

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 242 Ba, Bc, 553

Die Kündigung eines Mietverhältnisses aus wichtigem Grunde, der lediglich aus eigenen Interessen des Kündigenden hergeleitet wird, kann regelmäßig nur dann zur Beendigung des Vertrages führen, wenn die Geschäftsgrundlage weggefallen ist oder sich wesentlich geändert hat.

BGH, Urt. v. 7. Juli 1971 - VIII ZR 10/70

OLG München
LG München

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 10/70

URTEIL

Verkündet am

7. Juli 1971

Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E- park Gesellschaft mit beschränkter
Haftung & Co. offene Handelsgesellschaft, gesetzlich ver-
treten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter,
Wirtschaftsplaner Anton D in M, In
Straße,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

gegen

Emilie S, Sägewerksbesitzerin in St,
Pstraße

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Freiherr v. -
-

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Messner, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin werden das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28. Oktober 1969 und das Ergänzungsurteil desselben Gerichts vom 12. Mai 1970 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Eigentümerin eines Grundstücks in P. bei St., das am Westufer der Würm bei ihrem Austritt aus dem Starnberger See liegt und mit seiner Nordseite an die O.straße grenzt.

Durch Bescheid des Landratsamts Starnberg vom 29. April 1964 erhielt die Beklagte die Genehmigung zur Errichtung von drei Bootslagerhallen und Aufenthaltsräumen (sogenannten Bootels) auf diesem Grundstück. Durch weiteren Bescheid vom 30. April 1964 genehmigte das Landratsamt die Anlage eines Hafenbeckens auf dem Grundstück und die Bootsahrt auf der



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



Würm. Unter dem 30. März 1965, bevor noch die Bauarbeiten auf dem Grundstück begonnen hatten, schlossen die Parteien einen Mietvertrag über eine genau bezeichnete Teilfläche von etwa 960 qm des Grundstücks, die sich vom Nordende des vorgesehenen Hafenbeckens bis zur O[REDACTED]straße erstrecken und auf der die Beklagte ein als E[REDACTED]-M[REDACTED]-Studio bezeichnetes Gebäude nach Plänen des Architekten von Im[REDACTED] für die Klägerin errichten sollte. Der Vertrag wurde auf die Dauer von 10 Jahren mit Optionsmöglichkeit für weitere 10 Jahre und unter Vereinbarung eines Vormieterrechts für die Klägerin abgeschlossen. Er sollte am Tage der Unterzeichnung beginnen und am letzten Tage des Monats enden, der 10 Jahre nach Bezugsfertigkeit liegt. Die Miete betrug monatlich 3 000 DM. Die Klägerin hatte mit monatlich 1 500 DM zu verrechnende Mietvorauszahlungen von insgesamt 180 000 DM zu leisten, wovon 6 000 DM bei Vertragsschluß fällig waren und von der Klägerin gezahlt wurden. Die Klägerin hatte die gesamten Kosten der Innenausstattung zu tragen, soweit sie von der Innenausstattung der anderen Bootels abwich. Nach § 21 des Vertrages bestanden keine Nebenabreden zu dem Vertrage. Ergänzungen und Änderungen bedurften der Schriftform. In dem geplanten Gebäude waren außer anderen 2 getrennte Dauerliegeplätze für je 12 m lange Motorboote vorgesehen. Unter dem 7. April 1965 erteilte das Landratsamt St[REDACTED] die Baugenehmigung für den beabsichtigten Bau.

Anschließend begann die Beklagte mit den Bauarbeiten für das südlichste Bootel. Sie stellte diese Arbeiten wieder ein, nachdem das Straßenbauamt München die Beklagte durch Schreiben vom 3. Mai 1965 darauf hingewiesen hatte, daß wegen des Ausbaus der O[REDACTED]straße die derzeitige Würmbrücke abgebrochen und durch einen etwa doppelt so breiten Neubau ersetzt werden müsse. Angesichts der un-

günstigen Untergrundverhältnisse, so hieß es in dem Schreiben weiter, sei mit Setzungen zu rechnen. Um Schäden auszuschließen, sei es notwendig, den Bau der beiden nördlichen Bootels so lange zurückzustellen, bis die Setzungen weitgehend abgeklungen seien. Für das südlichste Gebäude müsse vor Beginn der Straßen- und Brückenbauarbeiten eine Beweissicherung durchgeführt werden. Unter dem 8. Mai 1965 übersandte der Steuerbevollmächtigte Ma [REDACTED] der Beklagten der Klägerin eine Abschrift des Schreibens des Straßenbauamts und bat sie, an der vorgesehenen Besprechung mit dem Straßenbauamt teilzunehmen. Weiter heißt es in dem Brief des Ma [REDACTED]:

"Es erscheint mir am einfachsten, dem Straßenbauamt klarzumachen, daß für die (Beklagte) die nicht termingerechte Erfüllung des Vertrages, neben den entstehenden Verlusten, eine hohe Konventionalstrafe gegenüber der (Klägerin) fällig wird und, daß die (Klägerin) auf der vertraglichen Vereinbarung auf eine termingerechte Fertigstellung bestehen muß. Wir würden uns dadurch meines Erachtens Streitigkeiten ersparen und das Straßenbauamt wegen der drohenden Haftungsansprüche, die auch beim besten Willen von uns nicht zu beseitigen sind, zu vorsichtigen Baumaßnahmen zwingen."

In ihrer Antwort vom 11. Mai 1965 betonte die Klägerin, daß sie auf Vertragserfüllung bestehen müsse, und erklärte sich bereit, an einer Besprechung mit dem Straßenbauamt teilzunehmen. In der Folgezeit fanden am 18. und 21. Mai 1965 Besprechungen mit dem Straßenbauamt mit Ortsbesichtigungen statt, an denen Vertreter beider Parteien teilnahmen. Bei diesen Gelegenheiten zeigte die Klägerin Interesse an der Errichtung des E [REDACTED]-M [REDACTED]-Studios auf der anderen (östlichen) Würmseite. Durch Schreiben vom 21. Juli 1965 forderte die Beklagte die Klägerin zur Erklärung darüber auf, ob sie "auf das neue Projekt ernst-

lich reflektiere" oder ob es bei dem abgeschlossenen Vertrage bleiben solle. In diesem Falle würde baldigst mit dem Bau der Halle für die Klägerin begonnen werden. In ihrem nicht unterzeichneten Antwortschreiben vom 6. August 1965 vertrat die Klägerin die Ansicht, daß es nötig sei, sich noch einige Zeit zu gedulden, bis die Sachlage klarer zu übersehen sei. Der dritte Absatz des Briefes lautet wörtlich:

"Sollten Sie jedoch die Auffassung gewinnen, daß trotz den Bedenken des Straßenbauamtes das M[REDACTED]-Studio auf der für den zweiten Riegel vorgesehenen Teilfläche ohne Abänderung unserer Planung errichtet werden könnte, steht der Erfüllung des Vertrages unter der Voraussetzung nichts im Wege, daß Sie für alle aus der vom Straßenbauamt geschilderten, nach Vertragsabschluß neu entstandenen Sachlage drohenden Schäden jegliche Haftung übernehmen. Es wird Ihnen verständlich sein, daß wir solche Vorsichtsmaßnahmen treffen müssen, zumal uns die Befürchtungen des Straßenbauamtes als durchaus ernst zu nehmen erscheinen."

Nach einer weiteren Besprechung der Beklagten mit dem Straßenbauamt teilte dieses der Beklagten unter dem 15. März 1966 mit, daß dem von der Klägerin angeregten Projekt eines Bootels mit Hafenbecken auf der westlichen Würmseite seitens des Bauamts keine Einwände entgegengesetzt würden, wenn entsprechend dem Lageplan gebaut würde.

Das Schreiben der Klägerin vom 6. August 1965 beantwortete die Beklagte erst am 28. Juli 1966. Sie erklärte sich zu der von der Klägerin geforderten Haftungsübernahme bereit und fuhr fort, dem sofortigen Baubeginn nach den Plänen der Klägerin stehe nunmehr nichts im Wege. Gleichzeitig bat sie die Klägerin

um Mitteilung, ob sie das Projekt auf dem anderen Würm-
ufer vorziehe. Die Klägerin stellte sich in ihrem Ant-
wortschreiben vom 25. Oktober 1966 auf den Standpunkt,
daß entgegen der Auffassung der Beklagten die aufgetre-
tenen Schwierigkeiten bisher nicht ausgeräumt worden
seien. Daher sei es kaufmännisch unvertretbar, das Haf-
tungsangebot der Beklagten anzunehmen. Das Schreiben
fährt fort:

"Der Bau der O[REDACTED]straße ist nur auf der
Ostseite bis in die Nähe Ihrer Grundstücke
vorangetrieben. Die Fundamente oder sonsti-
gen Teile der künftigen Würmbrücke sind
nicht errichtet. Sämtliche angekündigten Ar-
beiten stehen noch bevor, wobei keine maß-
gebende Stelle eine verbindliche Erklärung
darüber abgeben konnte, geschweige denn Ge-
währ dafür übernehmen wollte, wie sich die
Druckverhältnisse der künftigen Straße und
des Brückenbauwerks auf das Schwemmgelände,
das den Untergrund der gesamten Umgebung bil-
det, auswirken werden."

Die Beklagte schlug darauf eine einverständliche Lösung
des Vertrages in der Weise vor, daß die Klägerin auf
Rückzahlung der geleisteten Mietvorauszahlung und des
an den Angestellten Schalper der Beklagten geleisteten
Bauleitungshonorars verzichten sollte. Die Klägerin
lehnte diesen Vorschlag ab. Sie erhob Klage, mit der
sie die Rückzahlung der als Mietvorauszahlung geleiste-
ten 6 000 DM nebst Zinsen begehrte.

Das Landgericht wies die Klage ab.

Mit ihrer Berufung verfolgte die Klägerin ihren
Zahlungsanspruch weiter und begehrte außerdem die Fest-
stellung, daß der zwischen den Parteien am 30. März 1965

abgeschlossene Mietvertrag infolge Rücktritts oder Kündigung der Klägerin aufgelöst sei.

Nachdem das Straßenbauamt in Abänderung seiner Planung von dem Bau einer neuen Würmbrücke abgesehen und 4 große Durchlaßrohre in den Straßenkörper einge- lassen hatte, durch die das Wasser der Würm abfließt, setzte die Beklagte die Bauarbeiten fort. Durch Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 5. Juli 1967 ließ sie die Klägerin auffordern, eine weitere Mietvoraus- zahlung von 24 000 DM zu leisten, die entsprechend dem Mietvertrage nach Aushub der Wasserflächen und Pfahl- fundierungen fällig sein sollte. Falls nicht bis zum 12. Juli 1967 eine vergleichsweise Regelung zustande- komme, werde die Beklagte, so drohte sie an, die Kläge- rin auf Zahlung von weiteren 24 000 DM in Anspruch neh- men oder aber Rechte gemäß § 326 BGB geltend machen. Die Klägerin ließ dieses Schreiben unbeantwortet. Die Beklagte baute sodann außer dem südlichen Bootel unter Aufgabe des mittleren Riegels auf der Nordseite des angelegten Hafenbeckens anstelle des E-M-Studios ein dem südlichen Bauwerk entsprechendes Bootel, das sie an Interessenten vermietete. Sie will sich zu der Errich- tung des nördlichen Bootels erst entschlossen haben, nach- dem sich die Klägerin auch nach Erlaß des Urteils des Landgerichts ernsthaft und endgültig geweigert habe, den Mietvertrag zu erfüllen. Nach ihrer Darstellung hat die Beklagte durch das Verhalten der Klägerin einen erheblichen Schaden erlitten, den sie auf 26 100 DM beziffert. Mit dem Anspruch auf Schadensersatz hat die Beklagte gegenüber der Klageforderung aufgerechnet. Die Klägerin ist demgegenüber der Ansicht, daß der Beklagten gegen sie keine Schadensersatzansprüche zuständen. Sie

hat demgemäß weiter beantragt, festzustellen, daß der Beklagten derlei weitergehende, auch künftige Schadensersatzansprüche aus der Verletzung des Mietvertrages nicht zuständen.

Das Berufungsgericht hat durch Urteil vom 28. Oktober 1969 die Berufung zurückgewiesen und die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens weiterer Schadensersatzansprüche abgewiesen. Es hat ferner durch Ergänzungsurteil vom 12. Mai 1970 die Klage auf Feststellung, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag infolge Rücktritts oder Kündigung der Klägerin aufgelöst worden sei, als unzulässig abgewiesen.

Mit ihren Revisionen gegen beide Urteile, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre im Berufungsrechtszuge gestellten Anträge weiter. Der erkennende Senat hat beide Sachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

1. Keinen Erfolg haben kann allerdings die Rüge der Revision, der Mietvertrag der Parteien entbehre infolge der vom Berufungsgericht angenommenen ergänzenden Vereinbarung über den Aufschub der Bauarbeiten der Schriftform, weil Briefwechsel entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zum Zustandekommen einer formgültigen Vereinbarung nicht ausreiche und außerdem der entscheidende Brief der Klägerin vom 6. August 1965 nicht einmal unterschrieben worden sei.

Richtig ist, daß der Mietvertrag der Parteien, der auf die Dauer von 10 Jahren abgeschlossen worden war, gemäß §§ 566, 580 BGB der Schriftform bedurfte. Indes war in den schriftlich niedergelegten Abreden ein Zeitpunkt für die Errichtung des E-M-Studios und die Überlassung des Mietobjekts an die Klägerin nicht vorgesehen. Das Berufungsgericht entnimmt jedoch der Interessenlage der Parteien und dem Vertragszweck, daß die Beklagte ihr Bauvorhaben alsbald nach Erteilung der erforderlichen behördlichen Genehmigungen habe in Angriff nehmen und der Klägerin nutzbar machen sollen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts liegt insoweit also eine stillschweigend zustande gekommene, nicht ausdrücklich in den schriftlichen Vertrag aufgenommene zusätzliche Vereinbarung vor. Für sie bestand nach dem Gesetz nicht das Erfordernis der Schriftform. Der Vertrag zwischen den Parteien ist ein gemischter Vertrag, nämlich ein sogenannter Miet- und Aufbauvertrag. Dem Formzwang unterliegen aber nur die Bestimmungen des Mietvertrages. Die Parteien waren daher nicht gehindert, Abreden, die sich auf die Aufbauverpflichtung beziehen, auch formlos zu treffen. Allerdings ist in § 21 des Vertrages hervorgehoben, daß Nebenabreden zu dem Vertrage nicht beständen. Dennoch hatten es die Parteien in der Hand, diese Vertragsbestimmung mündlich oder auch stillschweigend abzuändern und eine Nebenabrede wirksam zu vereinbaren. Das gilt insbesondere für Nebenabreden über solche Punkte, die nicht ausdrücklich in den schriftlichen Vertrag aufgenommen worden waren, weil die Parteien die schriftliche Niederlegung für überflüssig hielten oder nicht erkannten, daß die Frage, über die zwischen ihnen Einigkeit bestand, überhaupt regelungsbedürftig war. Sind aber derartig formlos getroffene Nebenabreden verbindlich, obwohl der Vertrag schriftlich abgeschlossen

war und die Parteien die getroffenen Vereinbarungen offenbar als erschöpfend ansahen, so bleibt es ihnen auch unbenommen, diese Nebenabreden trotz der Vereinbarung in § 21, daß Ergänzungen und Änderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen sollten, durch formfreie Abrede wieder aufzuheben oder durch eine neue Bestimmung zu ersetzen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts konnten die Parteien daher sogar formlos vereinbaren, daß mit Rücksicht auf die vom Straßenbauamt vorgesehenen Baumaßnahmen an der O [REDACTED] -straße und den beabsichtigten Neubau der Würmbrücke die Inangriffnahme der Bauarbeiten an dem E [REDACTED] -M [REDACTED] -Studio unbefristet aufgeschoben werden sollten und außerdem der Klägerin das Recht eingeräumt wurde, sich darüber schlüssig zu werden, ob sie an dem ursprünglichen Projekt festhalten wollte oder es vorzog, einen Standort auf der anderen Würmseite zu wählen. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Brief der Klägerin vom 6. August 1965 von einem dazu befugten Vertreter der Klägerin unterzeichnet war. Maßgebend ist vielmehr, daß der Inhalt des Briefes den damaligen Standpunkt der Klägerin wiedergab, was die Klägerin nicht in Abrede stellt. Somit ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht aufgrund des Briefwechsels zwischen den Parteien zu dem Ergebnis gelangt ist, der Vertrag zwischen den Parteien sei wirksam dahin abgeändert worden, daß unter Aufrechterhaltung des abgeschlossenen Vertrages die Klägerin sich mit dem Bauaufschub einverstanden erklärte und daß sie sich überdies noch ihre Stellungnahme vorbehielt, für welchen der beiden ihr zur Wahl gestellten Standorte für das E [REDACTED] -M [REDACTED] -Studio sie sich endgültig entscheiden wolle.

War dies aber der Fall, so brauchte die Beklagte mit dem Bau des E [REDACTED] -M [REDACTED] -Studios an der im Vertrage

vorgesehenen Stelle nicht eher zu beginnen, als bis die Klägerin von ihrem Wahlrecht dahin Gebrauch gemacht hatte, daß sie die Ausführung des E-M-Studios entsprechend der getroffenen Vereinbarung und den Beginn der Bauarbeiten wünschte. Eine solche Aufforderung hat die Klägerin unstreitig nicht an die Beklagte gerichtet. Die Beklagte ist daher, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, mit der von ihr nach dem Vertrage zu erbringenden Leistung nicht in Verzug geraten. Schon aus diesem Grunde kann sich die Klägerin nicht auf § 326 BGB berufen.

Ebensowenig kann die Klägerin gemäß § 566 Satz 2 BGB kündigen, denn der Mietvertrag ist trotz der Abänderung hinsichtlich der Aufbauverpflichtung der Beklagten formgerecht auf 10 Jahre abgeschlossen worden.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß die Klägerin die von ihr ausgesprochene Kündigung des Mietvertrages nicht auf § 542 BGB stützen kann. Weder im Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens vom 25. Oktober 1966 noch bei Zustellung der Berufungsbegründung vom 15. November 1967, in der das Mietverhältnis erneut unter Hinweis auf § 542 BGB gekündigt wurde, war die Beklagte zur Gewährung des Gebrauchs des noch nicht errichteten Mietgegenstandes verpflichtet. Der Bau des E-M-Studios war vereinbarungsgemäß unbefristet aufgeschoben worden. Die Beklagte war daher zur Zeit des Zugangs des Schreibens vom 25. Oktober 1966 nicht einmal verpflichtet, den Bau zu beginnen oder fortzusetzen. Das gilt erst recht für die folgende Zeit, denn durch das Schreiben hatte sich die Klägerin von dem Mietvertrage losgesagt. Auf die später an sie ergangene Aufforderung, eine weitere Mietvorauszahlung zu leisten, die nach Ansicht der Beklagten fällig geworden war, hatte die Klägerin nicht

geantwortet. Dieses Verhalten ließ nur den Schluß zu, daß sie auf ihrem Standpunkt verharrte und nicht bereit war, den Mietvertrag mit der Beklagten zu erfüllen. Unter diesen Umständen brauchte aber die Beklagte nicht das Risiko einzugehen, das Gebäude herzustellen und es zur Verfügung der Klägerin zu halten. Die Klägerin kann daher nicht geltend machen, daß ihr der Gebrauch nicht rechtzeitig gewährt worden sei.

Zu Unrecht beruft sich die Revision auf die Rechtsprechung zu § 542 BGB, die diese Bestimmung auch in Fällen anwendet, in denen das Mietverhältnis noch nicht begonnen hat, aber die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung feststeht. Sie läßt außer acht, daß die Verpflichtung der Beklagten zur Errichtung des Bauwerks einverständlich aufgeschoben war. Das Berufungsgericht hat aber nicht festgestellt, daß es der Beklagten nicht möglich gewesen wäre, ein mangelfreies Gebäude zu errichten, als sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom 28. Juli 1966 zum sofortigen Baubeginn erbot, sondern geht ersichtlich davon aus, daß die Beklagte in der Lage gewesen wäre, das E-M-Studio entsprechend den Vereinbarungen der Parteien herzustellen.

Bei ihren gegen diese Annahme erhobenen Rügen übersieht die Revision, daß das von ihr angezogene Schreiben des Straßenbauamtes vom 15. März 1966 überholt war, weil sich das Amt dazu entschlossen hatte, keine Massivbrücke herzustellen, sondern Durchlässe für die Würm in die Straße einzubauen. Nr. 3 des Schreibens, auf die von der Revision besonderes Gewicht gelegt wird, bezieht sich auf die östliche Würmseite und ist daher nicht einschlägig. Ebensowenig unterstützt das von der Revision ebenfalls angeführte Schreiben des Straßenbauamts vom

3. April 1967 an das Landratsamt St. [REDACTED] das Vorbringen der Revision. Inhalts dieses Schreibens waren die Brückenbau- und Erdarbeiten an der Würmbrücke seit Herbst 1966 im Gange. Es drängt sich daher der Schluß auf, daß jedenfalls zu diesem Zeitpunkt festgestanden haben muß, in welcher Weise die Überquerung der Würm durch die O. [REDACTED]straße ausgeführt werden sollte. Das Schreiben ergibt auch nicht, daß im Hinblick auf mögliche Setzungen die Errichtung des E. [REDACTED]-M. [REDACTED]-Studios zu unterbleiben hatte. Im übrigen gingen Schädigungen des Gebäudes, die auf Setzungen zurückzuführen waren, zu Lasten der Beklagten, die sich überdies noch ausdrücklich bereit erklärt hatte, die von der Klägerin verlangte umfassende Haftung zu übernehmen. Auf die von der Revision für falsch gehaltene weitere Erwägung des Berufungsgerichts, daß es Sache der Beklagten gewesen sei, die für den Bau des E. [REDACTED]-M. [REDACTED]-Studios sich ergebenden bautechnischen Schwierigkeiten durch den Einsatz entsprechender Mittel zu begegnen, kommt es daher nicht an.

Der Revision kann also nicht zugegeben werden, daß im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung der Klägerin vom 25. Oktober 1966 die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung festgestanden hätte. Allerdings hat sich die Revision auch darauf berufen, daß es wegen des nach Vertragsschluß begonnenen Ausbaus der Olympiastraße überhaupt nicht möglich gewesen sei, das der Vereinbarung der Parteien entsprechende Gebäude zu errichten. Träfe dieses Vorbringen zu, so würde es die Klägerin berechtigen, ohne daß es einer Kündigung bedurfte, sich auf nachträgliches Unvermögen der Beklagten zu berufen, wie unten unter 4. noch ausgeführt werden wird. Zur fristlosen Kündigung gemäß § 542 BGB war indes die Klä-

gerin schon deshalb nicht berechtigt, weil die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung nicht feststand.

3. Auch auf § 554 a BGB kann die Klägerin die von ihr ausgesprochene fristlose Kündigung nicht stützen. Der Beklagten fällt keine schuldhafte Verletzung der ihr der Klägerin gegenüber aus dem Mietvertrage obliegenden Verpflichtung zur Last. Soweit sich die Revision darauf beruft, daß die Beklagte das Hafenbecken vertragswidrig in nördlicher Richtung zu weit ausgebaggert habe, läßt sie außer acht, daß die Beklagte die Ausbaggerung erst vorgenommen hatte, nachdem die Klägerin ernstlich und endgültig die Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages verweigert und sich von ihm losgesagt hatte.

Allerdings wird durch die gesetzliche Regelung in § 554 a BGB die Anwendung der von der Rechtsprechung, auch des erkennenden Senats (vgl. Urteil vom 24. Februar 1959 - VIII ZR 64/58 - LM BGB § 553 Nr. 4; vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 128/58 - LM BGB § 542 Nr. 1, vom 21. Dezember 1960 - VIII ZR 50/60 - LM BGB § 553 Nr. 6), entwickelten Grundsätze zur Kündigung aus wichtigem Grunde nicht ausgeschlossen, so daß auch Tatbestände, bei denen ein Verschulden fehlt, als wichtiger Grund infrage kommen können (Roquette, Das Mietrecht des BGB 1966 § 554 a Nr. 31). Hier betreffen indes die Umstände, die von der Klägerin zur Begründung ihres angeblichen Rechts, sich von dem Vertrage lösen zu können, angeführt werden, ausschließlich Vorgänge, die sich der Einflußsphäre der Beklagten entzogen haben. In einem derartigen Falle verdienen die Belange des Kündigungsgegners grundsätzlich den Vorzug vor den Interessen desjenigen, der den Vertrag zur Auflösung zu bringen strebt (vgl. BGH Urt. v. 15. Juni 1951 - V ZR 86/50 - LM BGB § 242 (Ba) Nr. 2). Deshalb kann eine einseitige Kündigung aus wichtigem, nur aus den

eigenen Interessen des Kündigenden hergeleiteten Gründen regelmäßig nur dann zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führen, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, die nach der Rechtsprechung zum Wegfall oder zur wesentlichen Veränderung der Geschäftsgrundlage führen. Diese Frage ist jedoch erst an späterer Stelle (unten unter 5) zu erörtern.

4. Ob die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es seine Annahme begründet, die Beklagte habe die Baugenehmigung nicht "verfallen" lassen, stichhaltig sind, kann dahinstehen. Auch wenn die Geltungsdauer der Genehmigung für das "E-M-Studio" am 20. Mai 1967 erloschen gewesen sein sollte, wie die Revision geltend macht, wäre die Herstellung des Bauwerks weder objektiv noch der Beklagten unmöglich gewesen. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß es der Beklagten nicht gelungen wäre, erneut eine entsprechende Baugenehmigung zu erlangen. Die Beklagte hat unstreitig inzwischen an der für das E-M-Studio bestimmten Stelle ein Bootel errichtet. Es spricht nichts dafür, daß die Beklagte eine von ihr neu beantragte Genehmigung zur Errichtung des im Vertrage der Parteien vorgesehenen Bauwerks, das sich in seiner Zweckbestimmung, in seinen Maßen und in seinem Aussehen von dem schließlich gebauten Bootel nicht wesentlich unterschied, nicht erhalten haben würde.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Beklagte am 5. Juli 1967, als sie erstmalig der Klägerin Schadensersatzansprüche androhte, bereits mit dem Bau eines den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien nicht entsprechenden Bootels an der Nordseite des Hafenbeckens begonnen hatte, denn die Klägerin hatte durch ihr Verhalten, insbesondere durch ihr Schreiben vom

28. Oktober 1966 und die am 31. Januar 1967 eingereichte Klage, bereits lange vorher mit aller Deutlichkeit zu erkennen gegeben, daß sie sich an den Vertrag nicht mehr für gebunden halte und nicht bereit sei, ihn zu erfüllen. Bestand mithin für die Klägerin nicht die Möglichkeit, sich von dem Vertrage einseitig zu lösen, so konnte die Beklagte, weil die Klägerin die Erfüllung des Vertrages endgültig und ernstlich verweigert hatte, die Rechte aus § 326 BGB geltend machen, ohne daß es noch eines entsprechenden Hinweises oder einer Fristsetzung bedurfte.

Erheblich ist dagegen das von der Revision mit Recht als Übergangen gerügte Vorbringen der Klägerin im zweiten Rechtszuge, die Beklagte sei nach Durchführung der Baumaßnahmen an der O[REDACTED]straße überhaupt nicht mehr in der Lage gewesen, den Vertrag der Parteien zu erfüllen. Hätte die Beklagte das geplante Bauwerk nicht vertragsgerecht herstellen können, weil infolge der Neuanlage der Uferbefestigung der für die Klägerin bestimmte Bauriegel um etwa 3,50 m hätte verkürzt werden müssen, und wäre es ihr infolge der Verbreiterung der O[REDACTED]straße nicht möglich gewesen, der Klägerin die vorgesehene Grünfläche von etwa 600 qm zur Verfügung zu stellen, so hätte die Beklagte die der Klägerin nach dem Vertrage zustehenden Leistungen nicht mehr in der Weise bewirken können, wie es zwischen den Parteien vereinbart worden war. Sollte dieser unter Beweis gestellte Vortrag der Klägerin sich als richtig erweisen, so könnte daher nachträgliches Unvermögen der Beklagten zur Erbringung der ihr von der Klägerin geschuldeten Leistung zu bejahen sein, das nach § 323 BGB, der auch auf nachträgliches Unvermögen anzuwenden ist, zum Verlust der von der Klägerin geschuldeten Gegenleistung und zu der Verpflichtung führen könnte, die von der Klägerin bewirkte Leistung nach den Vorschrif-

ten über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten (§ 323 Abs. 3 BGB).

Zu beachten bleibt jedoch in diesem Zusammenhange, daß die Klägerin nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sein könnte, in ihr zumutbare notwendige Änderungen des Vertragsverhältnisses, beispielsweise eine der neuen Sachlage angepaßte Umgestaltung der Baupläne und in die Verkleinerung der Grünfläche, einzuwilligen, während sich die Beklagte gegebenenfalls mit einem geringeren Mietzins hätte begnügen müssen.

5. Weiter ist der Revision zuzugeben, daß die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage abgelehnt hat, nicht einwandfrei ist und einer rechtlichen Prüfung nicht standhält. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, weder die nach Angaben der Klägerin vom Landratsamt St. [REDACTED] in Aussicht genommene Beschränkung der Zulassung von Motorbooten auf dem Starnberger See mit der möglichen Folge eines Widerrufs der ihr für ein 12 m Boot bereits erteilten Fahrerlaubnis noch die Tatsache, daß es der Klägerin gelungen sei, dieses Boot bei der Firma R. [REDACTED] in geeigneter Weise unterzubringen, stellten einen Umstand dar, der es als unzumutbar erscheinen ließe, die Klägerin noch beim Vertrage festzuhalten.

a) Nach der Darstellung der Klägerin sind bei Abschluß des Mietvertrages beide Parteien davon ausgegangen, daß die Klägerin oder deren Mieter für alle Motorboote, die in den vorgesehenen Bootsständen in dem geplanten E.-M.-Studio untergebracht werden konnten, die Zulassung zur Schifffahrt auf dem Starnberger See erhalten würden. Die Zulassungspraxis des

Landratsamts St[REDACTED] habe sich indes, so trägt die Klägerin vor, alsbald nach Abschluß des Vertrages geändert.

Da die Klägerin, worauf die Revision mit Recht hinweist, in dem Mietvertrage sehr erhebliche Verpflichtungen übernommen hatte, die sich nur dann als sinnvoll erweisen konnten, wenn das F[REDACTED]-M[REDACTED]-Studio seiner Bestimmung gemäß genutzt wurde, erscheint es nicht ausgeschlossen, daß beide Parteien bei Vertragsschluß von der Beibehaltung der bisherigen Genehmigungspraxis des Landratsamts ausgingen oder daß jedenfalls die Klägerin diese Vorstellung hatte, sie der Beklagten erkennbar war und sie von ihr nicht beanstandet wurde.

b) Weiter hat sich die Klägerin darauf berufen, daß durch die vom Straßenbauamt gewählte Lösung für die Überquerung der Würm durch die O[REDACTED]straße erhöhte Gefahren beim Manövrieren mit großen Booten eingetreten seien. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, die infolge der Straßenverbreiterung und der Ersetzung der Flußbrücke durch einen Rohrdurchlaß drohende Erschwerung des Wendens großer Boote werde dadurch ausgeglichen, daß die Beklagte auf den Bau des mittleren Bootels verzichtet habe und deshalb eine größere Wasseroberfläche zur Verfügung stehe. Dies sei das von keiner Seite bestrittene Ergebnis des von einem Mitglied des Senats des Oberlandesgerichts durchgeführten Augenscheins gewesen.

Wie die Revision mit Recht geltend macht, hätte indes das Berufungsgericht das Protokoll über die Einnahme des richterlichen Augenscheins seiner Entscheidung nicht zugrunde legen dürfen, weil sich aus dem

Protokoll nicht ergibt, daß es den Beteiligten vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt wurde (vgl. § 162 ZPO). Dieser Verfahrensfehler ist von dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin in seinem Schriftsatz vom 16. September 1968, der vor dem nächsten Verhandlungstermin des Berufungsgerichts eingereicht wurde, ausdrücklich gerügt worden, so daß § 295 Abs. 1 ZPO nicht anwendbar ist.

Da in dem zu errichtenden Gebäude, wie sich aus dem Tekturplan ergibt, Bootsstände für 2 große Motorboote vorgesehen waren, könnte auch der Umstand, daß das Manövrieren mit großen Booten infolge der Baumaßnahmen des Straßenbauamts erheblich erschwert wurde, wie für diesen Rechtszug zu unterstellen ist, zur Anwendung der Grundsätze über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage führen.

c) Dagegen gibt, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, der Umstand, daß es der Klägerin gelungen war, für ihr großes Motorboot bei der Firma R. [REDACTED] eine geeignete Unterstellmöglichkeit zu finden, ihr nicht die Möglichkeit, sich unter Berufung auf Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage von dem Vertrage zu lösen. Die Klägerin hatte es dadurch, daß sie sich mit unbefristetem Aufschub der Bauarbeiten einverstanden erklärte, in Kauf genommen, daß ihr einstweilen kein Unterstellplatz für das große Motorboot bei der Beklagten zur Verfügung stand. Es war also nicht Geschäftsgrundlage des Vertrages der Parteien, daß die Klägerin das Motorboot alsbald oder auch nur in absehbarer Zeit in dem geplanten Bauwerk unterstellen konnte, dessen Errichtung infolge der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung

gerade unbefristet aufgeschoben war, weil die Parteien zunächst Klarheit haben wollten, wie sich die Baumaßnahmen an der O[REDACTED]straße auf das vorgesehene Bauwerk auswirken würden.

d) Sollte aus den zu a und b erörterten Gründen ein Wegfall oder eine Änderung der Geschäftsgrundlage zu bejahen sein, braucht dieser Gesichtspunkt nicht zur Folge zu haben, daß die Beklagte alle Ansprüche gegen die Klägerin verliert. Grundsätzlich ist vielmehr lediglich eine Anpassung der Beziehungen der Parteien an die veränderten Verhältnisse vorzunehmen. Bei der Gestaltung der Anpassung ist das richterliche Ermessen maßgebend (vgl. BGH Urt. vom 29. September 1961 - V ZR 136/60 und vom 20. März 1967 - VIII ZR 237/64 - LM BGB § 242 (Bb) Nr. 41 und 51). Die Anpassung des Vertrages könnte hier beispielsweise auch dazu führen, daß die Klägerin dazu angehalten wird, an die Beklagte eine Ausgleichszahlung zu leisten, um den Ausfall, den diese erhalten haben will, ganz oder teilweise zu decken.

6. Wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, enthält das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts vom 28. Oktober 1969 Rechtsfehler, die zu seiner Aufhebung führen müssen, weil das Berufungsurteil auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten bleiben kann. Da die Entscheidung von weiteren tatsächlichen Feststellungen abhängt, die der erkennende Senat nicht selbst treffen kann, muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Was die einzelnen Ansprüche anbelangt, die Gegenstand des erwähnten Urteils waren, sind folgende Hinweise geboten:

a) Der Zahlungsanspruch der Klägerin ist als solcher nicht bestritten. Es kommt also darauf an, ob der Beklagten Gegenansprüche zustehen. Wäre die Beklagte infolge der Maßnahmen des Straßenbauamts auch dann nicht in der Lage gewesen, die von ihr nach dem Vertrage geschuldeten Leistungen zu erbringen, wenn die Klägerin sich nicht vom Vertrage gelöst, sondern auf Vertragserfüllung bestanden hätte, so würden derartige Ansprüche entfallen und die Klägerin könnte nach § 323 Abs. 3 BGB das von ihr Geleistete zurückverlangen. Dasselbe würde gelten, wenn die Klägerin sich mit Erfolg auf Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage berufen könnte und die Würdigung der Verhältnisse dazu führen würde, der Beklagten einen Ausgleich zu versagen.

b) Was den Schadensersatzanspruch der Beklagten anbelangt, dessen Verneinung die Klägerin mit ihrer negativen Feststellungsklage erstrebt, so hat die Beklagte in Höhe von 6 000 DM gegen den mit der Klage erhobenen Zahlungsanspruch aufgerechnet. In dieser Höhe ist der Schadensersatzanspruch der Beklagten daher bereits im Zusammenhang mit dem Zahlungsanspruch zu prüfen. Die Feststellungsklage bezieht sich mithin lediglich auf den Betrag von 20 100 DM, denn die Beklagte hat ihren Schaden auf 26 100 DM beziffert.

Den Schadensersatzanspruch der Beklagten leitet das Berufungsgericht, das davon ausgeht, der Beklagten sei die Herstellung des E-M-Studios möglich gewesen und die Klägerin könne sich nicht auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, mit Recht aus § 326 BGB her. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe angesichts ihres Schreiben vom 5. (nicht, wie im Berufungsurteil offenbar irrtümlich angegeben, 28.) Juli 1967

die Erklärung, Schadensersatz zu verlangen, nicht ungebührlich verzögert, läßt schon deshalb keinen Rechtsirrtum erkennen, weil die Klägerin nach Ablehnung des Vergleichsangebots der Beklagten durch Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 19. September 1967 damit rechnen mußte, daß die Klägerin nunmehr anstelle des E-M-Studios einen Bau, den sie durch Vermieten nutzen konnte, errichten und gemäß § 326 BGB Schadensersatz verlangen würde. Daß sie im Rechtsstreit erst erheblich später eine entsprechende Erklärung abgegeben hat, kann ihr bei dieser Sachlage nicht zum Nachteil gereichen.

Mit Recht hat das Berufungsgericht weiter geprüft, ob und in welcher Höhe die einzelnen Schadenspositionen begründet sind, denn das Berufungsgericht hätte der Feststellungsklage teilweise stattgeben müssen, wenn es zu dem Ergebnis gelangt wäre, daß der Schaden der Beklagten geringer sei, als sie angegeben hatte.

Daß die Beklagte nur insoweit Schadensersatz verlangen kann, als das Verhalten der Klägerin für den Schaden ursächlich ist, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat ersichtlich angenommen, daß die Beklagte nur mit Rücksicht auf den mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrag, auf dessen Erfüllung durch die Klägerin sie hoffte, mit dem Bau des nördlichen Bootels gezögert hat und ihr hierdurch sowie durch die gegenüber dem Verträge mit der Klägerin geringeren Mieteinnahmen Schaden entstanden ist. Unter diesen Umständen läßt sich aber die Ursächlichkeit entgegen der Ansicht der Revision nicht verneinen.

Die Revision erhebt weiter Einwendungen gegen die Höhe der von dem Berufungsgericht für berechtigt gehaltenen Schadensposten.

aa) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Beklagte aus dem anstelle des E-M-Studios erbauten Bootel nur eine monatliche Miete von 2 925 anstelle der mit der Klägerin vereinbarten monatlichen Miete von 3 000 DM erzielt. Es hält daher die Klägerin für verpflichtet, der Beklagten monatlich 75 DM, für 9 Jahre also 8 100 DM, zu ersetzen. Dazu rügt die Revision, es beruhe auf einem Verstoß gegen die Lebenserfahrung und gegen die Denkgesetze, daß das Berufungsgericht zugrunde lege, die Klägerin wäre verpflichtet gewesen, der Beklagten die volle Miete zu zahlen, obwohl die Beklagte infolge der Baumaßnahmen an der Olympiastraße gar nicht in der Lage gewesen sei, das E-M-Studio so auszuführen, wie es in dem Vertrage vorgesehen war. Sollte es zutreffen, daß die Beklagte zur Bewirkung der ihr obliegenden Leistung zwar nicht in der Lage gewesen wäre, die Klägerin aber nach Treu und Glauben zur Annahme eines anders ausgeführten Gebäudes und einer verkleinerten Grünfläche verpflichtet gewesen wäre, so könnte möglicherweise die Mietzinsverpflichtung der Klägerin sich verringert haben (vgl. oben zu 4).

bb) Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe unterlassen, bei seiner Schadensberechnung dem Umstande Rechnung zu tragen, daß die Beklagte von den Mietern des von ihr errichteten nördlichen Bootels Mietvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 180 000 DM erhalten habe, läßt sie außer acht, daß nach dem Vertrage der Parteien die Klägerin zu Mietvorauszahlungen in derselben Höhe verpflichtet war. Die Beklagte hätte also dieselben Zinersparnisse gehabt, die ihr durch

die von den Mietern geleisteten Mietvorauszahlungen tatsächlich zugeflossen sind. Ein Vorteil, den die Beklagte sich anrechnen lassen müßte, ist ihr also nicht erwachsen.

cc) Das Berufungsgericht folgt dem Vortrage der Beklagten, die Klägerin habe durch ihre Vertragsuntreue die Erstellung des nördlichen Bootels um ein volles Jahr verzögert. Hierdurch sei der Beklagten ein Schaden von 18 000 DM erwachsen.

Bei ihren Angriffen gegen diese Erwägungen übersieht die Revision, daß die Beklagte nicht verpflichtet war, sofort mit dem Bau des nördlichen Bootels zu beginnen, als die Klägerin sich durch ihr Schreiben vom 25. Oktober 1966 von dem Vertrage losgesagt hatte. Ob die Beklagte mit Rücksicht auf ihre sich aus § 254 Abs. 2 BGB ergebende Schadensminderungspflicht gehalten gewesen wäre, den Ersatzbau eher fertigzustellen, wird das Berufungsgericht in der ohnehin erforderlichen neuen Verhandlung zu prüfen haben.

c) Sollte das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, daß die Beklagte keinen Schadensersatz zu verlangen hat, weil der Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage durchgreift, daß aber die Klägerin der Beklagten eine Ausgleichszahlung schuldet, so würde diese an die Stelle des Schadensersatzes treten und der Feststellungsantrag auf Verneinung der Schadensersatzpflicht entsprechend zu verstehen sein.

7. Auch die Revision gegen das Ergänzungsurteil vom 12. Mai 1970, durch das über den Antrag der Klägerin auf Feststellung, daß der Mietvertrag infolge

ihres Rücktritts oder ihrer Kündigung aufgelöst worden sei, zu Ungunsten der Klägerin entschieden worden ist, erweist sich als begründet.

Das Berufungsgericht faßt den Antrag dahin auf, daß er auf Feststellung der Wirksamkeit einer Rechtshandlung gerichtet sei, und hält ihn für unzulässig. Dem kann nicht gefolgt werden.

Allerdings ist dem Berufungsgericht zuzugeben, daß der Antrag so, wie er gestellt ist, nicht klar erkennen läßt, wie er zu verstehen ist. Da auch ein Klageantrag auslegungsfähig ist, muß geprüft werden, welcher Sinn ihm zukommt. Zu dieser Prüfung ist der erkennende Senat selbst berufen, weil es sich bei dem Antrag um eine verfahrensrechtliche Willenserklärung handelt. Die Auslegung führt dazu, den Antrag, damit er einen vernünftigen Sinn erhält, dahin aufzufassen, daß festgestellt werden sollte, das Mietverhältnis sei in erster Linie durch die in dem Schreiben der Klägerin vom 25. Oktober 1966 enthaltene Rücktritts- und Kündigungserklärung, hilfsweise durch die in der Berufungsbegründung ausgesprochene Kündigungserklärung, äußerstenfalls durch später abgegebene Erklärungen aufgelöst worden. Eine solche Klage ist grundsätzlich zulässig, wie der erkennende Senat in BGHZ 43, 144 eingehend dargelegt hat. Es handelt sich um eine sogenannte Zwischenfeststellungsklage, die in § 280 ZPO näher geregelt ist (vgl. Gelhaar in LM ZPO § 322 Nr. 52). Über diese Klage hätte das Berufungsgericht daher sachlich entscheiden müssen. Auch das Ergänzungsurteil muß somit aufgehoben und die Sache insoweit ebenfalls an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt, ist sie dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Messner
ist beurlaubt
und kann deshalb
nicht unterschreiben

Mormann

Dr. Hiddemann

Dr. Haidinger