

- 5

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 553, 555, 347

Kündigt der Vermieter das Mietverhältnis fristlos aus wichtigem Grunde, so hat er den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Mietzins von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.

BGH, Urt. v. 16. Januar 1963 - VIII ZR 83/61 - Kammergericht
Berlin
Landgericht
Berlin

Verkündet

am 16. Januar 1963

Wüst,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Kaufleute

- 1) Mendel B. [REDACTED] in B. [REDACTED], Warmbrunner
Straße 37,
- 2) Leon S. [REDACTED] in B. [REDACTED], Bernadottestr. 4,
- 3) Shemuel B. [REDACTED] in B. [REDACTED], Warmbrunner
Straße 37,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Möhring -

gegen

den Grundstückseigentümer Paul B. [REDACTED] jr. in B. [REDACTED]
[REDACTED], Kurhausstraße 31,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wintzer -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1962 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers zu 3 wird das
Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 20. Februar 1961 teilweise aufgehoben,
soweit der Zinsspruch auf die zuerkannten
10 000 DM abgewiesen worden ist. Das Urteil der
4. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom
21. Januar 1960 wird auf die Berufung des Klä-
gers zu 3 weiter dahin abgeändert, daß der Be-

- 1a -

klage verurteilt wird, dem Kläger zu 3 vier %
Zinsen auf zehntausend Deutsche Mark auch für
die Zeit vom 11. April bis 22. Juli 1958 zu zahlen.

Im übrigen wird die Revision der Kläger gegen
das oben bezeichnete Urteil zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen den
Klägern zur Last.

Von Rechts wegen



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

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks B [REDACTED], Turmstraße 57. Auf diesem wollte er ein Gebäude mit fünf Stockwerken, zunächst jedoch nur den Keller und das Erdgeschoss, dieses mit Ladenräumen, errichten. Am 19. September 1957 schloß er mit dem Kläger zu 3 einen Mietvertrag. Der Vertrag wurde "unter Mithaftung des Klägers zu 1 für die vom Mieter eingegangenen Zahlungsverpflichtungen" geschlossen und vom Kläger zu 1 mit einem entsprechenden Vermerk mitunterschrieben. In Nr. 1 des Vertrages heißt es, der Vermieter errichte auf seinem Grundstück ein näher beschriebenes Ladengeschäft mit Passage (mit einer Gesamtfläche von ca. 265 qm). Nach Nr. 2 hatte der Mieter eine voll anzurechnende Mietvorauszahlung in Höhe von 20 000 DM in 2 gleichen Raten zu zahlen. Auf die Rückzahlung des Anzahlungsbetrages von 10 000 DM verzichtete der Mieter vorbehaltlos, "wenn er ohne Verschulden des Vermieters den Mietvertrag nicht erfülle, bzw. vom Mietvertrag zurücktrete". Das sollte auch dann gelten, wenn der Vermieter die Ladenräume anderweit vermieten könnte (Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3). Nach Nr. 3 betrug die Miete monatlich fest 2 000 DM, zusätzlich einer Umsatzbeteiligung von 6 % mit einer Umsatzmietengarantie in Höhe von (weiteren) 1 000 DM monatlich, d.h. insgesamt mindestens 3 000 DM. Der Vertrag wurde (Nr. 5) für eine Laufzeit von zehn Jahren geschlossen. Ein Zeitpunkt für die Fertigstellung des Ladenbaus und den Beginn des Mietverhältnisses war im Vertrage nicht festgelegt.

Der Beklagte erhielt je 10 000 DM am 22. September und 25. November 1957. Seinen nach Abschluß des Mietvertrages gestellten Antrag, vorerst nur die Errichtung des Erdgeschosses - vorbehaltlich späterer Aufstockung - zu genehmigen, lehnte das Bauamt ab. Es ver-

langte, daß mindestens noch ein Stockwerk errichtet werde. Davon setzte der Beklagte den Kläger zu 3 alsbald in Kenntnis mit dem Vorschlag, auch das zu errichtende erste Stockwerk mit zu übernehmen. Der Kläger zu 3 erbat sich Bedenkzeit. Im November 1957 stellten die drei Kläger dem Beklagten die Übernahme des ersten Stockwerks in Aussicht. Dabei teilten sie ihm mit, sie wollten zwecks Gewinnung weiterer Geldgeber eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gründen. Im Zuge dieser Verhandlungen erklärte sich der Beklagte in einem nur von ihm am 26. November 1957 unterschriebenen "Anhang zum Mietvertrag" damit einverstanden, daß sein Vertrag mit dem Kläger zu 3 auf die Firma "L. S. [REDACTED] und Gebr. M. [REDACTED] und Sh. [REDACTED] B. [REDACTED] GmbH" abgeändert werde.

Am 27. Januar 1958 schrieb der Kläger zu 2 an den Beklagten, sie stellten ihm nochmals anheim, den Laden bis 1. März 1958 fertigzustellen, und zwar genau nach ihrem Vertrage vom September 1957 (Charakter des Baues und Flächen). Der Beklagte antwortete am 1. Februar 1958, ein bestimmter Termin sei nicht vereinbart; er werde jedoch versuchen, den Bau zu Ostern 1958 (= 6. April) fertigzustellen. Am 10. März 1958 traten die Kläger an ihn mit der Bitte heran, sie gegen Stellung eines Mietnachfolgers aus dem Vertrage zu entlassen. Verhandlungen zwischen dem Beklagten und dem ihm von den Klägern als Mietnachfolger benannten Inhaber der Firma "Piko-Schuhe" scheiterten. Mit Schreiben vom 14. Mai 1958 wies der Beklagte die Kläger auf seine durch ihre Bitte, sie aus dem Vertrage zu entlassen, entstandene Zwangslage hin und bat um unverzügliche schriftliche Mitteilung, ob sie bereit und in der Lage seien, den Vertrag selbst zu erfüllen. Dieses Schreiben beantwortete der Prozeßbevollmächtigte der Kläger am 19. Mai 1958, ohne auf die Frage einzugehen, ob die Kläger zur Vertragserfüllung be-

reit seien. Am 28. Mai 1958 erinnerte der Beklagte an die geforderte Erklärung. Am 17. Juli 1958 schrieb er den Klägern, er fordere sie nunmehr letztmalig auf, bis zum 23. Juli 1958, 12 Uhr, schriftlich zu erklären, ob sie ohne zusätzliche Bedingungen den Vertrag vom 19. September 1957 durch Übernahme der Mieträume, Zahlung des vereinbarten Mietzinses und Betrieb des vorgesehenen Geschäfts erfüllen würden. Sollten die Kläger die Erklärung nicht fristgerecht abgeben, so behalte er sich vor, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen. Als die Kläger nicht antworteten, kündigte der Beklagte den Vertrag vom 19. September 1957 nebst Zusatzvertrag vom 26. November 1957 mit Schreiben vom 23. Juli 1958. Mit Schreiben vom 28. Juli 1958 antwortete der Prozeßbevollmächtigte der Kläger:

"... meinen Mandanten ist an einer weiteren Durchführung des Vertragsverhältnisses ... nicht gelegen. Sie verlangen die Rückzahlung des gezahlten Baukostenzuschusses und Schadenersatz.

Herr B. (= Beklagter) hat seinerzeit abgelehnt, den Bau herzustellen, wie dies dem Vertrage entspricht. Eine besondere Fristsetzung erübrigt sich deshalb. Notfalls fordere ich hiermit ihren Mandanten auf, den Bau vertragsgemäß binnen längstens zwei Wochen herzustellen und zu übergeben, andernfalls treten meine Mandanten von dem Vertrage zurück und verlangen Rückzahlung der gezahlten Vorauszahlungen und Schadenersatz."

Die Kläger erhoben sodann Klage und beantragten im ersten Rechtszuge, den Beklagten zu verurteilen, an sie das Ladengeschäft (den vertraglichen Vereinbarungen entsprechend) schlüsselfertig zu übergeben, hilfsweise an sie 40 000 DM nebst Zinsen zu zahlen, davon 20 000 DM geleistete Mietvorauszahlung und 20 000 DM als Schadenersatz aus Verzug.

Das Landgericht wies die Klage ab. Im zweiten Rechtszuge beantragten die Kläger in erster Reihe Verurteilung des Beklagten, ihnen das Ladengeschäft zu überlassen, und Feststellung, daß er verpflichtet ist, ihnen den durch die verzögerte Gebrauchsgewährung entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen, hilfsweise mit der Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihnen diesen Schaden zu ersetzen. Weiter beantragten sie hilfsweise, ihn zu verurteilen, an sie 20 000 DM als Schadensersatz und weitere 20 000 DM (als Rückzahlung der Mietvorauszahlung) nebst Zinsen zu zahlen. Das Berufungsgericht wies die Klage der Kläger zu 1 und 2 ganz ab. Unter Abweisung der Klage des Klägers zu 3 im übrigen sprach es diesem zehntausend DM nebst 4 % Zinsen seit dem 23. Juli 1958 zu. Hinsichtlich dieser Verurteilung ist das Urteil rechtskräftig. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger ihren im ersten Rechtszuge gestellten Haupt- und Hilfsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Zur Aktivlegitimation der Kläger zu 1 und 2.

I. Das Berufungsgericht hält die Kläger zu 1 und 2 nicht für klagberechtigt: Aus dem Vertrage vom 19. September 1957 selbst könnten sie keine mietvertraglichen Rechte herleiten. Als nach Mitte November 1957 neue - ergebnislose - Verhandlungen zwischen dem Beklagten und sämtlichen Klägern wegen Übernahme auch des geplanten ersten Stockwerks stattgefunden hätten, sei lediglich beabsichtigt gewesen, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung in die Rechte des Klägers zu 3 aus dem auf dieses

5

Stockwerk zu erweiternden Vertrag eintreten sollte. Die Gesellschaft habe der Beklagte anstelle des Klägers zu 3 in dem "Anhang zum Mietvertrag vom 26. November 1957" als Vertragspartner anerkennen wollen. Zu einem Vertrag über Geschäftsräume im Erdgeschoss und im 1. Stockwerk sei es zwischen den Parteien nicht gekommen. Die Gesellschaft sei nie ins Leben getreten. Weder sie noch ihre in Aussicht genommenen Gründer könnten Vertragspartner des Beklagten geworden sein.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Kläger zu 1 und 2 und halten auch gegenüber den Verfahrensrügen der Revision einer Nachprüfung stand.

1. Die Revision beachtet nicht hinreichend, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Parteien tatrichterlich dahin gewürdigt hat, die neuen Verhandlungen im November 1957 hätten nur zum Ziele gehabt, den Vertrag vom 19. September 1957 auf die Geschäftsräume im ersten Stock zu erweitern, sowie, die Gesellschaft, deren Gründung beabsichtigt war, habe in diesen erweiterten Vertrag eintreten sollen. Das entspricht auch dem Tatbestand des angefochtenen Urteils, nach dem sich der Beklagte nur "im Zuge dieser Verhandlungen" mit Schreiben vom 26. November 1957 damit einverstanden erklärte, den Vertrag mit dem Kläger zu 3 auf die neue Firma abzuändern.

2. Das Berufungsgericht ist danach ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß die Vertragsänderung am 26. November 1957 nicht schon "effektiv" werden sollte, wie die Revision meint. Etwas anderes brauchte es auch nicht dem Wortlaut des sog. "Anhangs zum Mietvertrag" vom 26. November 1957 zu entnehmen, bei dem es sich nur um eine einseitige Erklärung des Beklagten handelt, die die Klä-

ger nicht mitunterschrieben haben. Daß im Falle der beabsichtigten Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die im Namen dieser Gesellschaft handelnden Personen sich möglicherweise schon persönlich vertraglich binden können, hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Es hat jedoch einen entsprechenden Vertragsabschluß verneint.

3. Es lag auch im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts, wenn es die Zahlung der zweiten Rate von 10 000 DM durch die Firma S [REDACTED] und B [REDACTED], deren Inhaber die Kläger zu 1 und 2 waren, am 25. November 1957 an den Beklagten als eine Leistung zu Gunsten des Klägers zu 3 auf seine Schuld aus dem Mietvertrag vom 19. September 1957 wertet und daraus weder den Schluss zieht, daß schon eine Vertragsänderung erfolgt war, noch daß die Kläger zu 1 und 2 die Zahlung in Erwartung einer solchen Änderung geleistet haben. In den Tatsachenrechtszügen ist zu letzterem nichts vorgetragen. Auch die Revision hat hierzu Rügen im einzelnen nicht erhoben. Es bestand deshalb kein Anlaß zu prüfen, ob der dem Kläger zu 3 bereits rechtskräftig zugesprochene Betrag von 10 000 DM auch den Klägern zu 1 und 2, diesen gegebenenfalls aus ungerechtfertigter Bereicherung, hätte zugesprochen werden können.

4. Es ist auch nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht zu Gunsten der Kläger zu 1 und 2 nichts daraus hergeleitet hat, daß sich der Beklagte noch nach dem Scheitern der Verhandlungen über eine Erweiterung des Vertrages auf das erste Stockwerk auch an sie gewandt hat; denn daraus läßt sich allenfalls entnehmen, daß er - in Ergänzung seiner einseitigen Erklärung vom 26. November 1957 - auch bereit war, diese beiden Kläger persönlich (gleichberechtigt mit dem Kläger zu 3) in den - nicht erweiterten - Vertrag vom 19. September 1957

als Mieter aufzunehmen. Das Berufungsgericht vermißt aber ohne Rechtsirrtum insoweit übereinstimmende Erklärungen der Parteien.

III. Die Revision der Kläger zu 1 und 2 konnte danach schon deshalb keinen Erfolg haben, weil das Berufungsgericht ihre Klageberechtigung rechtsirrtumsfrei verneint hat.

B. Zur Revision des Klägers zu 3.

I. Das Berufungsgericht versagt dem Kläger zu 3 einen Erfüllungsanspruch und einen Anspruch auf Schadensersatz mit der Begründung, der Vertrag vom 19. September 1957 sei durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 23. Juli 1958 beendet worden. Es ist der Auffassung, der Beklagte sei zu dieser Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt gewesen, weil die Durchführung des Vertrages durch vom Kläger zu 3 als Mieter zu vertretende Umstände derart gefährdet worden sei, daß dem Beklagten auch bei strenger Prüfung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zuzumuten gewesen sei.

Von den beiden Mietvorauszahlungen von je 10 000 DM sieht es den ersten Betrag von zehntausend DM als dem Beklagten gemäß Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 verfallen an. Zur Rückzahlung der weiteren 10 000 DM hat es ihn in entsprechender Anwendung von §§ 555, 554, 553 BGB verurteilt.

II. Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichts an, soweit sie dem Kläger nachteilig sind.

1. In erster Reihe wendet sie sich dagegen, daß das Berufungsgericht ein Recht des Beklagten, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, anerkannt hat.

a) Dazu ist vorab zu bemerken, daß die Revision de...

Gedankengang des Berufungsurteils nicht gerecht wird, wenn sie glaubt, das Berufungsgericht habe gemeint, dem Beklagten sei eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nur deshalb nicht zuzumuten, weil die Kläger, insbesondere der Kläger zu 3, auf die Aufforderung des Beklagten vom 17. Juli 1958, sich zu erklären, ob sie bereit seien, den Vertrag zu erfüllen, nicht geantwortet hätten. Den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils in Verbindung mit dem unstreitigen Teil seines Tatbestandes ist vielmehr zu entnehmen, daß die Nichtbeantwortung des Schreibens in der vom Beklagten gesetzten Frist - nach Auffassung des Berufungsgerichts - nur das letzte Glied in der Kette der Umstände gewesen ist, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Beklagten unzumutbar machten. Maßgebend waren außerdem noch eine ganze Reihe ~~anderer~~ Umstände, nämlich die Befürchtung, der Kläger zu 3 werde wegen der geschäftlichen Verluste nicht in der Lage sein, den Vertrag zu erfüllen, Hinziehen der Verhandlungen wegen eines Ersatzmieters (seit 10. März 1958), Scheitern dieser Verhandlungen (Entscheidungsgründe S. 13) mit P. [REDACTED] auch deshalb, weil die Kläger von ihm (außer den Mietvorauszahlungen von 20 000 DM) noch 10 000 DM Abstand forderten (Tatbestand S. 4), ausweichende Beantwortung des Schreibens des Beklagten vom 14. Mai 1958 am 19. Mai 1958, Nichtbeantwortung des Schreibens vom 28. Mai 1958 (Tatbestand S. 5), schwierige Lage des Beklagten, der in Ungewißheit war, wie die Räume nach dem Willen eines etwaigen anderen Mieters zu gestalten waren (Tatbestand S. 4) und Erklärung der Kläger noch am 20. und 21. Juli 1958, sie selbst hätten an den Räumen wegen erlittener Verluste kein Interesse mehr (Entscheidungsgründe S. 4). Letzteres entnimmt das Berufungsgericht erkennbar als Behauptung des Beklagten seinem Schreiben vom 23. Juli 1958, das es ohne Rechtsirrtum als insoweit nicht bestritten ansieht. Bei dieser Sachlage ist das Berufungsgericht in tatrichterli-

licher Würdigung des Parteivortrages, insbesondere des umfangreichen Briefwechsels, ohne Rechtsverstoß zu der Überzeugung gelangt, durch den Kläger zu 3 sei seit dem 10. März 1958 im Zuge seiner Bestrebungen, gegen Stellung eines Ersatzmieters aus dem Vertrage vom 19. September 1958 entlassen zu werden, eine erhebliche Unsicherheit beim Beklagten nicht nur darüber hervorgerufen, ob der Kläger zu 3 finanziell in der Lage war, den Mietvertrag selbst durchzuführen, sondern auch, ob er dazu überhaupt gewillt war. Als dann ist es aber aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, der Beklagte habe ein berechtigtes Interesse daran gehabt, beides klargestellt zu sehen. Diese vom Kläger zu 3 hervorgerufene Ungewißheit und sein Verhalten (Vermeiden jeder klarstellenden Erklärung) konnte es auch als Umstände werten, welche die Durchführung des Mietvertrages derart gefährdeten, daß sie dem Beklagten nicht mehr zumutbar war. Dies gilt insbesondere deshalb, weil er den Mietgegenstand nach den Wünschen des Mieters errichten sollte, aber, worauf das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verweist, mit Mietausfällen und unnötigen Kosten zu rechnen hatte, wenn der Kläger den Laden doch nicht übernahm, ein anderer Mieter, aber hinsichtlich der Gestaltung der Räume andere Wünsche hatte. Der Kläger zu 3 wollte nach seinem Mietvertrag ein Einzelhandelsgeschäft mit "Damen- und Herrenoberbekleidung, Pelzen und Lederbekleidung" betreiben (Nr. 4. des Vertrages), der vorgesehene Ersatzmieter Piontkowski ein Schuhgeschäft einrichten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war - gerechnet vom 10. März - auch nach vier Monaten aber noch nicht geklärt, ob der Kläger zu 3 wirklich selbst den Laden beziehen konnte und wollte. Es geht jedenfalls, ohne daß die Revision insoweit dagegen im einzelnen Angriffe erhoben hat, wie bereits erwähnt, davon aus, die Kläger hätten (ebenso wie schon am 10. März 1958) noch am 20. und 21. Juli 1958 erklärt, sie - persönlich - hätten an den

Räumen wegen erlittener Verluste kein Interesse mehr. Das stimmt übrigens im Ergebnis auch mit der Erklärung des Prozeßbevollmächtigten der Kläger in seinem Schreiben vom 28. Juli 1958 überein, seinen Mandanten sei an einer Durchhaltung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten nicht gelegen.

b) Bei dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt kommt es nicht darauf an, ob der Kläger zu 3 ausdrücklich erklärt hat, er werde den Vertrag nicht erfüllen. Zur Kündigung aus wichtigem Grunde (vgl. RGZ 150, 193, 199; BGB RGRK 11. Aufl. § 553 Anm. 2 mit Nachweisen) genügte, daß er den Beklagten darüber im Unklaren gelassen hat, ob er den Laden selbst übernehmen könne und übernehmen werde; denn allein dadurch wurde nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Vertragszweck für den Beklagten bereits gefährdet. Dieser hatte, schon um in den Genuß der vorgesehenen Miete zu gelangen, ein Interesse daran, die Mieträume baldigst fertigzustellen. Das konnte er aber nicht, ohne der Gefahr von Verlusten ausgesetzt zu sein, ehe geklärt war, wer die Räume beziehen würde. Damit hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei einen wichtigen Grund für den Vermieter zur Kündigung bejaht. Es befindet sich im Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats, der in einem ähnlich liegenden Falle die Auffassung vertreten hat, ein Unterpächter könne, obwohl der Hauptpächter den Hauptpachtvertrag noch nicht gekündigt hatte, sein Unterpachtverhältnis aus wichtigem Grunde kündigen, wenn die für ihn nötige Gewißheit über die Fortdauer des Hauptvertrages fehlt, weil er größere Investitionen vornehmen will (Urt. vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 128/58 - LM BGB § 542 Nr. 1).

Bei dieser Sachlage kann hier dahingestellt bleiben, ob dem Beklagten möglicherweise ein Rücktrittsrecht zustehen könnte (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 13. November 1956 - VIII ZR 3/56 - LM BGB § 326 (A) Nr. 6)

c) Das Berufungsgericht hat auch bei Prüfung der Frage der Zumutbarkeit keinen wesentlichen Parteivortrag übersehen oder unzureichend gewürdigt.

aa) Die Revision verkleinert die dem Verhalten der Kläger, insbesondere des Klägers zu 3, beizumessende Bedeutung, wenn sie ausführt, die Kläger hätten keine Erklärungen mit dem Ziel der Beendigung des Vertrages abgegeben, sondern nur "zeitweise eine Vereinbarung mit dem Beklagten über einen Ersatzmieter zu treffen versucht, voraus folge, daß sie sich an den Vertrag gebunden fühlten". Die Unzumutbarkeit hat das Berufungsgericht nach seinen Feststellungen ohne Rechtsirrtum darin gesehen, daß die Kläger, obwohl sich die auch nach ihrer Abstandsforderung gescheiterten Verhandlungen mit P. [REDACTED] lange Zeit hingezogen haben und obwohl der Beklagte Bedenken gegen ihre Zahlungsfähigkeit und gegen ihren Willen haben mußte, den Vertrag selbst durchzuhalten, nicht nur klaren Erklärungen auswichen, sondern wiederum (am 20. und 21. Juli 1958) zum Ausdruck brachten, sie hätten an den Räumlichkeiten wegen erlittener Verluste kein Interesse.

bb) Das Berufungsgericht ist zwar bei der Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Beklagten nicht ausdrücklich darauf eingegangen, daß der Kläger zu 3 eine Mietvorauszahlung geleistet hatte. Es kann diese Tatsache aber nicht übersehen haben; denn es hat sie in anderem Zusammenhang ausführlich erörtert. Ihre Leistung schließt aber nicht aus, wie die Revision meint, daß der Beklagte Mietausfälle befürchten mußte. Sie verweist selbst darauf, daß laut Mietvertrag die Amortisation der Vorauszahlungen grundsätzlich erst nach Ablauf des ersten Mietjahres erfolgen sollte. Bis dahin mußte der Kläger zu 3 aber laut Vertrag (Nr. 3) - abgesehen von den ihm zur Last fallenden Inneneinrichtungskosten (Nr. 5 Satz 2) - sechs Mo-

nate lang mindestens 2 000 DM monatlich und im zweiten halben Jahr - unabhängig von der Höhe seines Umsatzes - 2 500 DM monatlich und für die spätere Zeit 3 000 DM monatlich entrichten. Danach waren im ersten Mietjahr mindestens 27 000 DM allein schon an Miete von ihm aufzubringen. Die Unzumutbarkeit hat das Berufungsgericht im Übrigen auch darin gesehen, daß die Fertigstellung des Baues seit der Bitte des Klägers, ihn aus dem Vertrag gegen Stellung eines Ersatzmieters zu entlassen (10. März 1958), zunächst einmal durch die sich länger hinziehenden ergebnislosen Verhandlungen mit dem Ersatzmieter P [REDACTED] [REDACTED] hinausgeschoben wurden, sowie darin, daß der Beklagte auch danach die Herstellung des Baues auf den beabsichtigten Betrieb des Klägers zugeschnitten solange nicht vornehmen konnte, ohne sich der Gefahr von Verlusten auszusetzen, als er nicht die Gewißheit hatte, der Kläger zu 3 sei gewillt und in der Lage, den Mietvertrag selbst durchzuhalten. Diese Sicherheit hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bis zum 23. Juli 1958, als er die Kündigung aussprach, nicht gehabt.

cc) Der Revision ist zuzugeben, daß eine andere Beurteilung der Frage der Zumutbarkeit dann geboten sein würde, wenn der Beklagte sich im Verzuge befunden hätte. Dieser wird aber vom Berufungsgericht verneint. Es hat auch in diesem Zusammenhang kein wesentliches Parteivorbringen übergegangen.

α. Die Kläger hatten allerdings in ihrem Schriftsatz erster Instanz vom 31. Januar 1959 S. 1, 2 unter Beweis gestellt, worauf die Revision verweist, der Beklagte habe Fertigstellung des Baues bereits für den 7. Dezember 1957 fest zugesagt. Das hatte der Beklagte aber in den Schriftsätzen vom 28. Februar 1959 und vom

18. März 1959 unter Angabe von Einzelheiten ausdrücklich mit dem Bemerkten bestritten, die von den Klägern angegebenen Zeugen seien bei Verhandlungen nicht zugegen gewesen. Die Kläger sind daraufhin auf ihre Behauptung im Schriftsatz vom 31. Januar 1959 nicht wieder zurückgekommen und haben in der Berufungsbegründung vom 1. Juni 1960 S. 3 sogar selbst vorgetragen, ein Fertigstellungstermin sei nicht vereinbart. Das Berufungsgericht durfte deshalb, ohne daß ein Verstoß gegen § 286 ZPO vorliegt, davon ausgehen, daß der Beklagte am 10. März 1958 nicht im Verzuge war, als der Kläger zu 3 um Freistellung vom Vertrage gegen Stellung eines Ersatzmieters bat.

β Eine andere Beurteilung ist auch nicht bei Berücksichtigung des sonstigen unstreitigen Sachverhalts, insbesondere des Schriftwechsels geboten.

Laut Tatbestand des angefochtenen Urteils hat der Kläger zu 3 auf den Vorschlag des Beklagten, auch das erste Stockwerk zu übernehmen, Bedenkzeit erbeten und ihm sogar - mit den übrigen Klägern zusammen - Übernahme auch dieser Räume in Aussicht gestellt. Der Beklagte konnte deshalb während der Verhandlungen über diese Änderung des Vertrages nicht in Verzug kommen. Wann sie endgültig gescheitert sind, ist nicht vorgetragen, auch unerheblich. Jedenfalls ergibt auch das Schreiben des Klägers zu 2 (Schauder) an den Beklagten vom 27. Januar 1958, er möge den Laden nach dem ursprünglichen Vertrage vom 19. September 1957 fertigstellen, keinen Verzug des Beklagten. Es enthält allerdings, die, wie bereits ausgeführt, im Prozeß nicht mehr aufrechterhaltene Behauptung, der Bau habe bereits zum 7. Dezember 1957 fertig sein sollen. Wenn der Beklagte in seinem Antwortschreiben vom 1. Februar 1958 dieser Auffassung entgegentrat, eine Fertigstellung zum

1. März 1958 ablehnte und nur erklärte, er werde bemüht sein, den Laden möglichst zu Ostern fertigzustellen, handelte er deshalb nicht vertragswidrig. Ostern fiel im Jahre 1958 auf den 6. und 7. April. Wenn die Kläger schon rund vier Wochen vorher, am 10. März 1958, den Beklagten ausdrücklich baten, sie wegen ihrer geschäftlichen Verluste aus dem Vertrage zu entlassen, konnte er auch in der Folgezeit jedenfalls so lange nicht in Verzug kommen, als über die Stellung eines Ersatzmieters verhandelt wurde. Es mußte nunmehr erst eindeutig geklärt werden, inwieweit der Laden für den zu beschaffenden Ersatzmieter etwa nach dessen Bedürfnissen und besonderen Wünschen anders gestaltet werden sollte, und ferner, ob, falls ein geeigneter Ersatzmieter nicht gefunden wurde, der Kläger zu 3 trotz seiner Verluste bereit und in der Lage war, den Vertrag mit allen seinen Auswirkungen durchzuhalten. Diese Gewißheit hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Kündigung am 23. Juli 1958 nicht gehabt. Das Berufungsgericht brauchte deshalb nicht davon auszugehen, daß der Beklagte etwa an diesem Tage im Verzuge war.

d) Der Vertrag sah nicht ausdrücklich einen Flachbau vor. Unstreitig wußte der Kläger auch seit November 1957, daß der Ladenbau nur mit einem Stockwerk darüber errichtet werden durfte. Damit war er einverstanden; denn er hat sogar zunächst Übernahme dieses 2. Stockwerks in Aussicht gestellt. Die Revision ist auch nicht mehr auf den Vortrag in den Tatsachenrechtszügen zurückgekommen, Ladenräume in einem Hause mit einem weiteren Stockwerk seien gegenüber solchen in einem Flachbau "minderwertig". Sie führt jedoch aus, der Beklagte habe sich deshalb nicht vom Vertrage lösen können, weil er das Ladengeschäft gänzlich anders gebaut und sich deshalb vertragswidrig verhalten habe. Den Vortrag der Kläger über die gänzlich andere Bauweise habe er nicht bestritten. Die Re-

vision scheint damit auf das Vorbringen in der Berufungsbegründung vom 1. Juni 1960 verweisen zu wollen, in der auf Seite 5 vorgetragen ist, der Beklagte habe "in der Zwischenzeit" ein zweigeschossiges Ladengeschäft im Rohbau fertiggestellt, dessen Grundfläche im Erdgeschoss rund 350 qm betrage. Aus diesem Vortrag kann indes nur entnommen werden, daß der Beklagte nachträglich seine Pläne geändert hat. Das ist aber keine Vertragsverletzung des Mietvertrages mit dem Kläger zu 3; denn dieser Vertrag war, wie ausgeführt, rechtswirksam am 23. Juli 1958 gekündigt worden. Eine Vertragsverletzung des Beklagten, die eine solche Kündigung ausschloß und deshalb vor ihr liegen müßte, ist von der Revision nicht aufgezeigt. Auch die nachträgliche Planänderung durch den Beklagten spricht daher nicht dagegen, daß er noch am 17. Juli 1958 bereit gewesen ist, den Vertrag vom 19. Dezember 1957 buchstabengetreu in Form der schlüsselfertigen Übergabe der vertraglich vorgesehenen Mieträume - ohne die erste Etage - zu erfüllen, was er bereits im Schreiben vom 1. Februar 1958 (unter Hinweis auf Nr. 1, 5 Abs. 2 des Vertrages) zugesagt und in seinem Brief vom 17. Juli 1958 noch einmal zugesichert hatte.

e) Nach dem festgestellten Sachverhalt brauchte das Berufungsgericht dem Schreiben des Beklagten vom 17. Juli 1958 auch nicht zu entnehmen, wie die Revision meint, daß es lediglich "provokatorisch" gedacht gewesen ist und deshalb von den Klägern nicht hätte beantwortet zu werden brauchen. Das Berufungsgericht hat, wie schon dargelegt, festgestellt, daß der Beklagte, als er die Kündigung am 23. Juli 1958 aussprach, echte Zweifel hatte und haben mußte, ob der Kläger zu 3 finanziell in der Lage und ernstlich gewillt war, die Ladenräume, wie ursprünglich vorgesehen, zum Betriebe eines Einzelhandels-

geschäfts selbst zu übernehmen. Auf die Schreiben der Kläger vom 27. Januar 1958 und des Beklagten vom 1. Februar 1958 ist schon in anderem Zusammenhang eingegangen. Es ist auch ausgeführt, daß die Kläger, was die Revision außer acht läßt, durch ihren am 10. März 1958 ausgesprochenen Wunsch, wegen eingetretener Geschäftsverluste aus dem Vertrage entlassen zu werden, und die sich daran anschließenden, vergeblichen Verhandlungen mit dem Inhaber eines Schuhgeschäfts als Ersatzmieter den Ausbau in der ursprünglich vorgesehenen Form verzögerten. In den Tatsachenrechtszügen ist ersichtlich die Behauptung des Beklagten in seinem Schreiben vom 17. Juli 1958 nicht bestritten worden, die nochmals mit dieser Firma aufgenommenen Verhandlungen seien nunmehr endgültig gescheitert, und zwar einmal, weil diese Firma keine Umsatzbeteiligung habe zugestehen wollen, und auch deshalb, weil die Kläger von ihr zusätzlich 10 000 DM Abstand verlangten. Letzteres ist auch ausdrücklich in den unstreitigen Teil des Tatbestands aufgenommen (BU 4). Angesichts der Fortführung der Verhandlungen mit der Firma Pico-Schuhe auch noch im Juni und Juli 1958 läßt sich aber aus den von der Revision in Bezug genommenen Schreiben der Kläger vom 5. Mai 1958 an den Vater des Beklagten und vom 19. Mai 1958 an den Beklagten selbst nichts zu Gunsten des Klägers zu 3 herleiten. Die Revision versucht auch vergeblich den Ausdruck "ohne zusätzliche Bedingungen" in dem Schreiben des Beklagten vom 17. Juli 1958 etwas zu seinen Lasten zu entnehmen, indem sie ausführt, solche zusätzlichen Bedingungen hätten die Kläger nie gefordert. Im ersten Teil des genannten Schreibens hatte der Beklagte nämlich klar zum Ausdruck gebracht, nachdem die Kläger seit 10. März 1958 nicht in der Lage gewesen seien, ihm einen Ersatzmieter zu stellen, lehne er eine zukünftige Ersatzmietergestellung ab. Angesichts dieser Fassung sollte das anschließende Verlangen des Beklagten, die Kläger sollten nunmehr erklären, ob sie ohne zusätzliche Bedingung den Vertrag durch Übernahme der

Mieträume usw. erfüllen würden, erkennbar bedeuten, sie müßten erklären, daß sie bereit und in der Lage seien, die Räume selbst zu übernehmen, und daß sie nicht mehr an Übernahme des Ladens durch einen Ersatzmieter dächten. Dahin hat das Berufungsgericht das Schreiben jedenfalls ohne Rechtsirrtum ausgelegt.

2. Hat aber der Beklagte den Vertrag vom 19. September 1958 aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt, so scheiden sowohl der geltend gemachte Erfüllungsanspruch wie auch jeder Schadensersatzanspruch aus, weil der wichtige Grund zu dieser Kündigung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Risikobereich des Klägers zu 3 gelegen hat. Die Revision irrt, wenn sie meint, bei einer solchen Fallgestaltung schließe die fristlose Kündigung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht aus. Das würde allenfalls dann zutreffen, wenn der wichtige Grund in vom Beklagten zu vertretenden oder in seinen Geschäftsbereich fallenden Umständen liegen würde. Das ist aber nach dem festgestellten Sachverhalt nicht der Fall.

3. Die Anzahlung von 10 000 DM hält das Berufungsgericht für zu Gunsten des Beklagten verfallen, weil nicht er, sondern der Kläger zu 3 die Durchführung des Vertrages verhindert habe. Auch das greift die Revision an. Sie verweist auf den Wortlaut des Vertrages, nach dem der Mieter (Kläger zu 3) vorbehaltlos auf die Rückzahlung dieses Anzahlungsbetrages nur verzichtet habe für den Fall, daß er ohne Verschulden des Vermieters den Mietvertrag nicht erfülle oder vom Mietvertrag zurücktrete. Sie meint, diese Voraussetzungen lägen nicht vor; denn der Kläger zu 3 habe die Erfüllung des Vertrages nicht verweigert, auch sei er nicht vom Vertrage zurückgetreten, sondern habe lediglich den Rücktritt für den Fall angekündigt, daß der Beklagte den Vertrag nicht erfülle. Die Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht legt die "Verfallklausel" in Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 ersichtlich dahin aus, sie solle nicht nur dann gelten, wenn der Mieter selbst ausdrücklich erklärt, er wolle nicht erfüllen oder er trete zurück, sondern auch für den Fall, daß er dem Vermieter einen wichtigen Grund zum Rücktritt vom Vertrage oder zur Kündigung des Vertrages gibt, so daß er deshalb nicht zur Durchführung kommt. Diese Würdigung liegt im Rahmen der dem Tatrichter obliegenden Auslegung eines Individualvertrages. Insoweit handelte es sich auch nicht um das Ausfüllen einer Vertragslücke.

Soweit die Revision ausführt, es sei nicht dargetan, daß die Parteien den Willen gehabt hätten, den Betrag von 10 000 DM auch dann zu Gunsten des Beklagten verfallen zu lassen, wenn dieser grundlos eine Frist setze und nach deren Ablauf vom Vertrage zurücktrete, eine so extensive Auslegung des Vertrages sei unmöglich, vertritt sie nur eine unrichtige Auffassung über den festgestellten Sachverhalt.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Verfallklausel auch für den hier eingetretenen Fall gedacht gewesen ist, ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Dagegen spricht auch nicht die Höhe des verfallenen Betrages, der jedenfalls nicht unangemessen hoch ist, wenn man berücksichtigt, daß der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts seit 10. März 1958 in der Fortführung des Baues und der weiteren Planung nicht frei war und daß er sich nach der Kündigung erst wieder um einen neuen Mieter bemühen mußte, nach dessen Wünschen die Räume zu gestalten waren.

4. Zinsen hat das Berufungsgericht dem Kläger auf den ihm zuerkannten Betrag von 10 000 DM nur für die

Zeit seit dem 23. Juli 1958, dem Tage der Kündigung, zugesprochen. Es nimmt an, daß die von ihm für richtig gehaltene entsprechende Anwendung der §§ 555, 347 Satz 3 BGB hier nur dazu führen könne, die verschärfte Haftung des Vermieters erst im Zeitpunkt der Kenntnis von den Rücktrittsvoraussetzungen beginnen zu lassen.

In dieser Auffassung kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden. Nach § 555 BGB hat der Vermieter, wenn er von der in §§ 553, 554 BGB vorgesehenen fristlosen Kündigung wegen vertragswidrigen Gebrauchs oder Zahlungsverzugs des Mieters Gebrauch macht, den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Mietzins nach Maßgabe des § 347 BGB, also nach Rücktrittsgrundsätzen, zurückzuerstatten. § 347 Satz 3 BGB sieht aber ausdrücklich vor, daß eine Geldsumme von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen ist. Für das von der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung der §§ 553, 554 BGB anerkannte Kündigungsrecht des Vermieters aus wichtigem Grunde kann nichts anderes gelten; denn es besteht kein rechtfertigender Anlaß, den Vermieter bei einer Kündigung aus wichtigem Grunde, die nicht einmal in allen Fällen ein Verschulden des Mieters voraussetzt, günstiger zu stellen, als er bei einer Kündigung wegen vertragswidrigen Gebrauchs oder Zahlungsverzugs des Mieters stehen würde (vgl. Roquette, Mietrecht 5. Aufl. S. 325; Erman BGB 3. Aufl. § 555 Anm. 1).

Allerdings wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß die Fassung des § 555 BGB auf einem Redaktionsversehen beruhe, weil sie in unvereinbarem Gegensatz zu der Vorschrift des § 543 Abs. 2 BGB stehe, die den Vermieter im Falle einer Kündigung des Mieters wegen Nichtgewährung des Gebrauchs der Mietsache auf Rückzahlung des vorausgezahlten Mietzinses nur dann nach § 347 BGB haften läßt,

wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den der Vermieter zu vertreten hat. Es sei nicht einzusehen, daß ein Vermieter, dessen Mieter den Kündigungsgrund zu vertreten hat, schlechter behandelt werden solle, als wenn er seinerseits aus einem nicht zu vertretenden Umstand dem Mieter den Kündigungsgrund aus § 542 BGB in die Hand gebe (vgl. Lorenz JZ 1959, 467, 468; Soergel/Siebert BGB 9. Aufl. § 555 Nr. 1).

Der erkennende Senat, der bereits in seinem Urteil vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 114/57 (LM BGB § 812 Nr. 34 = NJW 1958, 1582), wenn auch nur beiläufig, bemerkt hat, daß eine Übertragung der Vorschrift des § 543 Abs. 2 BGB auf den Fall einer Kündigung durch den Vermieter Bedenken unterliege und den an der Kündigung schuldlosen Vermieter, dessen Mieter sich einer Vertragsverletzung schuldig gemacht hat, die volle Haftung im Rahmen des § 347 BGB treffen, verbleibt nach erneuter Prüfung bei dem in diesem Urteil eingenommenen Standpunkt. Wie Roquette aaO zutreffend bemerkt, ist der Wortlaut des § 555 BGB eindeutig und läßt eine andere Auslegung schlechterdings nicht zu. Allerdings ist der Gegenmeinung zuzugeben, daß die Schlechterstellung des schuldlosen Vermieters im Falle einer durch ihn selbst erfolgten Kündigung wenig befriedigend erscheint, es liegt indes eine klare Entscheidung des Gesetzgebers vor, der diese unterschiedliche Regelung in den §§ 543 Abs. 2 und 555 getroffen und damit als seinen Willen zu erkennen gegeben hat, daß der schuldlose Vermieter im Falle einer von ihm ausgehenden Kündigung strenger haftet, als wenn der Mieter kündigt. Diese Entscheidung des Gesetzgebers abzuändern, ist die Rechtsprechung nicht berufen, sie ist an das Gesetz gebunden und muß deshalb § 555 BGB so anwenden, wie es seinem Wortlaut und Sinn entspricht.

Der Kläger zu 3 kann daher Verzinsung des Betrages von 10 000 DM, den der Beklagte ihm zurückzuerstatten hat, be-

reits von dem Zeitpunkt an verlangen, in dem der Beklagte das Geld empfangen hat. Da er Zinsen aber lediglich für die Zeit seit dem 11. April 1958 begehrt hat, können ihm Zinsen nur von diesem Tage ab zugesprochen werden. Dem Kläger zu 3 sind deshalb zusätzlich 4 % Zinsen von 10 000 DM für die Zeit vom 11. April bis 22. Juli 1958 zuerkannt worden.

C.

Die Revision ist hiernach - bis auf die Änderung im Zinsanspruch zu Gunsten des Klägers zu 3, die auf die Kostenverteilung keinen Einfluß hat - als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung für das Revisionsverfahren folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner