

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2337 076

BGB §§ 543, 555, 812, 818 Abs. 2; KO § 19

Hat der Vermieter, nachdem der Mieter in Konkurs gefallen ist, einen Mietvertrag mit langer Laufzeit gemäß § 19 KO gekündigt, so haftet er auf Rückzahlung eines vom Mieter geleisteten verlorenen Baukostenzuschusses nach Bereicherungsgrundsätzen (vgl. Urt. VIII ZR 114/57 vom 11. Juli 1958, NJW 1582). Die Bereicherung besteht in dem Vorteil, den der Vermieter daraus ziehen kann, daß er in der Lage ist, die Mieträume durch anderweite Vermietung günstiger auszunutzen.

BGH, Urt. v. 3. Februar 1959 - VIII ZR 91/58

OLG Köln

VIII ZR 91/58

Verkündet
am 3. Februar 1959
[REDACTED], 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 U [REDACTED] Rückversicherungs-Aktiengesellschaft in
Z [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Verwal-
tungsrat: Präsident Robert G [REDACTED], Dr. Kurt S [REDACTED],
Dr. Otto S [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin,
Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Zi [REDACTED] als Verwalter im Konkurse
über das Vermögen der Firma W. M [REDACTED], Tabakmanufaktur,
Gesellschaft mit beschränkter Haftung in K [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten,
Revisionskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 3. Februar 1959 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:



- 1 a -

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 2. April 1958 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

119

Tatbestand:

Die Beklagte ist Eigentümerin des Grundstücks K■■■■, I■■■■straße ■■■■. Auf ihm befand sich ein durch Kriegsereignisse stark beschädigtes Doppelhaus. Durch Vertrag vom 19. September 1948 vereinbarte die Beklagte mit der Lebensmittelgroßhandlung M■■■■ oHG in K■■■■, der Inhaberin der Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin, deren Rechte der Kläger als Konkursverwalter wahrnimmt, daß diese das Hochparterre des noch teilweise erhaltenen rechten Flügels des Hauses auf ihre Kosten aufbauen werde. Die geschaffenen Räume sollten an die Firma M■■■■ zu Lager-, Büro- und Wohnzwecken vermietet werden. Das Mietverhältnis sollte nicht vor dem 31. Dezember 1963 enden und sich jeweils um ein weiteres Jahr verlängern, wenn es nicht spätestens drei Monate vor Ablauf mit eingeschriebenem Brief gekündigt werde. Zum Ausgleich der Instandsetzungskosten wurde der Mieterin bis zum 31. Dezember 1952 Mietfreiheit gewährt. Die Mieterin durfte die Mieträume nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters untervermieten.

Die Firma M■■■■ ließ zwei Wohnungen und je einen Büro- und Lagerraum mit insgesamt etwa 195 qm Bodenfläche ausbauen und instandsetzen. Am 1. April 1949 wurden die Wohnungen von den als Handelsvertretern der jetzigen Gemeinschuldnerin tätigen Untermietern P■■■■ und M■■■■ bezogen. Diese zahlten je 100,-- DM Miete monatlich an die Firma M■■■■. Mit Zustimmung der Beklagten ließ die nachmalige Gemeinschuldnerin ferner Ende 1949 im Keller eine Garage ausbauen.

Nach Behauptung des Klägers haben die Kosten für den Aufbau des Hauses 27 147,81 DM und für die Errichtung der Garage 4.508,75 DM betragen. Da die Aufbaukosten unstreitig den ursprünglich veranschlagten Betrag überstiegen hatten, wurde der Mietvertrag von 1948 durch einen neuen Vertrag vom 15./17. August 1950 ergänzt. Als Mieterin trat nunmehr die spätere Gemeinschuldnerin auf. Die Überlassung der Wohn- und Geschäftsräume und der Garage sollte nach dem neuen Vertrage unentgeltlich bis zum 31. Dezember 1953 erfolgen, und von diesem Zeitpunkt bis zum 31. Dezember 1955 sollte eine Vergütung von 100,-- DM je Monat entrichtet werden. Ab 1. Januar 1956 sollte die Vergütung 200,-- DM monatlich betragen.

Als im Jahre 1952 die Beklagte die Überzeugung gewann, daß die Kellerdecken erhebliche Mängel aufwiesen, kam es hierüber zu Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien. Die Beklagte zog in Erwägung, das Doppelhaus völlig niederzureißen und an seiner Stelle ein neues Wohnhaus im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus zu errichten. Die Parteien traten in Erörterungen darüber ein, ob und gegebenenfalls wie das Mietverhältnis vorzeitig aufgehoben werden könne.

Ende 1952 stellte Müks seine Vertretertätigkeit für die jetzige Gemeinschuldnerin ein. Nachdem ihm die Beklagte auf deren Bitte eine Beihilfe von 1.300,-- DM gewährt hatte, räumte Müks die von ihm bisher gemietete Wohnung, in die nunmehr F., dessen Wohnung fortan leer stand, einzog. Im Juni 1953 löste auch P. sein Vertreterverhältnis und stellte seine Mietzahlungen zum 1. Juli 1953 ein. Als ihm die Beklagte eine Ersatzwohnung zur Verfügung stellte, zog er am 1. September 1953 aus.

Am 29. Juli 1953 wurde über das Vermögen der jetzigen Gemeinschuldnerin das Anschlußkonkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 1953 benachrichtigte die Beklagte den Kläger davon, daß die Ruine Lothringerstraße 119 baufällig sei und die Wohnungen leer stünden. Sie forderte den Kläger auf, Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Der Kläger kündigte demgegenüber mit seinem Schreiben vom 14. Oktober 1953 Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Entnahme von Türen, Fenstern und Installationseinrichtungen an. Er teilte mit, daß er die Wohnungen anderweit vermieten werde, sofern nicht die schon seit längerem schwebenden Abfindungsverhandlungen zu einem befriedigenden Ergebnis führen sollten. Die Beklagte weigerte sich indessen auch weiterhin, eine Abfindung zu zahlen.

Nunmehr beauftragte die Beklagte den Bauunternehmer R. damit, das Gebäude abzubrechen. Anfang Dezember 1953 wurde damit begonnen. Daraufhin erwirkte der Kläger am 30. Dezember 1953 eine am 4. Januar 1954 zugestellte einstweilige Verfügung des Amtsgerichts in Köln gegen die Beklagte, durch die deren Bevollmächtigtem, dem Rechtsanwalt Kü., verboten wurde, die von der Gemeinschuldnerin errichteten Räume abzubrechen (AZ 75 G 9/54 des Amtsgerichts Köln). R. stellte daraufhin die Abbrucharbeiten ein. Durch Anerkenntnisurteil vom 22. Februar 1954 wurde die einstweilige Verfügung aufgehoben und der Antrag auf ihren Erlass zurückgewiesen. Schon vorher, am 18. Januar 1954, hatte der Kläger bei dem Amtsgericht in Köln eine weitere einstweilige Verfügung gegen den Rechtsanwalt Kü. persönlich und

den Bauunternehmer R. [REDACTED] erwirkt, durch die den Genannten untersagt wurde, die Mieträume abzureißen, Abbruchmaßnahmen zu dulden und darauf bezüglich Anordnungen zu erteilen. Das Landgericht Köln hob durch Urteil vom 3. Juni 1954 die einstweilige Verfügung auf und wies den auf ihren Erlaß gerichteten Antrag mit der Begründung ab, daß die Abbrucharbeiten bereits am 4. Januar 1954 eingestellt gewesen seien (AZ 2 Q 20/54 des Landgerichts in Köln).

Nachdem das Amtsgericht in Köln die einstweilige Verfügung vom 30. Dezember 1953 aufgehoben hatte, beauftragte die Beklagte die Firma G. [REDACTED] mit dem weiteren Abbruch, da die einstweilige Verfügung vom 18. Januar 1954 gegen Rapp damals noch nicht aufgehoben worden war. Die Abbrucharbeiten wurden im März 1954 wieder aufgenommen und waren Anfang April 1954 beendet. Anschließend ließ die Beklagte durch die Firma G. [REDACTED] das geplante Wohnhaus errichten.

Der Kläger hat zunächst auf Wiedereinräumung des Besitzes geklagt. Er hat sodann die Auffassung vertreten, daß ihm ein Ersatzanspruch wegen vertragswidriger und eigenmächtiger Entziehung der Mieträume, hilfsweise ein Anspruch auf Erstattung der aufgewendeten Baukosten zustehe. Er hat seine Forderung wie folgt berechnet:

1.) Mietausfall bis 31. Dezember 1953:

- a) Für die seit dem 1. Februar 1953 leer stehende Wohnung Mü., angeblich 13 Monate zu je 100,-- DM 1.300,-- DM
- b) seit 1. Juli 1953 für die Wohnung des P., angeblich 7 Monate zu je 100,-- DM 700,-- "
- c) für Auslieferungslager und Büro seit 1. Juli 1953, angeblich 7 Monate zu je 200,-- DM 1.400,-- "
- d) für die Garage seit 1. Juli 1953, angeblich 7 Monate zu je 20,-- DM 140,-- "
- 3.540,-- DM

2.) Unterschied zwischen dem entgangenen Mietzins und den an die Beklagte zu zahlenden Mieten für Wohnung und Geschäftsräume:

- a) vom 1. Januar 1954 bis 31. Dezember 1955:
(monatlich 400,-- - 100,-- =) 300,-- DM,
2 Jahre x 3.600,-- 7.200,-- DM
- b) vom 1. Januar 1956 bis 31. Dezember 1963:
(monatlich 400,-- - 200,-- =) 200,-- DM,
8 Jahre x 2.400,-- 19.200,-- "

3.) Mietausfall für die Garage

vom 1. Januar 1954 bis 31. Dezember 1963
10 Jahre x 240,--

2.400,-- "
32.340,-- DM

abzüglich der an Mü. gezahlten

1.800,-- DM
30.540,-- DM
=====

Von diesem Betrage hat der Kläger einen Teilbetrag von 20.000,-- DM geltend gemacht. Die Klage hat er auch darauf gestützt, daß die Beklagte um die Aufbaukosten bereichert sei und aus dem abgebrochenen Gebäude Materialien im Werte von 5.295,-- DM entnommen habe.

Die Beklagte ist der Auffassung, daß eine Erstattungspflicht nicht bestehe, und hat hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den sie daraus herleitet, daß durch den Erlaß der einstweiligen Verfügungen vom 30. Dezember 1953 und 18. Januar 1954 der Aufbau des Wohnblocks sich um mindestens drei Monate verzögert habe und infolgedessen ein Mietausfall von 1.373,-- DM entstanden sei, ferner die Beauftragung eines anderen Bauunternehmens Mehrkosten im Betrage von 5.000,-- DM verursacht habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat die Beklagte nur zur Zahlung von 8.594,63 DM nebst Zinsen verurteilt und hat im übrigen die Klage abgewiesen.

Beide Parteien haben Revision eingelegt. Der Kläger verfolgt den Klageanspruch, soweit er abgewiesen ist, weiter; die Beklagte erstrebt die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Jede Partei beantragt, die Revision der anderen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe das mit der Gemeinschuldnerin begründete Mietverhältnis gemäß § 19 KO durch den Anfang De-

zember 1953 begonnenen Abbruch des Gebäudes, der dem Vertreter des Klägers spätestens Ende Dezember 1953 bekannt geworden sei, und das von ihr dabei gezeigte Verhalten stillschweigend gekündigt. Die Kündigung sei zum 31. Januar 1954 wirksam geworden. Das Berufungsgericht billigt dem Kläger mit Rücksicht auf das infolge der Kündigung eingetretene Erlöschen des Mietverhältnisses einen Ersatzanspruch für aufgewendete Baukosten mit folgenden Erwägungen zu:

Die Baukosten betrügen 27.147,81 DM für die Wohn- und Geschäftsräume des Hochparterre und 4.508,75 DM für die Garage, insgesamt 31.656,56 DM.

a) Nach dem Mietvertrage hätten die Kosten dadurch abgewohnt werden sollen, daß die Gemeinschuldnerin in der Zeit vom 1. Januar 1949 bis 31. Dezember 1953 von der Zahlung der vereinbarten Miete von 200,-- DM befreit gewesen sei,

60 Monate x 200,-- 12.000,-- DM.

Vom 1. Januar 1954 bis 31. Dezember 1955 hätte die Gemeinschuldnerin anstatt 200,-- nur 100,-- DM monatlich zu entrichten brauchen,
24 Monate x 100,--

2.400,-- "
14.400,-- DM

In dieser Höhe habe die Gemeinschuldnerin durch ihre Bauleistung die Miete vorausgezahlt. Sie habe demnach in der Zeit vom 1. Januar 1949 bis 31. Januar 1954 abgewohnt
Rest

12.100,-- "
2.300,-- DM.

Durch Zahlung an Mü. habe die Beklagte der Gemeinschuldnerin gutgebracht
mithin seien in entsprechender Anwendung des § 555 BGB noch zurückzuzahlen

1.800,-- DM,
500,-- DM.
=====

b) Als verlorenen Baukostenzuschuß sieht das Berufungsgericht von den Kosten für die Herrichtung des Wohngebäudes einen Betrag

von	27.147,81 DM	
-	<u>14.400,-- "</u>	
	12.747,81 DM	12.747,81 DM

an. Er ist nach Auffassung des Berufungsgerichts von der Beklagten nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten. Bei der Errechnung der Bereicherung stelle das Berufungsgericht fest, für die Beklagte seien erhebliche, in die Wiederherstellung der Kellerdecke fallende Beträge deshalb nutzlos aufgewendet, weil diese Decke jedenfalls derart mangelhaft hergestellt worden sei, daß sie im Ergebnis keine Bereicherung für die Beklagte darstelle. Diese nutzlosen Kosten setzt das Berufungsgericht mit 2.084,27 DM ab und schätzt die bei Entfernung der Decke weiter erforderlich werdenden Bauleistungen mit 2.000,-- DM, so daß sich der Minderwert auf insgesamt 4.084,27 DM belaufe.

Anstelle des sich danach ergebenden Restbetrages von

8.663,54 DM

kommt das Berufungsgericht infolge eines Schreibfehlers (statt 12.747,81 DM 12.774,87 DM) zu einem Betrage von

8.690,60 DM.

Für die Garage nimmt es einen verlorenen Baukostenzuschuß von
an.

4.508,75 DM

Von diesen Beträgen macht das Berufungsgericht entsprechend der Zeit, in der die Gemeinschuldnerin die Mieträume genutzt habe, nämlich während 61 Monaten das Hochparterre und 49 Monaten die Garage, einen Abzug. Nach entsprechender Kürzung kommt es für die Wohn- und Geschäftsräume auf einen Betrag von 5.745,46 DM und für die Garage von 3.194,08 DM.

Diese sich ergebenden Beträge kürzt das Berufungsgericht weiter mit Rücksicht auf den natürlichen Verschleiß des Bauwerks um einen Abschreibungssatz von 2 % jährlich für die Zeit bis zur Beendigung des Mietverhältnisses. Danach gelangt es zu dem Ergebnis, daß sich die Bereicherung der Beklagten durch die Errichtung der Wohn- und Geschäftsräume des Hochparterre auf 5.161,38 DM und der Garage auf 2.933,25 DM 8.094,63 DM belaufe.

Das Berufungsgericht führt dann aus, die Beklagte könne diesen auf Rückgewähr des verlorenen Baukostenzuschusses gerichteten Anspruch nicht mit der Behauptung abwehren, die Bereicherung sei weggefallen. Der Abbruch habe nämlich ausschließlich eigenen Interessen der Beklagten gedient. Das gelte einmal hinsichtlich der von der Beklagten den Mieträumen unstreitig entnommenen Gegenstände; sie seien der Beklagten ohnehin verblieben. Aber auch hinsichtlich der im Augenblick des Abbruchs noch vorhandenen, von der Gemeinschuldnerin eingebauten Baustoffe und Installationen bleibe der Bereicherungsanspruch ungeachtet des Abbruchs bestehen. Die Beklagte habe nicht den Beweis da-

für erbringen können, daß die Mieträume im ganzen etwa wegen Baufälligkeit oder auch wegen der unbrauchbaren, im Auftrage der Gemeinschuldnerin eingebauten Decken ohnehin hätten abgerissen werden müssen. Bei dem heutigen Stand der Bautechnik wäre ein Abbruch nur der oberen Stockwerke und zudem ein Auswechseln der beanstandeten Decken in lediglich vier Räumen ohne all unzumutbare Schwierigkeiten möglich gewesen.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält, soweit sie der Beklagten nachteilig ist, ihrem Revisionsangriff nicht stand.

1.) Da die Aufbauleistung der nachmaligen Gemeinschuldnerin nach der von beiden Parteien nicht angegriffenen Auslegung des Berufungsgerichts dadurch abgegolten werden sollte, daß sie vom 1. Januar 1949 bis 31. Dezember 1953 von der Zahlung eines Mietzinses befreit war und vom 1. Januar 1954 bis 31. Dezember 1955 anstelle eines an sich geschuldeten Mietzinses von 200,-- DM monatlich nur 100,-- DM zu zahlen hatte, liegt, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, eine echte Mietvorauszahlung in Höhe von 14.400,-- DM vor. Sie ist bis zum 31. Januar 1954 zu einem Betrage von 12.100,-- DM abgewohnt worden. Nach Abzug des an den Vertreter Mü. gezahlten Betrages von 1800,-- DM verbleibt noch ein für die spätere Zeit im voraus entrichteter Betrag von 500,-- DM.

Die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage sich die Rückgewähr vorausgezahlter Mieten vollzieht, wenn der Vermieter das Mietverhältnis wegen Konkurses des Mieters nach § 19 KO kündigt, hat der Senat im Urteil vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 114/57 - (NJW 1958, 1582) dahin entschieden, daß der Vermieter zur Rückzahlung nur nach

den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist. Unter diesem Gesichtspunkt und nicht anhand der Bestimmungen des § 555 BGB hätte das Berufungsgericht daher auch die Erstattung der Leistungen der nachmaligen Gemeinschuldnerin beurteilen müssen, die sich als Mietvorauszahlung darstellen und noch nicht abgewohnt waren.

2.) Haben, wie der Kläger behauptet und das Berufungsgericht annimmt, die Aufbaukosten den als abwohnbare vereinbarten Betrag von 14.400,-- DM überschritten, würde insoweit die Aufbauleistung einen sog. verlorenen Baukostenzuschuß bilden. In § 14 der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung) vom 17. Oktober 1957 (BGBl I 1719) sind als verlorene Baukostenzuschüsse Geld-, Sach- und Arbeitsleistungen an den Bauherrn bezeichnet, die zur Deckung der Gesamtkosten dienen und erbracht werden, um den Gebrauch von Wohn- oder Geschäftsräumen zu erlangen, ohne daß vereinbart ist, den Wert der Leistung zurückzuerstatten oder mit der Miete oder einem ähnlichen Entgelt zu verrechnen oder als Vorauszahlung hierauf zu behandeln. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in § 57 c Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Diese Begriffsbestimmungen bedeuten allerdings nur, daß, sofern die aufgeführten Tatbestandsmerkmale gegeben sind, ein verlorener Baukostenzuschuß im Sinne jener gesetzlichen Vorschriften vorliegt. Sie besagen dagegen nichts über die Rechtsfolgen, die außerhalb des Rahmens dieser Gesetzesbestimmungen im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander eintreten, wenn diese vereinbaren, daß ein Baukostenzuschuß nicht auf die vertraglich bestimmte Miete verrechnet werden solle. Daher ist der Auffassung von Müller in NJW 1958, 571, 573 .Sp. nicht beizutreten,

der Gesetzgeber habe mit der angeführten Bestimmung das letzte Wort gesprochen und das "Geld" (die Leistung des Mieters) sei jeglichen, dem Mietrecht angehörigen Bestimmungen entzogen, wenn der Vermieter einen als solchen bezeichneten verlorenen Baukostenzuschuß erhalten habe. Im Schrifttum wird nun die Auffassung vertreten, daß auch ein verllorener Baukostenzuschuß nach dem Willen der Vertragsparteien eine - allerdings verdeckte - Erhöhung des zahlenmäßig vereinbarten Mietzinses darstelle, der im Vertrag genannte Mietzins also niedriger sei, als die Vertragsparteien das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung haben bemessen wollen. Wird hiervon ausgegangen, ist der Baukostenzuschuß in Wahrheit vorausgezahlter Mietzins (Bettermann ZMR 1952, 29, 32; Mittelstein MDR 1955, 584; Roquette, Mietrecht 4. Aufl. S.267). Bei dieser Betrachtungsweise gilt also nichts anderes als für die echte Mietvorauszahlung, d.h. der Baukostenzuschuß ist bei einer Kündigung gemäß § 19 KO nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten. Aber auch wenn der verlorene Baukostenzuschuß nicht als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung angesehen wird, er vielmehr eine neben der Miete vereinbarte Sonderleistung für den Abschluß eines langfristigen Mietvertrages bilden würde (vgl. Pergande BB 1952, 73, 184), kann der Vermieter bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses ungerechtfertigt bereichert sein, da der mit der Hingabe des Baukostenzuschusses erstrebte Erfolg sich nicht voll verwirklicht hat (Lewald MDR 1956, 328; Matthias MDR 1954, 649, 650; Mölders NJW 1955, 777; Schopp ZMR 1954, 57, 40; Weimar BldRdt BauWR 1955, 134). Bei gegenseitigen Verträgen ist allerdings für die Anwendung der Vorschriften über die ungerecht-

fertigte Bereicherung nur beschränkt Raum. Insbesondere ist bei bloßer Nichterfüllung einer vertraglichen Gegenleistung nicht etwa ein Bereicherungsanspruch wegen einer schon erbrachten Leistung gegeben; denn der Grund für diese Leistung ist bestehen geblieben. Vielmehr greifen nur die Klage auf Erfüllung oder die Rechtsbehelfe aus §§ 325, 326 BGB Platz (BGH Urt.v.12.Oktober 1951 - V ZR 27/50 - MDR 1952, 33, 34). Macht indessen auf Grund einer Konkurseröffnung eine Vertragspartei von ihrem gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch, liegt der Fall einer Nichterfüllung im Sinne der §§ 325, 326 BGB nicht vor. Nach der Kündigung besteht ein Erfüllungsanspruch für die Zukunft nicht mehr. Damit entfallen auch alle Ansprüche, die darauf beruhen, daß der Schuldner eine ihm obliegende Leistung nicht erfüllt. Andererseits ist, da ein Erfüllungsausspruch nicht mehr vorhanden ist, der rechtliche Grund einer für die Zeit nach der Kündigung erbrachten Leistung weggefallen (vergl. RGZ 135, 167, 171; RG JW 1936, 815). Wie der verlorene Baukostenzuschuß auch immer rechtlich einzuordnen ist, bei der hier gegebenen Sachlage tritt stets eine Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung ein. Dem Berufungsgericht ist also entgegen der Meinung der Revision darin beizutreten, daß für den Ausgleich der Bauleistung der Gemeinschuldnerin die Grundsätze der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung anwendbar sind.

3.) Die Revision meint zwar, von einem Baukostenzuschuß könne nicht gesprochen werden, da die nachmalige Gemeinschuldnerin nicht einen Zuschuß in Geld zu den Baukosten geleistet, sondern selbst einen Bau errichtet habe. Der Revision ist zuzugeben, daß die Vertragsparteien nicht die Hingabe eines Geldbetrages vereinbart, sondern einen Aufbaupvertrag des Inhalts ge-

geschlossen haben, daß die Gemeinschuldnerin auf ihre Kosten aufbauen sollte, ohne nach Vertragsablauf Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen zu können. Es begründet indessen keinen Unterschied, ob der Mieter auf seine Kosten aufbaut oder ob er dem Vermieter den zum Aufbau erforderlichen Beitrag zur Verfügung stellt und dieser damit den Bau errichtet. Wenn überhaupt ein Anspruch auf Erstattung von Baukostenzuschüssen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung besteht, kann er grundsätzlich nicht deshalb entfallen, weil der Mieter selbst den Bau ausgeführt und hierfür die Kosten aufgewendet hat.

4.) Die Erwägungen des Berufungsgerichts über den Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung sind dagegen nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Nach seiner Ansicht kommt es für die Bereicherung der Beklagten grundsätzlich auf den Aufwand der nachmaligen Gemeinschuldnerin für den Wiederaufbau des Hochparterre und der Garage an. Es hebt hervor, durch den Betrag von 8.094,63 DM werde der nach Berücksichtigung aller Wertminderungsumstände im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses noch vorhandene Restwert der gesamten, von der Gemeinschuldnerin aufgewendeten Beträge ausgedrückt. Es meint sodann, Aufwendungen in Höhe des genannten Restwertes stellten den effektiven Vermögenswert auf Seiten der Beklagten dar, den sie nach Beendigung des Mietverhältnisses durch Vermietung an einen anderen Mieter weiterhin hätte nutzen können, nachdem sie, soweit erforderlich, neue Kellerdecken hätte einsetzen lassen. Schon dieser Ausgangspunkt begegnet Bedenken. Es kann dahingestellt bleiben, wie zu verfahren wäre,

117

wenn ein Mieter einen Geldbetrag als verlorenen Baukostenzuschuß zahlt. Im vorliegenden Falle hat die Gemeinschuldnerin als Mieterin einen Gebäudeteil errichtet, der zwar mit der Einfügung in das Eigentum der Beklagten übergang, aber vom Erbauer für einen bestimmten Mindestzins genutzt werden sollte. Hier sind weder die Errichtung des Bauwerks noch die Aufwendungen der Mittel ohne Rechtsgrund geschehen, für beides ist auch der Rechtsgrund nicht etwa nachträglich rückwirkend weggefallen, so daß von Anfang an ein Rechtsgrund gefehlt hätte. Die Kündigung wirkt nur für die Zukunft, sie macht aber den Aufbau- und Mietvertrag nicht hinfällig. Da dem Mieter für seine Aufbauleistung die Nutzung des errichteten Gebäudes wirksam eingeräumt worden ist, entbehrt sie nicht des rechtfertigenden Grundes. Der Mieter kann deshalb nicht verlangen, so gestellt zu werden, als sei eine Verpflichtung zum Aufbau überhaupt nicht begründet gewesen. Der Aufbau ist seinem Wesen nach eine einmalige unteilbare Leistung. Der nach dem Aufbaupertrage vorgesehene Gebäudeteil konnte nur ganz oder gar nicht errichtet werden. Dem Vermieter ist, wenn die Vertragszeit vorzeitig beendet wird, nicht dieser Teil des Gebäudes ohne Rechtsgrund zugefallen. Der Mieter ist wegen der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses lediglich nicht in den vollen Genuß der Nutzung gekommen, die er als Gegenleistung für die Errichtung des Baues ziehen sollte, oder, mit anderen Worten ausgedrückt, er hat für den Bau mehr an Mitteln aufwenden müssen, als dem Zeitraum, in dem er den Bau tatsächlich nutzen konnte, wirtschaftlich entspricht. Dieser Vermögenswert fließt dem Vermieter zu. Der Vorteil, den der Vermieter infolge der Kündigung ungerechtfertigt

erlangt, besteht darin, daß ihm die Nutzung des Gebäudes eher als vereinbart, nämlich schon vom vorzeitigen Erlöschen des Vertrages an, zufällt und er bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Vertrag endigen sollte, dem Mieter nicht mehr die als Gegenleistung vorgesehene Nutzung einzuräumen braucht. Diese Vermögensverschiebung - Verlust des Nutzungsrechts auf der Mieterseite, vorzeitige Nutzungsmöglichkeit auf der Vermieterseite - ist der Gegenstand der Bereicherung. Sie liegt also in der vertragslosen Nutzung des Bauwerks während der Zeit, um die die Vertragsdauer durch die vorzeitige Kündigung gekürzt worden ist. Diese Auffassung hat auch in einem entsprechend gelagerten Fall der 9. Zivilsenat des Berufungsgerichts in seinem Urteil vom 26. April 1957 (9 U 90/56) vertreten und dort ausgeführt, um die vorzeitige Nutzung des Grundstücks und den Vorteil, welcher der dortigen Gemeinschaftslehnerin zugestanden habe, seien die Vermieter ungerechtfertigt bereichert. Der erkennende Senat ist dieser Auffassung im Revisionsverfahren mit Urteil vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 114/57 - (NJW 1958, 1582) beigetreten und hat es für die Bereicherung darauf abgestellt, welchen wirtschaftlichen Nutzen der Vermieter tatsächlich aus den freigewordenen Räumen ziehen könne. Einen ähnlichen Fall hat das Reichsgericht in RGZ 97, 245, 251 behandelt. Dort hatte eine Partei auf dem Grundstück der anderen eine Fabrikanlage mit der Abrede errichtet, der Preis der Anlage sollte durch Lieferung der gesamten Produktion dieser Anlage abgedeckt werden. Der Lieferungsvertrag war dann aber vorzeitig auf Grund gesetzlicher Bestimmung außer Kraft getreten. Das Reichsgericht hat angenommen, daß die Eigentümerin der Fabrik auf Kosten der Erbauer der Anlage insofern ungerechtfertigt bereichert sei.

als sie die übernommene Fabrikanlage in der Zeit, in der sie keine Waren mehr habe liefern können, vertragslos für ihre eigenen Zwecke zu benutzen Gelegenheit gehabt habe und benutzt habe. Den Wert der vertragslosen Benutzung und Ausnutzung habe sie zu ersetzen; er sei gleich dem Pachtwert der Anlage zu bemessen. Auch das Oberlandesgericht Braunschweig hat es für einen Fall des abwohnbaren Baukostenzuschusses darauf abgestellt, daß der Mieter durch die vorzeitige Beendigung des Mietvertrages nicht seinen Anspruch auf den Baukostenzuschuß verloren habe, sondern das er das ihm als Gegenleistung eingeräumte "Mietrecht zu einem ermäßigten Mietzins" einbüße und er deshalb den Wert des Abwohnrechts nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen könne (MDR 1958, 429). Einen im Ergebnis ähnlichen Standpunkt vertritt schließlich das Oberlandesgericht Karlsruhe (NJW 1956, 1280).

Dieses Abwohnrecht äußert sich in der rechtlichen Möglichkeit, durch Vermietung laufend Mietzins zu ziehen. Der Bereicherungsanspruch ist daher, von dem Ausnahmefall abgesehen, daß der Vermieter von einem neuen Mieter wiederum einen Baukostenzuschuß erhält, dem Mietwert des Gebäudes gleichzusetzen abzüglich der Beträge, die der Mieter nach dem Vertrage als Miete zu zahlen hatte. Er geht also in der Regel auf die laufende Zahlung von Geldbeträgen in der Höhe, in der der Vermieter infolge Beendigung des Mietverhältnisses zusätzliche Einnahmen zieht, als Ausgleich für die ihm zugefallene Gelegenheit zur Nutzung der Mietsache. Daß der abweichende Standpunkt des Berufungsgerichts, das es auf den Anspruch auf den anteiligen Ersatz der Aufwendungen unter Berücksichtigung des Ge-

bäudewerts abstellt, zu schwerer Unbilligkeit führen kann, ergeben seine eigenen Erwägungen. Es unterstellt, die Beklagte hätte die von der Gemeinschaftsbesitzerin aufgebauten Räume zu einem monatlichen Mietzins von 200,-- DM für das Hochparterre und weiteren 20,-- DM für die Garage vermieten können. Sie würde dann, so meint das Berufungsgericht, etwa 26.400,-- DM Miete bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Mietverhältnis enden sollte, eingenommen haben. Dieser Betrag hätte aber sowohl dazu ausgereicht, die mangelhaften Kellerdecken zu ersetzen, wie die Mieträume insgesamt zu unterhalten, und dazu, den zurückzuerstattenden Restbetrag des verlorenen Baukostenzuschusses zu tilgen. Dabei übersieht das Berufungsgericht aber, daß der Kläger an die Beklagte bei Fortsetzung des Mietverhältnisses 200,-- DM hätte zahlen sowie die Instandsetzungskosten hätte tragen müssen und daß diese Verpflichtung infolge der Kündigung entfällt. Bei einer Neuvermietung zu einem Mietzins von 200,-- DM für das Hochparterre wäre der Beklagten also irgendein Vermögensvorteil nicht zugefallen. Würde sie überdies dem Kläger noch als Ausgleich für den Aufbau des Gebäudes einen Betrag von 8.094,63 DM zu zahlen haben, so würde sie durch die Kündigung in dieser Höhe einen Verlust erleiden und die Gemeinschaftsbesitzerin würde aus ihrer Zahlungsunfähigkeit Vorteil ziehen. Das aber kann nicht der Sinn des zu Gunsten des Vermieters geschaffenen Kündigungsrechts nach § 19 KO sein.

b) So liegen aber nach der Darstellung der Beklagten hier die Dinge. Während der Kläger behauptet, Hochparterre und Garage hätten einen Nutzungswert von monatlich 420,-- DM gehabt, trägt die Beklagte vor,

die Gebäude seien im Zeitpunkt der Kündigung wertlos gewesen. Das bedeutet aber, daß die Beklagte jedenfalls in Abrede stellt, daß das Gebäude einen den vereinbarten Mietzins von 200,-- DM übersteigenden Mietwert gehabt habe. Das Berufungsgericht hätte daher zu einer Verurteilung wegen ungerechtfertigter Bereicherung so lange nicht kommen können, ehe es sich nicht über den Mietwert des Gebäudes bei Beendigung des Mietvertrages klar geworden war.

Das Berufungsgericht nimmt zwar an, die Vertragsparteien hätten bei Abschluß der Verträge in den Jahren 1948 und 1950 eine Miete von 200,-- DM für das Hochparterre als ortsüblich angesehen. Dieser Betrag sei auch damals nicht ungewöhnlich niedrig gewesen. Im Jahre 1954 könnte sich zwar, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, die Gelegenheit geboten haben, die Räume zu höheren Preisen zu vermieten. Es könnte aber auch sein, daß, insbesondere wegen der Mängel der Kellerdecken, ein höherer Mietzins als 200,-- DM monatlich nicht zu erzielen gewesen wäre.

Da es an jeder Feststellung fehlt, welchen Mietvertrag die Beklagte aus dem Grundstück hätte ziehen können, wenn sie es nicht abgerissen hätte, bedarf es schon aus diesem Grunde der Aufhebung des Urteils, soweit die Beklagte verurteilt ist. Bei der danach erforderlichen erneuten Verhandlung der Sache wird in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sein, ob der Zustand der Kellerdecke etwa preismindernd gewirkt hat. Hierbei kann allerdings, wie die Revision der Beklagten mit Recht hervorhebt, nicht so sehr der Betrag maßgebend sein, der für die Herstellung der Decken aufgewendet worden ist, wie derjenige, der zur Beseitigung der Mängel erforderlich gewesen ist. Es

liegt auf der Hand, daß die Kosten einer sachgemäßen Erneuerung von Decken in einem vollendeten Bau wesentlich teurer sein können, als die Kosten der mangelhaft ausgeführten Arbeiten bei der Herstellung. Zutreffend weist die Revision auch darauf hin, daß die Wohn- und Geschäftsräume möglicherweise während der Zeit, in der die Erneuerungsarbeiten hätten ausgeführt werden müssen, nicht hätten genutzt werden können, und daß der Beklagten aus diesem Anlaß ein vom Berufungsgericht nicht berücksichtigter Mietausfall entstanden wäre.

c) Unter dem hier erörterten Gesichtspunkt der Bereicherung durch die Möglichkeit vorzeitiger Mietnutzung kommt es auch darauf an, ob die Mieträume, wie die Beklagte behauptet, wegen Baufälligkeit oder wegen Unbrauchbarkeit der von der Gemeinschuldnerin eingezogenen Decken ohnehin hätten abgerissen werden müssen, da alsdann auch ohne Abbruch mit einem nachhaltigen Ertrag nicht zu rechnen gewesen wäre. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte hätte den Beweis für die Notwendigkeit des Abbruchs nicht erbringen können. Soweit das Berufungsgericht damit dem Vorbringen der Beklagten, sie sei wegen des mangelhaften Zustandes des von der nachmaligen Gemeinschuldnerin hergestellten Gebäudes nicht bereichert, Bedeutung abspricht, beruht sein Gedankengang auf einer Verkennung der Beweislast. Für Bestehen und Höhe der Bereicherung ist derjenige, der den Anspruch geltend macht, beweispflichtig. Die Bereicherung bemißt sich nach dem Zeitpunkt der Vermögensverschiebung. Die Vermögensverschiebung ist hier durch die Beendigung des Mietverhältnisses eingetreten. Nur die Werte, die infolge Beendigung des Mietvertrages zu diesem Zeitpunkt

im Vermögen der Beklagten ohne rechtfertigenden Grund enthalten sind, stellen die Bereicherung dar. Wenn die Beklagte vorträgt, bei Erlöschen des Mietvertrages sei das Gebäude abbruchreif gewesen, so schützt sie nicht vor, ihre Bereicherung sei weggefallen, sie sei also nicht mehr bereichert, sondern sie macht geltend, daß sie überhaupt nicht bereichert gewesen sei, weil sie einen nutzbaren Vermögenswert gar nicht erlangt habe. Das ist ein Bestreiten, das den Kläger zum Beweise nötigt, welchen Nutzen die Beklagte hätte ziehen können. Bei der Neuvermietung einer mit Hilfe eines Baukostenzuschusses errichteten Wohnung mag zwar, wie der Senat im Urteil vom 11. Juli 1958 (aaO) ausgeführt hat, in der Regel davon ausgegangen werden können, daß es möglich sei, den bisherigen vollen Mietzins, sofern er angemessen war, wieder zu erzielen. Schon bei Geschäftsräumen ist diese Schlußfolgerung nicht ohne weiteres statthaft. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß es sich um Räume in einem im Jahre 1949 nur zum Teil wieder aufgebauten, nicht vollendeten Gebäude handelt. Über die Aussicht, in Zeiten fortschreitender Besserung der Wirtschaftslage Wohn- und Geschäftsräume in einem solchen Bau zu vermieten, lassen sich allgemeine Grundsätze nicht aufstellen. Es liegt daher dem Kläger ob, den Nachweis zu führen, wie hoch die Bereicherung ist, die der Beklagten durch die Möglichkeit vorzeitiger anderweiter Nutzung des Gebäudes zugeflossen ist.

d) Eine andere Frage ist, ob die Beklagte etwa infolge des Abbruchs des Gebäudes nicht mehr bereichert ist. Die Beweislast dafür, daß hier die Bereicherung weggefallen ist, trifft allerdings den Bereicherten. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß der Ab-

bruch als solcher einem Bereicherungsanspruch nicht entgegenstehe. Hätte der Abbruch ausschließlich dem eigenen Interesse der Beklagten gedient, so wäre es ihr nach Treu und Glauben versagt, sich auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen. Entscheidend ist dabei, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, ob das Gebäude wegen Baufälligkeit oder wegen der Mängel der Kellerdecken ohnehin hätte abgerissen werden müssen. Die Pflicht zur Überlassung der Mieträume würde alsdann wegen nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung nach §§ 323 ff BGB auch ohne Kündigung ihr Ende gefunden haben. Einen Anspruch wegen des Wiederaufbaus hätte der Kläger gegen die Beklagte nicht geltend machen können (BGB RGRK 10. Aufl. § 536 Anm. III 1 b). Auf die Rügen der Revision der Beklagten, die sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts richten, daß das Gebäude im ganzen nicht bau-fällig gewesen sei und eine Auswechslung der Decken ohne unzumutbare Schwierigkeiten möglich gewesen wäre, braucht indessen nicht eingegangen zu werden. Es steht der Beklagten frei, in der erneuten Verhandlung entsprechende Behauptungen vorzubringen und die ihr sachdienlich erscheinenden Beweisanträge zu stellen.

III. Die hilfsweise von der Beklagten geltend gemachte Aufrechnung mit ihrer Schadensersatzforderung wegen Erwirkung der einstweiligen Verfügungen vom 30. Dezember 1953 und 18. Januar 1954 hat das Berufungsgericht nicht durchgreifen lassen. Da das angefochtene Urteil, soweit es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist, der Aufhebung unterliegt, bedarf es eines Eingehens auf die Angriffe der Revision der Beklagten insoweit nicht. Sollte das Berufungsgericht wieder zu einer Verurteilung der Beklagten gelangen,

wird es möglicherweise zu erwägen haben, ob die Schadensersatzansprüche der Beklagten nicht schon daran scheitern müssen, daß die Beklagte vor Beendigung des Mietvertrages, die erst am 31. Januar 1954 eingetreten ist, nicht berechtigt war, durch einen Abriß des Gebäudes in den Mietbesitz des Klägers einzugreifen, und daß die erwirkten einstweiligen Verfügungen daher nicht von Anfang an ungerechtfertigt waren (§ 945 ZPO).

B. Revision des Klägers.

I. 1.) Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, dem Kläger ständen Schadensersatzansprüche wegen der bis zum Erlöschen des Mietvertrages, d.h. bis zum 31. Januar 1954, entgangenen Mieten nicht zu. Der Kläger habe, so führt es aus, nicht dargelegt, an wen er die Räume untervermietet haben würde. Wie sich aus dem Schreiben des Klägers vom 14. Oktober 1953 ergebe, habe der Kläger seit dem Auszuge der ehemaligen Vertreter P. [REDACTED] und M. [REDACTED] gar nicht mehr daran gedacht, die Räume unterzuvermieten. Er sei lediglich darauf bedacht gewesen, das Mietverhältnis zu lösen, sobald es ihm gelungen sein werde, eine ihm ausreichend erscheinende Rückvergütung für die von der Gemeinschulönerin aufgewendeten Baukosten zu erhalten. Er habe den bisherigen Mietausfall in Kauf genommen und würde bis zum Ende der Verhandlungen einen solchen Ausfall auch weiterhin in Kauf genommen haben.

2.) Die Revision des Klägers greift die Abweisung der Klage nur an, soweit sie sich auf den Ausfall der Miete für die Wohnung P. [REDACTED] bezieht. Sie rügt, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO das unter Beweis gestellte Vorbringen des Klägers in

seinem Schriftsatz vom 11. Dezember 1954 unberücksichtigt gelassen, daß der Auszug des Untermieters P. [REDACTED] notwendig geworden sei, nachdem die Beklagte die Fenster, Türen und sonstige Installationsgegenstände habe entfernen lassen und die Wohnung dadurch nicht mehr verschließbar gewesen sei.

Dieser Angriff der Revision kann keinen Erfolg haben. Der Kläger hat in dem von der Revision angeführten Schriftsatz nicht behauptet, P. [REDACTED] sei deshalb ausgezogen, weil die Beklagte die Einrichtungsgegenstände habe entfernen lassen. Er hat vielmehr vorgetragen, der Vertreter P. [REDACTED] sei sofort in eine neue Wohnung eingezogen, die ihm die Beklagte zur Verfügung gestellt habe und bei deren Herstellung von der Beklagten die jeweiligen Türen, Fenster und Installationsgegenstände eingebaut gewesen seien, die aus der von der Gemeinschuldnerin gemieteten Wohnung entfernt worden seien. Diese Wohnung habe daraufhin zunächst leer gestanden. Die Gegenstände sind also nach dieser eigenen Darstellung des Klägers ausgebaut worden, um für P. [REDACTED], der ausziehen wollte, ein anderes Unterkommen zu schaffen. Die Fragen, ob Paffen-dorf durch ein Verhalten der Beklagten zum Auszug gezwungen worden sei und ob er etwa andernfalls wohnen geblieben wäre, so daß der Kläger einen anderen Mieter nicht hätte zu suchen brauchen, haben sich für das Berufungsgericht also gar nicht gestellt. Wollte der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, die freiwerdende Wohnung vorerst nicht wieder vermieten, so brauchte das Berufungsgericht der Behauptung, die frühere Wohnung des P. [REDACTED] sei durch Entnahme der Türen, Fenster und Einrichtungsgegenstände unvermietbar geworden, unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen entgangener Miete nicht nachzugehen.

19

Zu Unrecht glaubt die Revision, daß die sog. abstrakte Schadensberechnung dazu hätte führen müssen, dem Kläger Ersatz für einen ihm durch entgangene Miete entstandenen Schaden zuzubilligen. Nach § 252 Satz 2 BGB gilt als entgangen der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Die Zulässigkeit abstrakter Schadensberechnung bei Sachen, die einen allgemeinen Verkehrswert haben, beruht auf der Vermutung, daß der Geschädigte bei der üblichen Verwertung den regelmäßigen Gewinn gezogen hätte. Die abstrakte Berechnung ist daher ausgeschlossen, wenn im Einzelfall feststeht, daß die übliche Verwertung nicht erfolgt wäre. Da nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Kläger die freigewordenen Wohnungen der früheren Vertreter Mü. und P. vor einer Entscheidung über die Zahlung einer Abfindung nicht wieder hat vermieten wollen, ist im vorliegenden Fall für die Anwendung der abstrakten Schadensberechnung kein Raum.

II. Das Vorbringen des Klägers, die Beklagte habe aus der Wohnung des P. vor dessen Auszug im September 1953 Fenster, Türen und Installationsmaterial entfernen lassen, kann indessen in anderem Zusammenhang Bedeutung gewinnen, wie die Revision mit Recht hervorhebt. Sie rügt, das Berufungsgericht habe bei der Ermittlung des "abgewohnten" Betrages unter Verletzung des § 286 ZPO nicht in Betracht gezogen, daß die Maßnahmen der Beklagten die Mieträume unbenutzbar gemacht hätten und die Tauglichkeit der Räume zum vertragsmäßigen Gebrauch aufgehoben worden sei. Nach §§ 537, 538 ZPO, so meint die Revision, habe seit dem Auszug P. keine Verpflichtung des Klägers zur

Mietzahlung mehr bestanden. Für die Monate September bis Dezember 1953 hätten daher ein Betrag von 4 x 200 DM und für Januar 1954 ein Betrag von 100 DM nicht als abgewohnt behandelt werden dürfen.

Diese Rüge ist im Ergebnis zum Teil begründet. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Beklagte tatsächlich vor dem 31. Januar 1954 als Baumaterialien benutzbare Teile aus den von dem Gemeinschuldner gemieteten Räumen hat entfernen lassen, lediglich der Umfang ist streitig. Erlitten dadurch die Räume Mängel, die ihre Tauglichkeit zum Bewohntwerden aufhoben, so war der Kläger von der Mietzahlung nach § 537 BGB ganz oder teilweise befreit. Die Minderung ist eine kraft Gesetzes eintretende Änderung der Vertragspflicht. Gegenüber der Befreiung vom Mietzins oder seiner Minderung ist deshalb der Einwand, der Mieter würde die Mietsache, auch wenn sie zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch tauglich gewesen wäre, doch nicht gebraucht haben, ohne rechtliche Bedeutung (Urteil des erkennenden Senats vom 11. Februar 1958 - VIII ZR 12/57 - NJW 1958, 785; Staudinger BGB 11. Aufl. § 537 Nr. 22). In diesem Zusammenhang kommt es also darauf, ob der Kläger zu jener Zeit beabsichtigte, die Räume zu nutzen oder anderweit zu vermieten, nicht an. Der Kläger würde allerdings wegen der Unbrauchbarkeit der Wohnung des F. [REDACTED] von der Mietzahlung nicht ganz befreit sein können, da die Wohnung des F. [REDACTED] nur einen Teil der gemieteten Räume umfaßte und der andere von M. [REDACTED] bewohnt gewesen war. Andererseits könnten die gesamten Mieträume mindestens seit Dezember 1953 wegen des Beginns der Abbrucharbeiten bereits unbenutzbar gewesen sein. Es könnte daher für die Monate September bis Dezember 1953 höchstens eine Minderung der ab-

zuwohnenden Miete von 200 DM auf 100 DM und ein Fortfall der abwohnbaren Miete für Dezember 1953 in Höhe von 200 DM und für Januar 1954 in Höhe von 100 DM erfolgen. Es wäre also möglich, daß der Kläger vor der Beendigung des Mietverhältnisses 600 DM Miete weniger geschuldet hat, als durch Verrechnung von den Bauleistungen getilgt werden sollte. Diesen Betrag müßte die Beklagte dem Kläger als zuviel gezahlte "Miete" erstatten.

III. Von seinem Standpunkt aus, daß das Mietverhältnis gemäß § 19 KO mit Wirkung zum 31. Januar 1954 gekündigt worden sei, versagt das Berufungsgericht dem Kläger auch Schadensersatzansprüche wegen der seit dem 1. Februar 1954 entgangenen Nutzungen der Mietsache.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß im Abbruch des Gebäudes und dem dabei gezeigten Verhalten der Beklagten eine Kündigung des Mietvertrages nach § 19 KO liege, bekämpft die Revision des Klägers vergebens.

1.) Das Berufungsgericht führt aus, schon der Abbruch als solcher, der den baulichen Gegebenheiten entsprechend zunächst die über den Mieträumen liegenden Stockwerke habe erfassen müssen, habe nach seinem objektiven Erklärungsinhalt unter den besonderen Umständen des Falles, die zur Auslegung heranzuziehen seien, den Willen der Beklagten, das Mietverhältnis mit der Gemeinschaftschuldnerin nicht länger fortsetzen zu wollen, deutlich hervortreten lassen. Dem Kläger, der von dem Plan der Beklagten, das Gebäude ganz abreißen zu lassen, bereits seit längerer Zeit erfahren habe und auf dessen Kenntnis als der des Erklärungsgegners es allein ankomme, sei der Sinn des Abbruchbeginns bekannt ge-

wesen. Für ihn habe dies nichts anderes als die Bekanntgabe des Willens der Beklagten bedeutet, sich über den ausdrücklichen Widerspruch des Klägers hinwegsetzend die seit langem gefaßte Abbruchsabsicht endlich zu verwirklichen und sich gleichzeitig auf diese Weise einseitig von dem Mietvertrage mit der Gemeinschuldnerin endgültig zu lösen. Etwas anderes habe der Kläger darunter auch nicht verstanden. Daß dem Verhalten der Beklagten auch der Wille zugrunde gelegen habe, das Vertragsverhältnis einseitig zu beenden, sei nach den langwierigen, auf eine einverständliche Vertragsaufhebung gerichteten, aber ergebnislos gebliebenen Verhandlungen der Parteien nicht zweifelhaft. Schließlich sei sich die Beklagte im Hinblick auf diese vorausgegangenen Besprechungen auch dessen bewußt gewesen, daß der Kläger ihr Vorgehen nicht anders als eine einseitige endgültige Lossagung vom Mietvertrag auffassen würde.

Diese im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Ausführungen lassen einen sachlich-rechtlichen Fehler nicht erkennen. Für den Inhalt der Kündigungserklärung als einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung ist maßgebend, wie sie vom Gegner unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte aufgefaßt werden muß (Kollitor, Die Kündigung, 2. Aufl. S. 98). Der von Staudinger (BGB 11. Aufl. Vorbem. 18 vor § 116) vertretenen Ansicht, daß die Verkehrsübung bei der Kündigung nur den Wort- und Schriftgebrauch zulasse, kann nicht beigetreten werden. Die Kündigung kann vielmehr nach herrschender Meinung von Rechtspre-

chung und Schrifttum auch durch schlüssige Handlung erfolgen (RG WarnRspr 1916 Nr. 46; RG BayZ 1920, 23; KG JW 1927, 602; Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl. § 75, 1 S. 453; Molitor aaO S. 100).

2. a) Die Revision greift die Auslegung des Berufungsgerichts mit der auf Verletzung der §§ 286 ZPO, 133 BGB gegründeten Rüge an, das Berufungsgericht habe übersehen, daß für eine Kündigung des Vertragsverhältnisses die Form des eingeschriebenen Briefes vereinbart worden sei. Die Beklagte könne mangels Wahrung der Form nicht das Bewußtsein gehabt und damit gerechnet haben, daß der Kläger aus ihrem Verhalten auf den Willen, eine Kündigungserklärung abzugeben, schließen werde. Diese Rüge geht aber fehl. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, daß der Kläger nach den vorausgegangenen Verhandlungen den Abbruch des Gebäudes als Kündigung aufgefaßt habe und daß sich die Beklagte dessen bewußt gewesen sei. Diese Feststellungen werden durch die Erwägung nicht berührt, daß der Kläger möglicherweise das Verhalten der Beklagten im Hinblick auf eine im Verträge vereinbarte Form der Kündigung auch anders hätte auffassen können.

b) Die Revision meint allerdings, auch wenn das Verhalten der Beklagten als Kündigungserklärung zu werten sei, so sei sie doch nach § 125 Satz 2 BGB nichtig, da sie der durch Vertrag bestimmten Form, nämlich der Übermittlung durch eingeschriebenen Brief, entbehrt habe. Dabei übersieht die Revision, daß die Form des eingeschriebenen Briefes nur für eine "Kündigung" bei Ablauf der Mietzeit zur Vermeidung, daß sich der Vertrag verlängere, vorgesehen war. Ob eine die ordentliche Kündigung betreffende Formabrede auch für die außerordentliche Kündigung gelten soll, ist eine

- im Arbeitsrecht meist verneinte - Auslegungsfrage (Molitor aaO S.115). Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, daß entsprechend dem klaren Wortlaut des Vertrages nur die ordentliche Kündigung, die erfolgen mußte, um eine Verlängerung des Vertrages auszuschießen, nicht aber die außerordentliche Kündigung durch eingeschriebenen Brief geschehen sollte. Der Kläger selbst hat nichts vorgetragen, was darauf schließen lassen könnte, daß die Vertragsparteien den Willen gehabt hätten, diese Formvorschrift auf die außerordentliche Kündigung zu erstrecken; er hat nicht einmal in den ersten beiden Rechtszügen behauptet, daß ein solcher Wille bestanden habe. Da das Berufungsgericht die Frage, ob die Kündigung wegen Formmangels nichtig sei, nicht in den Kreis seiner Erwägungen gezogen hat, der unstreitige Sachverhalt aber eine Auslegung zuläßt, war der Senat in der Lage, in Ergänzung der lückenhaften Gründe des Berufungsurteils insoweit den Vertrag selbst auszulegen (BGH Urt. v. 24. November 1951 - II ZR 51/51 - LM BGB § 133 (A) Nr. 2).

Im übrigen müßte die Berufung auf den Formmangel ohne Erfolg bleiben, selbst wenn die Vertragsbestimmung dahin zu verstehen wäre, daß nach dem Willen der Parteien auch eine außerordentliche Kündigung durch eingeschriebenen Brief hätte erfolgen müssen, da ein Verstoß gegen eine solche Vereinbarung noch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung geführt hätte. Nach herrschender Ansicht soll die Abrede einer Form für die Kündigung in der Regel nur die Gewähr eines sicheren Zugangs der Erklärung bieten. Ist die Kündigung zugegangen und will der Empfänger sie mit Rücksicht auf die fehlende Form nicht gelten lassen, so ist er zum

Widerspruch verpflichtet (Mittelstein aaO § 74, 5 S.452; Niendorff, Mietrecht, 10.Aufl § 48, 9 S.361, Roquette, Mietrecht, 5.Kap. 2.Abschn. B III b und c S.344; Staudinger, BGB 11.Aufl. § 564 Nr. 17; vgl. auch RGZ 77, 70). Der Kläger, dem nach den Feststellungen des Berufungsurteils bewußt gewesen ist, daß die Beklagte das Mietverhältnis kündigen wolle, hat zwar zum Ausdruck gebracht, eine Lösung der Beklagten vom Mietvertrage sei nicht berechtigt. Daß er aber jemals einer Kündigung widersprochen habe, weil sie nicht durch eingeschriebenen Brief erfolgt sei, hat er selbst nicht behauptet.

c) Die Beklagte hat bei ihrem Verhalten, das das Berufungsgericht als Kündigung angesehen hat, nicht zu erkennen gegeben, daß sie das Mietverhältnis mit Rücksicht auf den Konkurs der Mieter beenden wolle. Sie hat vielmehr, wie das Berufungsgericht feststellt, die Baufälligkeit des Gebäudes in den Vordergrund geschoben. Baufälligkeit und Einsturzgefahr würden ihr allerdings möglicherweise auch das Recht gegeben haben, wegen nachträglicher eingetretener Unmöglichkeit nach § 323 ff BGB ihre Leistung zu verweigern oder sich wegen Unzumutbarkeit weiterer Leistungen nach § 242 BGB vom Vertrage zu lösen. Es genügt für die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung indessen, daß der sie rechtfertigende Grund vorhanden ist. Angegeben zu werden braucht er nicht (Mittelstein aaO § 75, 6 S.459). Ein schon bei der Kündigung bestehender Grund kann auch nachgeschoben werden (BGHZ 27, 220, 223 für die Kündigung eines Handelsvertreterverhältnisses; Mittelstein aaO S.460 Fußnote 29). Der Abbruch stand auch, wie der vom Berufungsgericht angezogene Schriftwechsel ergibt, im Zusammenhang mit

der durch die Eröffnung des Konkurses entstandenen Lage. Der bei der Beklagten bisher beschäftigte Vertreter Paffendorf, der sein Arbeitsverhältnis angesichts des wirtschaftlichen Zusammenbruchs gelöst hatte, war ausgezogen, seine und des ehemaligen Vertreters Mü. Wohnungen und die Lagerräume standen leer. Hierauf wies die Beklagte mit Schreiben vom 9. Oktober 1953 hin. Mit einer vom Kläger nach seinem Schreiben vom 14. Oktober 1953 beim Scheitern der Abfindungsverhandlungen beabsichtigten Untervermietung der gemieteten Räume, die nach § 6 Abs. 2 des Mietvertrages der Genehmigung der Beklagten bedurfte, war diese ersichtlich nicht einverstanden.

Das Berufungsgericht ist daher ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß das Mietverhältnis nach dem Scheitern der Verhandlungen durch Abbruch des Hauses im Dezember 1953 mit der sich aus § 565 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 BGB ergebenden Wirkung zum 31. Januar 1954 gekündigt worden ist.

IV. Die Revision des Klägers greift ferner die Bemessung der Höhe des Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, soweit das Urteil zu seinen Ungunsten ergangen ist, in mehrfacher Hinsicht an.

1.) Da das Berufungsgericht entsprechend der Zeit, in der die Gemeinschuldnerin die Mieträume genutzt hat, den Anspruch des Klägers auf Erstattung der aufgewendeten Kosten kürzt, meint die Revision, daß für die Zeit, in der die Räume unbenutzbar gewesen seien, eine solche Kürzung unterbleiben müsse. Dieser Angriff der Revision ist aber gegenstandslos, da die Art und Weise, in der das Berufungsgericht die Bereicherung der Be-

19

klagen ermittelt, aus sachlich-rechtlichen Gründen der Nachprüfung nicht standhält, wie oben ausgeführt ist. Für die erneute mündliche Verhandlung sei aber bemerkt, daß die Revision den rechtlichen Gesichtspunkt erkennt, unter dem das Berufungsgericht die Kürzung vorgenommen hat. Der Abschlag, den das Berufungsgericht, dem von ihm angeführten Schrifttum folgend, macht, beruht auf dem Gedanken, daß bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses der Vermieter durch den Empfang des verlorenen Baukostenzuschusses nicht in dessen voller Höhe bereichert sein könne, da ihm die Möglichkeit, die mit Hilfe des Baukostenzuschusses errichteten Räume zu nutzen, nicht von deren Herstellung an, sondern erst mit dem Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung zufalle. Der Umstand, daß er sie bis zur Beendigung des Mietverhältnisses nicht genutzt hat, soll aus der sogenannten Saldotheorie heraus seine in dem Werte des Baukostenzuschusses bestehende Bereicherung mindern. Gerade unter dem oben aufgeführten Gesichtspunkt der dem Vermieter zugefallenen vorzeitigen Nutzungsmöglichkeit kann es in Wahrheit nicht darauf ankommen, ob der Mieter zuvor die Mietsache hatte nutzen können, sondern allein darauf, daß der Vermieter erst von der Beendigung des Mietverhältnisses ab in der Lage ist, sie zu nutzen. Für die Bemessung des Bereicherungsanspruches ist es daher unerheblich, ob die Räume während der Besitzzeit der Gemeinschuldnerin vorübergehend unbenutzbar gewesen sind.

2.) Die Mängel der Kellerdecken will die Revision nicht berücksichtigt wissen, weil im § 10 des Mietvertrages ausdrücklich gesagt ist, daß es Sache des Mieters sei, darauf zu achten, daß der Bau so ausge-

führt werde, wie er ihn für seine Zwecke brauche. Das Berufungsgericht hat indessen ohne Rechtsirrtum den Mietvertrag ersichtlich dahin ausgelegt, daß der Mieter bei dem für seine Zwecke dienlichen Aufbau auch auf das Interesse der Beklagten, den Bau später vollenden zu können, habe Rücksicht nehmen müssen.

3. Die Revision beanstandet ferner, daß das Berufungsgericht bei der Errechnung des der Beklagten gutzubringenden Betrages außer dem durch Abwohnung getilgten Teilbetrag noch einen weiteren Betrag für laufende Abschreibungen eingesetzt habe. Eines Eingehens auf diese Rüge bedarf es nicht, da die Bereicherung der Beklagten nach anderen Gesichtspunkten zu ermitteln ist, als das Berufungsgericht es getan hat. Die Tatsache, daß das Gebäude einem natürlichen Verschleiß ausgesetzt ist, wird allerdings bei der Ermittlung der Nutzungsmöglichkeit zu berücksichtigen sein. Dabei wird das Berufungsgericht auch in Erwägung zu ziehen haben, daß nach dem Mietvertrage die nachmalige Gemeinschaftsdnerin die Pflicht zur Instandhaltung des von ihr errichteten Gebäudes übernommen hatte.

4.) Dem Kläger würde, wenn seine Behauptung, daß der monatliche Nutzungswert des Gebäudes 420 DM betragen habe, als richtig unterstellt wird, ein Anspruch auf Zahlung von monatlich $(420 - 200 =) 220$ DM seit dem 1. Februar 1954 zustehen. Daß der Kläger etwa von anderer Seite für die Zeit bis zum regelmäßigen Ablauf des Mietvertrages, also bis zum 31. Dezember 1963, einen Baukostenzuschuß hätte erhalten können und daher gegenwärtig etwa schon um den entsprechenden Betrag bereichert gewesen wäre, ist nicht vorgetragen worden. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung am

5.) Februar 1958 wäre dem Kläger daher für die Zeit vom 1. Februar 1954 bis einschließlich Februar 1958, also für 49 Monate, höchstens ein Anspruch auf Zahlung von 10 780,-- DM erwachsen. In diesem Betrage ist der vom Berufungsgericht als nach dem 1. Februar 1954 noch nicht abgewohnt errechnete Betrag von 500 DM enthalten. Fehl geht es allerdings, wenn der Kläger auch sofortige Herausgabe der Vorteile verlangt, die der Beklagten, hätte sie das Gebäude nicht abgerissen, erst nach der letzten mündlichen Verhandlung fortlaufend bis zum 31. Dezember 1963 zugeflossen sein würden. Um sie könnte die Beklagte bis zur letzten mündlichen Verhandlung noch nicht bereichert gewesen sein. Die Vorschrift des § 70 KO, nach der wiederkehrende Leistungen durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisiert werden, betrifft nur die Forderungen von Konkursgläubigern, aber nicht des Konkursverwalters. Dem Kläger hätte möglicherweise eine Feststellungsklage offengestanden. Sie ist aber nicht erhoben. Wenn danach auch die Klage auf sofortige Zahlung allenfalls nur in Höhe von 10 780,-- DM zuzüglich der nach den Ausführungen zu B II möglicherweise noch zu erstattenden 600,-- DM begründet gewesen sein könnte, ist der Revision des Klägers trotzdem in vollem Umfange stattzugeben. Das Klagebegehren geht auf Erstattung der Vorteile, die der Beklagten laufend durch anderweite Vermietung ohne rechtfertigenden Grund zugeflossen wären, hat also wiederkehrende Leistungen zum Gegenstand. Der Kläger hat daher, soweit die Zeit nach der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts in Frage steht, mindestens hilfsweise wiederkehrende Leistungen verlangt, die von keiner Gegenleistung abhängen und die erst nach Erlass des Urteils fällig werden. Eine solche Klage ist nach

§ 258 ZPO zulässig. Daß der Kläger im Klageantrage sofortige Zahlung und nicht Leistung bei Fälligkeit begehrt hat, ist unschädlich. Im Antrage auf Verurteilung zur sofortigen Leistung ist der Antrag auf Verurteilung zur künftigen Leistung als auf ein Weniger gehend enthalten. Auch ohne ausdrücklich gestellten Hilfsantrag auf Verurteilung zur künftigen Leistung ist daher, sofern die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung gegeben sind, darauf zu erkennen (vergl. Wiczorek, ZPO, § 257 Ann. A I a 1).

C.

Das angefochtene Urteil war daher auf die Revisionen beider Parteien aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner