver Vertragsverletzung deshalb verneint, weil die Klägerin ohnehin nicht die nach dem Mietvertrag von ihr zu übernehmenden Kosten der nach der Warenhausverordnung erforderlichen Umbauarbeiten übernommen hätte, kann ihm ebenfalls nicht zugestimmt werden.

Die Revision rügt zu Recht, daß dem Mietvertrag eine Verpflichtung der Klägerin, diese Kosten zu tragen, nicht zu entnehmen ist. Soweit das Berufungsgericht meint, "bereits die von der Beklagten durchzuführenden Umbauarbeiten seien gemäß der Anlage zum Mietvertrag von der Klägerin zu bezahlen", nimmt es offenbar Bezug auf § 4 der Anlage zum Mietvertrag vom 30. März 1973. Dort wird jedoch nur bestimmt, daß alleine die in § 4 aufgeführten Arbeiten, die nur der Ausstattung (Inneneinrichtung) des Mietraumes dienten, nicht aber in die bauliche Substanz eingriffen, auf Kosten der Klägerin ausgeführt werden sollten (vgl. auch Abschn. III Nr. 1 Abs. 2 des Mietvertrages). Dagegen waren nach Abschn. I Nr. 1 Satz 3 des Mietvertrages die aufgrund des Schreibens des Gewerbeaufsichtsamtes vom 2. März 1973 erforderlichen Einrichtungen auf Kosten der Beklagten zu erstellen. Beide Parteien

gingen ersichtlich davon aus, daß der Mietraum - jedenfalls nach Durchführung der im Vertrage aufgeführten Maßnahmen - (auch) als "Verkaufsstätte" benutzbar war. War der Raum dennoch zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht tauglich, so hatte die Beklagte nach den allgemeinen Regeln des Mietrechts für Mängel einzustehen und daher die Maßnahmen auf ihre Kosten durchzuführen, die zur Herstellung eines vertragsgemäßen, also eines nach der Bayerischen Bauordnung und der Warenhausverordnung genehmigungsfähigen Zustandes führten (§ 536 BGB).

4. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Frage der groben Fahrlässigkeit. Der Erfüllungsanspruch wird durch § 539 BGB nicht berührt (Senatsurteil vom 4. Oktober 1961 - VIII ZR 100/60 S. 14 m.w.Nachw., bisher unveröffentlicht; Mittelstein ssO S. 282 Fußn. 31). Die Klägerin hätte daher, auch wenn ihr die Anwendbarkeit der Warenhausverordnung infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben wäre, die Herstellung eines vertragsmäßigen Zustandes verlangen können (§ 536 BGB). Dann aber kann die Kausalität zwischen dem (unterstellten) vertragswidrigen Verhalten der Beklagten und dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden nicht verneint werden.

B.

Demnach mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Eine Entscheidung in der Sache selbst war dem Senat nicht möglich, weil das Berufungsgericht den Sachverhalt unter den aufgezeigten Gesichtspunkten

nicht abschließend geprüft und hierzu Feststellungen nicht getroffen hat. Die Sache war deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat dabei von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Bei der anderweiten Verhandlung wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben:

I. Die von der Beklagten mit Schreiben vom 12. Juni 1973 ausgesprochene fristlose Kündigung des Mietvertrages, die auf vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache gestützt worden ist und deren Berechtigung das Berufungsgericht offen gelassen hat, war wirkungslos und steht etwaigen Schadensersatzansprüchen der Klägerin auch dann nicht entgegen, wenn diese das Mietobjekt nicht als Verkaufsstätte, sondern nur als Ausstellungsfläche nutzen durfte.

Ergab sich nämlich aus dem Verhalten der Klägerin, daß diese einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache beabsichtigte, so kam eine fristlose Kündigung nach der im wesentlichen mit § 553 BGB übereinstimmenden Bestimmung des Mietvertrages in Abschn. II Nr. 2 b nur nach vorheriger Abmahnung in Betracht. Daß eine solche erfolgt ist, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten nicht behauptet. Eine Abmahnung war auch nicht entbehrlich. Von diesem, dem Schutz des Mieters dienenden Erfordernis kann nur bei Vorliegen strenger Voraussetzungen abgesehen werden (Senatsurteil vom 29. November 1967

- VIII ZR 103/65 = WM 1968, 252, 253), etwa wenn eine Beseitigung, bzw. Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs unter keinen Umständen zu erwarten ist, weil der Mieter bereits vollendete Tatsachen geschaffen hat (Senatsurteil vom 19. Februar 1975 - VIII ZR 195/73 = WM 1975, 365, 366). Davon kann hier schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung mit dem von der Beklagten als vertragswidrig bezeichneten Gebrauch noch nicht einmal begonnen hatte.

II. Ob und in welchem Umfang die Klägerin nach § 538 BGB Schadensersatz wegen entgangenen Mietgebrauchs geltend machen kann, hängt entscheidend von der - vom Berufungsgericht bisher offen gelassenen - Frage ab, ob die Klägerin nach dem Inhalt des Mietvertrages das Mietobjekt auch als Verkaufsstätte oder nur als Ausstellungsfläche ohne Möglichkeit der Warenaushändigung an Kunden gebrauchen durfte (vgl. S. 17, 18 des angefochtenen Urteils).

1. Durfte die Klägerin nach der vom Berufungsgericht noch vorzunehmenden Auslegung des Mietvertrages im Mietobjekt auch eine Verkaufsstätte betreiben, so ist wie folgt zu unterscheiden:

a) Ergeben die nach der anderweiten Verhandlung zu treffenden Feststellungen des Berufungsgerichts, daß den an den Betrieb einer Verkaufsstätte gestellten Anforderungen der Warenhausverordnung durch bauliche Maßnahmen nicht oder nur unter unzumutbaren

hohen Aufwendungen genügt werden konnte, lag also ein unbehebbarer Mangel vor, so kann die Klägerin - sofern § 539 BGB nicht entgegensteht - den gesamten Schaden geltend machen, der ihr durch den entgangenen Gebrauch der Mietsache als Verkaufsstätte entstanden ist.

aa) Ihrem Schadensersatzanspruch steht nicht entgegen, daß sie am 2. August 1973 ohne vorherige Fristsetzung die fristlose Kündigung des Vertrages nach § 542 BGB ausgesprochen hatte; denn eine Fristsetzung nach § 542 Abs. 1 Satz 2 BGB war entbehrlich, wenn die Beklagte nicht in der Lage war, für Abhilfe zu sorgen (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 1967 - VIII ZR 222/64 = WM 1967, 515, 517). Unerheblich ist auch, daß die Klägerin die Kündigung nicht mit der Mangelhaftigkeit der Mietsache, sondern damit begründet hatte, die Beklagte habe sie wiederholt im Besitz gestört; denn zur Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung ist grundsätzlich die Angabe des Kündigungsgrundes nicht erforderlich (vgl. Senatsurteil vom 28. Mai 1975 - VIII ZR 70/74 = WM 1975, 897, 899).

bb) Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts kommt in Betracht, daß die Anforderungen, welche die Warenhausverordnung an Verkaufsräume stellt, aufgrund der Beschaffenheit des Gebäudes überhaupt nicht erfüllt werden konnten. Dann war der Mietvertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Da ein Fehler im Sinne des § 537 BGB die Unmöglichkeit begründete,

hat das Berufungsgericht mit Recht geprüft, ob die Vorschriften über die Sachmängelhaftung die Regelung über die ursprüngliche Unmöglichkeit (§§ 306, 307 BGB) verdrängen.

Diese Frage ist umstritten (vgl. einerseits für die Anwendung der §§ 306, 307 BGB: OLG Hamm MDR 1968, 50; OLG Düsseldorf ZMR 1970, 173, 174; OLG Celle NJW 1973, 2289; Soergel/Mezger, BGB, 10. Aufl. § 537 Rdn. 3; Erman/Schopp BGB, 6. Aufl. vor § 536 Rdn. 4 und andererseits für den Vorrang der §§ 537 ff BGB: Staudinger/Emmerich BGB, 12. Aufl. Vorbem. zu § 537 Rdn. 5; Palandt/Putzo, BGB, 38. Aufl. § 537 Anm. 1; Benöhr NJW 1974, 648; Hassold NJW 1974, 1743; Brox/Elsing JuS 1976, 1). Der Senat hat sie bisher nicht entschieden (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 1959 - VIII ZR 76/58 S. 6 m.w.Nachw., bisher nicht veröffentlicht; BGHZ 68, 294 mit Anmerkung Claßen in LM BGB § 538 Nr. 26 m.w.Nachw.).

Die Vorschriften über die Sachmängelhaftung im Mietrecht verdrängen jedenfalls dann die Bestimmungen über anfängliche Unmöglichkeit (§§ 306, 307 BGB), wenn die Mietsache - wie hier - dem Mieter übergeben worden ist (vgl. Senatsurteil vom 12. Oktober 1977 - VIII ZR 73/76 = WM 1977, 1328, 1329). Die Konsequenz einer Anwendung des § 306 BGB wäre, daß der Mieter gerade in den besonders schwerwiegenden Fällen der Mangelhaftigkeit der Mietsache (z.B. bei einem endgültigen Bauverbot oder einer unanfechtbaren Abrißverfügung) auf die Geltendmachung des negativen Interesses

(§ 307 BGB) beschränkt wäre. Das widerspricht dem Zweck der durch § 538 Abs. 1 1. Fall BGB angeordneten Garantiehaftung des Vermieters, durch die dem Mieter ein weitgehender Schutz gerade gegen anfängliche Mängel verschafft werden soll. Diese Auffassung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Nach den Motiven (Mot. II 377) haftet der Vermieter auch dann aus § 538 BGB, wenn "die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist".

b) Hätte den Anforderungen der Warenhausverordnung durch entsprechende bauliche Maßnahmen Rechnung getragen werden können, lag also ein behebbarer Mangel vor, so ist zu beachten, daß ein Schadensersatzanspruch aus § 538 BGB wegen eines endgültig vereitelten Mietgebrauchs grundsätzlich ausscheidet, wenn die Klägerin der Beklagten nicht vor der am 2. August 1973 erklärten fristlosen Kündigung durch Fristsetzung Gelegenheit zur Abhilfe gegeben hat (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB). Einer Fristsetzung bedurfte es nur dann nicht, wenn - was das Berufungsgericht zu prüfen haben wird - diese entbehrlich war (vgl. Senatsurteil vom 22. Oktober 1975 - VIII ZR 160/74 = WM 1975, 1227, 1228).

2. Ergibt die Auslegung des Mietvertrages, daß die Klägerin in dem Mietobjekt Möbel und sonstige Gegenstände ihres Programms "O[redacted]-Wohnen" nur ausstellen und ihren Kunden allenfalls Gelegenheit zur Aufgabe von Bestellungen geben durfte (vgl. S. 18 des angefochtenen Urteils), so wird zunächst zu erörtern sein, ob einem solchen Gebrauch die

Warenhausverordnung oder sonstige baurechtliche Vorschriften entgegenstanden und damit ein Mangel im Sinne der §§ 537 ff BGB überhaupt gegeben war. Wird dies angenommen, so ist entsprechend den Ausführungen oben zu B II. 1. zu prüfen, ob der Mangel behebbar oder unbehebbar war. Bejaht das Berufungsgericht sodann die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 538 BGB, so ist zu beachten, daß ihr nur der Schaden zu ersetzen ist, der ihr dadurch entstanden ist, daß sie das Mietobjekt nicht zu Ausstellungszwecken gebrauchen konnte. Der Klägerin wird Gelegenheit gegeben werden müssen, ihren Vortrag insoweit zu ergänzen.

III. 1. Auch der Umfang eines Anspruchs wegen positiver Vertragsverletzung hängt zunächst davon ab, zu welchem Zweck die Klägerin die Mietsache nach dem Inhalt des vom Berufungsgericht auszulegenden Vertrages gebrauchen durfte (vgl. insbes. oben B II. 2.).

Sodann wird das Berufungsgericht klären müssen, ob die Beklagte den Vertrag durch die ihr von der Klägerin zur Last gelegten Verhaltensweisen schuldhaft verletzt hat.

Da die Klägerin Schadensersatz wegen des ihr entgangenen Mietgebrauchs begehrt, also einen Schaden geltend macht, der durch ihre fristlose Kündigung vom 2. August 1973 verursacht ist, stellt sich die Frage, ob sie wirksam gekündigt hat. Nicht ersichtlich ist, daß die Klägerin eine Frist zur Abhilfe

gesetzt hat (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB). Daher ist zu prüfen, ob die Fristsetzung entbehrlich war. Gegebenenfalls kommt, Verschulden der Beklagten und Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages vorausgesetzt, auch § 554 a BGB als Grundlage für die fristlose Kündigung in Betracht.

2. Im Hinblick auf die Ausführungen zu A II. 3. wird das Berufungsgericht weiter zu prüfen haben, welche der von der Warenhausverordnung an die Zulässigkeit des Betriebes einer Verkaufsstätte (oder - bei entsprechender Vertragsauslegung - einer Ausstellung mit Bestellmöglichkeit) gestellten Anforderungen im einzelnen nicht erfüllt waren und ob die Herstellung eines genehmigungsfähigen Zustandes unmöglich war.

IV. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Klägerin unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß von der Beklagten keinen Schadensersatz verlangen kann.

Die Frage, ob Ansprüche aus sog. culpa in contrahendo, begründet mit einem Mangel der Mietsache, gegenüber der für diesen Bereich in § 538 Abs. 1 BGB getroffenen Sonderregelung rechtlich überhaupt in Betracht kommen können, hat der Senat bisher offen gelassen (Senatsurteil vom 20. April 1977 - VIII ZR 287/75 = WM 1977, 791, 793, insoweit in BGHZ 68, 294 nicht abgedruckt).

Die Frage ist zu verneinen.

Für das Kaufrecht hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, daß das Gewährschaftsrecht der §§ 459 ff BGB eine Haftung für fahrlässige Angaben oder Nichtangaben des Käufers über Eigenschaften der Kaufsache ausschließt (BGH Urteil vom 16. März 1973 - V ZR 118/71 = WM 1973, 641, 642; vgl. auch Senatsurteil vom 29. Januar 1975 - VIII ZR 101/73 = WM 1975, 309, 312).

Entsprechendes gilt auch im Mietrecht, jedenfalls nachdem die Sache dem Mieter überlassen worden ist. Auch die §§ 537 ff BGB enthalten eine ins einzelne gehende Regelung für den Fall, daß die Mietsache bestimmte für den Mieter wichtige Eigenschaften nicht besitzt. Einerseits räumt diese Regelung dem Mieter eine günstige Stellung ein, wenn sie den Vermieter auch ohne Verschulden haften läßt, sofern ein Mangel der in § 537 BGB bezeichneten Art bei dem Abschluß des Vertrages vorhanden ist (§ 538 Abs. 1 1. Fall BGB). Andererseits wird eine Haftung für einen Mangel der in § 537 Abs. 1 BGB bezeichneten Art unter den in § 539 BGB genannten Voraussetzungen auch dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter fahrlässig unrichtige Angaben gemacht, bzw. (richtige) Angaben über vorliegende Mängel unterlassen hat. Diese sich aus § 539 BGB ergebende Beschränkung des Anspruchs aus § 538 BGB wäre weitgehend gegenstandslos, wenn neben der Haftung aus §§ 537 ff BGB auch eine Haftung unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß in Betracht käme.

C.

Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Braxmaier Claßen Dr. Hiddemann

Wolf Treier