

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: BGB §§ 242, 566

Rechtssatz:

Haben die Parteien eines Mietverhältnisses über ein Grundstück - in einem Vorvertrage oder in einer Nebenabrede - sich verpflichtet, einen Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr schriftlich abzuschliessen, so kann die Kündigung eines Vertragsteiles für einen früheren Zeitpunkt, als im beabsichtigten Vertrage vorgesehen ist, wegen unzulässiger Rechtsausübung unwirksam sein. Ein Recht, aus wichtigem Grunde vorzeitig zu kündigen, ist dabei besonders zu würdigen.

Aktenzeichen: V ZR 118/53

Urt. des BGH vom 15. April 1955

LG Bielefeld
OLG Hamm

V ZR 118/53

Verkündet
am 15. April 1955
Hoffmeister Justiz-
angestellter, als
Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma "O[REDACTED]" O[REDACTED] Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung Werk Oe[REDACTED] in B[REDACTED] Oe[REDACTED], St[REDACTED]-
strasse [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer

1. Direktor Wilhelm R[REDACTED],
2. Direktor Gerhard R[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die offene Handelsgesellschaft in Firma "D[REDACTED]" in
B[REDACTED] Oe[REDACTED], vertreten durch ihren Sequester, den Kauf-
mann Karl H[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 15. April 1955 unter Mitwirkung des Senatsprä-
sidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. v. Normann,
Schuster, Dr. Großmann und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 9. Juli 1953 wird auf Kosten der Klägerin zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin, ein selbständiges Tochterunternehmen der "O[REDACTED]" O[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Be[REDACTED], hatte durch schriftlichen Vertrag vom 1. März 1947 verschiedene Räume des Fabrikgebäudes der Beklagten in Be[REDACTED] zu einem monatlichen Mietzins von 900 RM für ihre Fabrikationszwecke gemietet. In § VIII dieses Mietvertrages war bestimmt, dass das Mietverhältnis vom 1. Januar 1947 ab auf die Dauer von fünfeneinhalb Jahren geschlossen werde und dass es erstmalig am 30. Juni 1951 zum 30. Juni 1952 gekündigt werden könne. Bei Unterbleiben einer Kündigung sollte sich der Mietvertrag jeweils um ein Jahr mit jährlicher (gemeint: einjähriger) Kündigungsfrist verlängern.

Nachdem die Klägerin die Mieträume in Gebrauch genommen hatte, erforderte ihr Betrieb deren Erweiterung. Die Parteien schlossen darauf am 16. Oktober 1948 einen schriftlichen Vorvertrag über die Vermietung neuer Räume an die Klägerin, der am 23. Oktober 1948 noch in einzelnen Punkten schriftlich ergänzt wurde. Dieser Vorvertrag enthält folgende "Vorbemerkung":

"Die Mieterin beabsichtigt zwecks Erweiterung ihrer Produktions- und Lagermöglichkeiten weitere Räumlichkeiten zu ermieten. Die Vermieterin wird in der Lage sein, von im gegenwärtigen Zeitpunkt z.T. noch eigengenutzten, z.T. anderweitig vermieteten Räumen die gewünschte Kapazitäten freizumachen und der Mieterin zur Verfügung zu stellen. Die Bedingungen und Voraussetzungen, unter denen die Zurverfügungstellung dieser neuen Räumlichkeiten erfolgen kann, werden im folgenden festgelegt. Die Parteien sind sich darüber einig, dass bei Erfüllung dieser Bedingungen und Voraussetzungen eine Verpflichtung zum Abschluss des beabsichtigten erweiterten Mietvertrages besteht."



Unter a) sind die neuen Mietobjekte aufgeführt, darunter unter Nr 6 eine Trafostation. Zu dieser ist unter b) gesagt, dass nach Inbetriebnahme der eigenen Stromerzeugungsanlage der Vermieterin deren Benutzung bzw. Alleinbenutzung und die Abrechnung über ihre Einrichtung noch besonders geregelt wird. In Abschnitt c) ist sodann ausgesprochen, dass die Bestimmungen des Mietvertrages vom 1. März 1947 sinngemäss auch für die neuen Objekte und für die Übergangszeit bis zum Schluss (Abschluss) des Gesamt-Mietvertrages gelten. Als monatlicher Mietzins wurden für das Gesamtmietobjekt 2.000 RM festgesetzt. Abschnitt d) enthält schliesslich folgende Bestimmung:

"Der zu schliessende Gesamtmietvertrag soll bis zum 31.12.1952 unkündbar sein. Von diesem Termin ab soll eine einjährige Kündigungsfrist gelten. Der Vertrag wäre also erstmalig am 1.1.1953 zum 31.12.1953 kündbar. Bei nicht erklärter Kündigung verlängert sich der Vertrag jeweils um 1 Jahr."

Die Klägerin nahm die weiteren Mieträume am 1. Januar 1949 in Gebrauch und zahlte der Beklagten zunächst den Gesamtmietzins von 2.000 RM. Die Parteien wechselten Entwürfe für einen Gesamt-mietvertrag, so mit Schreiben der Klägerin vom 7. März 1949, ferner am 10. März und 13. April 1949. Es kam indessen zu keinem schriftlichen Vertrage. Vielmehr entstanden zwischen ihnen Meinungsverschiedenheiten wegen der Bestimmungen des Vorvertrages über die Trafostation, wegen der Beheizung der Mieträume und wegen des Mietzinses, den die Klägerin als übersetzt ansah.

Die Klägerin brachte ihren Standpunkt in einem längeren Schreiben vom 1. Juli 1949 zum Ausdruck. Dieses beginnt mit folgenden Absätzen:

"Der Vorvertrag stellt einen völlig neuen Mietsvertrag unter Einschluss der im 1. Vertrag vom

1. März 1947 gemieteten Etage dar, da ja auch für das Gesamtobjekt ein neuer monatlicher Mietzins festgesetzt wurde und auch die allgemeinen Bedingungen, bzw. alle wichtigen Vereinbarungen in dem Vorvertrag über das Gesamtobjekt aufgeführt worden sind.

Der Passus im Vorvertrag, dass die Bestimmungen des Mietvertrages von 1947 sinngemäss auch für die neuen Objekte gelten, bezog sich absprachegemäss nur auf die eigentliche fehlenden formellen Dinge eines üblichen Mietsvertrages; aber nicht auf die Übernahme irgend einer darin enthaltenen Verpflichtung."

Nach weiteren Ausführungen heisst es sodann:

"Sollten Sie uns nicht einen Mietvertrag zuschicken, der sich in den Hauptpunkten auf den Vorvertrag beschränkt, so werden wir fernerhin den Vorvertrag als endgültigen Mietsvertrag betrachten."

Abschliessend enthält das Schreiben den Satz:

"Wir werden deshalb beim Mietsamt den Antrag stellen, die Miete rückwirkend nachzuprüfen und eine neue Miete festzusetzen."

Die Beklagte antwortete am 18. Juli 1949, dass sie nicht umhin könne, ihr Befremden über die Äusserungen der Klägerin auszudrücken, die der Sachlichkeit entbehrten. Sie lehnte eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Klägerin im einzelnen ab und nahm davon Kenntnis, dass diese beabsichtige, den vereinbarten Mietzins nachprüfen zu lassen.

Die Klägerin nutzte die ihr überlassenen Räume weiterhin, entrichtete aber für die Zeit vom 1. August 1949 ab nur noch einen monatlichen Mietzins von 1.200 DM.

Auf Grund eines am 21. März 1951 beim Prozessgericht erster Instanz eingereichten Antrages erwirkte sie eine einstweilige Verfügung, durch die der Beklagten untersagt wurde, über den Transformator der Klägerin mehr als eine bestimmte Menge Strom zu beziehen. Die Beklagte erhob keinen Widerspruch. Eine am selben Tage eingereichte Klage führte zur Verurteilung der Beklagten, an die Klägerin einen Transformator herauszugeben. Die Berufung der Beklagten wurde rechtskräftig zurückgewiesen.

Dagegen erlangte die Klägerin keine rechtskräftige Festsetzung des Mietzinses durch die Verwaltungsbehörde.

Die Beklagte erhob ihrerseits wegen des gekürzten Mietzinses Klage gegen die Klägerin und siegte im zweiten Rechtszug mit einem Betrage von 43.600 RM zuzüglich Zinsen ob. Die Revision der Klägerin gegen das Berufungsurteil steht zur Entscheidung des Senats (V ZR 52/54).

Am 20. Juni 1952 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis zum 30. Juni 1953. Die Beklagte wies diese Kündigung am 5. September 1952 als zur Unzeit erfolgt zurück, da sie erstmalig zum 31. Dezember 1953 erfolgen könne.

Die Klägerin hat deshalb die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis am 30. Juni 1953 beendet sei.

Sie hält ihre Kündigung für wirksam, da der Gesamtmietvertrag bisher nicht zustandegekommen, die neue Kündigungsbestimmung des Vorvertrags nicht wirksam geworden und somit die alte des § VIII des Mietvertrags vom 1. März 1947 noch

massgebend sei. Hilfsweise stützt sie sich auf die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen.

Die Beklagte ist dagegen der Auffassung, der Vorvertrag vom 16. Oktober 1948 sei auf Verlangen der Klägerin zum Hauptvertrag erhoben worden. Sie verweist auf das Schreiben der Klägerin vom 1. Juli 1949, mit dem sie (Beklagte) sich durch Stillschweigen einverstanden erklärt habe, und auf das Verhalten der Klägerin in den verschiedenen Rechtsstreiten und Verwaltungsverfahren bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in denen sie stets den Vorvertrag vom 16. Oktober 1948 als massgebend bezeichnet habe. Sie meint, die Klägerin habe, als ihr die im Vorvertrag genannten Räume zur Verfügung gestellt worden seien und sie den in ihm vereinbarten Mietzins gezahlt habe, während der Dauer des Mietverhältnisses mündlich, schriftlich und durch schlüssige Handlungen zu erkennen gegeben, dass sie den Vorvertrag als "den verbindlichen Vertrag" betrachte, nachdem die Parteien erkannt gehabt hätten, dass sie infolge der Meinungsverschiedenheiten wegen der Trafostation zu keinem Gesamtmietvertrag kommen würden.

Die Klägerin lehnt diese Deutung ihres Briefes vom 1. Juli 1949 ab, mit dem sie lediglich einen Vertragsentwurf der Beklagten zurückgewiesen und ihren abweichenden Standpunkt insbesondere zu der für sie lebensnotwendigen Vermietung der Trafostation zum Ausdruck gebracht haben will. Sie spricht daher ihrem Schreiben jede rechtsgestaltende Bedeutung ab und versagt diese auch einem stillschweigenden Verhalten der Beklagten, die mit ihrer Weigerung in der Frage der Trafostation einen ihr (Klägerin) widerspre-

chenden Standpunkt beibehalten habe. Sie will auf den Abschluss eines Gesamtmietvertrages nicht verzichtet haben und weist darauf hin, dass ein Verzicht auf einen solchen Abschluss nur mit Einverständnis beider Parteien hätte erfolgen können.

Im Laufe des zweiten Rechtszuges hat sie noch die Auffassung vertreten, der Vorvertrag sei auch als solcher nicht rechtswirksam zustandegekommen, weil die Parteien sich nicht über alle wesentlichen Punkte des Gesamtmietvertrags geeinigt hätten (Trafostation, Beheizung).

Gegenüber der Ansicht, der Vorvertrag sei durch stillschweigende Vereinbarung zum Hauptvertrag erhoben worden, beruft sie sich angesichts seiner vorgesehenen mehr als einjährigen Geltungsdauer auf den Mangel der Schriftform.

Die Beklagte hält den Vorvertrag nicht wegen Dissenses für unwirksam, denn die Klägerin habe selbst den Standpunkt vertreten, dass die Benutzung der Trafostation klar geregelt sei. Der Berufung auf einen etwaigen Formmangel gegenüber erhebt sie die Einrede der Arglist. Denn die Klägerin könne sich auf einen solchen nicht stützen, nachdem sie durch ihr jahrelanges Schweigen und schlüssiges Verhalten den Vorvertrag als massgebend behandelt habe.

Die Klage blieb in den ersten beiden Rechtszügen ohne Erfolg.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin erneut die begehrte Feststellung nach ihrem Klagantrage.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Kündigungsvorschriften des § VIII des Mietvertrages vom 1. März 1947 durch den Vorvertrag vom 16./23. Oktober 1948 zunächst nicht ausser Kraft gesetzt worden seien. Es entnimmt diesem Vorvertrag lediglich eine obligatorische Verpflichtung der Parteien zum Abschluss eines erweiterten Mietvertrags. Es lehnt die Auffassung ab, durch das Schreiben der Klägerin vom 1. Juli 1949 sei eine unmittelbare Änderung dieser Rechtslage in dem Sinne eingetreten, dass der Vorvertrag zum Hauptvertrag, d.h. zum Gesamtmietvertrag, unter Verzicht auf den Abschluss eines besonderen neuen Vertrages erhoben worden sei. Es lässt es dahingestellt, ob in diesem Schreiben ein entsprechendes Angebot der Klägerin erblickt werden könne, und verweist auf die Einigkeit der Parteien, dass ein solches (nach dem vorliegenden Sachverhalt) nur durch Schweigen der Beklagten und Ausbleiben ihres Widerspruchs hätte angenommen werden können. Beides hält es hier aber nicht für ausreichend. Seiner Auffassung nach gilt Schweigen auch im Handelsverkehr nicht immer als Annahme bzw. Zustimmung. Der keineswegs konzilienten und zum Teil ultimativen Fassung des Schreibens vom 1. Juli 1949 gegenüber hält es einem Kaufmann nicht für zumutbar, darauf überhaupt zu reagieren. Es meint, unter diesen Umständen hätte die Klägerin das Schweigen der Beklagten vernünftigerweise nicht als zustimmende Vertragsannahme auffassen und nach Treu und Glauben auch keine ausdrückliche Ablehnung erwarten können. Bei dieser Sachlage lässt es unerörtert, ob etwa der Brief der Beklagten vom 18. Juli 1949 einen Widerspruch enthalten habe.

Das Berufungsgericht stellt sodann fest, der "besondere Gesamtmietvertrag" sei über das Entwurfsstadium nicht hinausgekommen und führt weiter aus: Nachdem es nicht zu einem gesonderten Gesamtmietvertrag gekommen sei und infolge der zwischen den Parteien aufgetretenen schwerwiegenden Differenzen mit dem Abschluss eines solchen auch nicht mehr zu rechnen gewesen sei, andererseits die übrigen Bedingungen aus dem Vorvertrag praktisch erfüllt gewesen seien, hätten beide Parteien in allen Auswirkungen den Vorvertrag als den zwischen ihnen massgeblichen Vertrag behandelt. So habe besonders auch die Klägerin während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses ihr Verhalten nach dem Vorvertrag eingerichtet und ihn als den einzigen zwischen den Parteien geltenden Mietvertrag betrachtet. Im einzelnen verweist es auf folgende Umstände: Die Klägerin habe anfangs den Mietzins von 2.000 DM des Vorvertrags gezahlt, und bei seiner Kürzung nicht auf den Vertrag vom 1. März 1947 zurückgegriffen, auch nicht die Rechtswirksamkeit des Vorvertrages, sondern nur die Mietpreisbildung beanstandet. Im Rechtsstreit wegen des Transformators habe sie ihren Anspruch auf Herausgabe auf den Vorvertrag gestützt, was entsprechend auch für das Verfahren betr. Erlass einer einstweiligen Verfügung gelte. Auch im Verwaltungsstreitverfahren wegen der Höhe des Mietzinses habe sich die Klägerin in gleicher Weise eingestellt und übereinstimmend mit der Beklagten am 7. Dezember 1951 zur Niederschrift erklärt, "dass nach Unterschrift des Vorvertrags vom 16. Oktober 1948 mit Nachtrag vom 23. Oktober 1948 zwar praktisch dessen Bestimmungen erfüllt seien, aber ein weiterer Vertrag nicht abgeschlossen worden sei." Nicht zuletzt aber käme die Ansicht der Klägerin, der Vorvertrag sei nunmehr Gesamtmietvertrag, in ihrem Schreiben vom 1. Juli 1949 zum Ausdruck und in diesem Zusammenhang behalte es mass

gebliche Bedeutung. Abschliessend zieht das Berufungsgericht die Folgerung, dass die Parteien durch schlüssiges Verhalten und langjährige Übung, insbesondere auch durch das Verhalten der Klägerin, den Inhalt des Vorvertrages zum Inhalt des Gesamtmietvertrages gemacht hätten.

Das Berufungsgericht vertritt weiter die Auffassung, der Vorvertrag sei dazu auch geeignet gewesen, denn er wäre genügend bestimmt, mindestens bestimmbar. Es weist den Angriff der Klägerin zurück, er sei wegen Einigungsmangels nicht rechtswirksam zustandegekommen. Im wesentlichen handle es sich hier um die Trafostation. Zwar fehle insoweit und wegen der Heizung die Einigung der Parteien. Trotz nicht abschliessend erfolgter Regelung einzelner Punkte könnten die Parteien aber hinsichtlich aller übrigen Teile vertragliche Bindung vereinbaren und das sei hier geschehen. Denn die Parteien hätten während der Dauer des Mietverhältnisses mehrere Rechtsstreite geführt, ohne den Vorvertrag wegen der fehlenden Einigung über die Trafostation und Heizung als nichtig zu bezeichnen oder auch nur auf die Möglichkeit eines Nichtzustandekommens hinzuweisen. Die Parteien hätten erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie den Vorvertrag trotz der streitigen Fragen hätten als bindend ansehen wollen. Demnach treffe die Ausnahme, die § 154 Abs 1 S 1 BGB in die Worte "im Zweifel" lege, auf die Rechtsbeziehungen der Parteien zu und der Vorvertrag sei als rechtswirksam anzusehen. Ergänzend weist das Berufungsgericht auf das Verhalten der Klägerin in diesem Rechtsstreit hin, die trotz ständiger juristischer Beratung diesen Gesichtspunkt erst in der Erweiterung der Berufungsbegründung vorgebracht und sich somit bislang selbst nichts von ihm versprochen habe. Schliesslich hält es die betreffenden Punkte gegenüber den

ursprünglichen und später erweiterten Mietobjekten nicht für so wesentlich und ausschlaggebend, als dass eine fehlende Einigung hierüber den gesamten übrigen Inhalt des Vorvertrages hinfällig machen könnte. Dabei verweist es auf das Ergebnis des Rechtsstreits wegen des Transformators, aus dem sich ergebe, dass das etwa Fehlende ohne Schwierigkeit im Wege der Vertragsauslegung und Vertragsauffüllung hätte ergänzt werden können.

Weist das Berufungsgericht somit rechtliche Bedenken gegen den Vorvertrag aus §§ 154, 155 BGB zurück, so hält es andererseits für zweifelhaft, ob die durch schlüssige Handlung und langjährige Übung getroffene Vereinbarung der Parteien, den Vorvertrag zum verbindlichen Gesamtmietvertrag zu erheben, der Schriftform bedurft hätte, weil er auf längere Zeit als ein Jahr geschlossen sei. Es meint, den Mangel der Schriftform würde es nicht heilen, dass der Vorvertrag selbst schriftlich geschlossen sei, vielmehr sei entscheidend dafür allein die Vereinbarung der Parteien, welche den Vorvertrag zum Gesamtmietvertrag erhoben und damit auch seine Kündigungsfristen in Kraft gesetzt hätte. Er versagt der Klägerin aber die Berufung auf das unstreitige Fehlen der Schriftform auch gegenüber der zwingenden Vorschrift des § 566 BGB. Dabei verkennt es nicht, dass die Berufung auf einen Formmangel in der Regel nicht als arglistig angesprochen werden könne. Unter Hinweis auf das oben dargelegte Verhalten der Klägerin und ihre langjährige Einstellung erblickt es hier aber in dem Geltendmachen eines Formmangels einen Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und eine unzulässige Rechtsausübung. Es meint, wer sich so verhalte und so schreibe wie im Brief vom 1. Juli 1949 und in dem vom 26. Oktober 1948, der laute:

"Es freut uns, dass Sie dem Unterzeichneten und seinem Sohne erklärten, dass Sie ebenfalls den Vertrag als angelaufen und unabänderlich betrachten und verstehen deshalb immer noch nicht ganz, weshalb Sie unserem Wunsche nicht gleich entsprochen haben,"

könne nicht in einem ihm gerade günstig erscheinenden Augenblicke dann, wenn die bisher akzeptierte Regelung sich für ihn einmal ungünstig auszuwirken drohe, unter Berufung auf einen bis dahin in Kauf genommenen Formmangel den Versuch machen, sich den Folgen zu entziehen, um sich vorzeitig loszusagen. Das sei aber der Fall, wenn die Klägerin den Vorvertrag im übrigen, nicht aber dessen Kündigungsregelung gelten lassen wolle.

Demgemäss hält das Berufungsgericht eine Kündigung des Mietverhältnisses gemäss Buchstabe d) des Vorvertrages erstmalig zum 31. Dezember 1953 für zulässig.

Unterstützend erwägt es Folgendes: Die Klägerin habe im Schlusstermin nicht in Abrede gestellt, dass sie auf Grund der Vorbemerkung zum Vorvertrage ebenso wie die Beklagte nach Erfüllung der in ihm festgelegten Bedingungen und Voraussetzungen zum Abschluss des beabsichtigten Mietvertrages - einschliesslich der Kündigungsregelung des Buchstaben d) des Vorvertrages - verpflichtet gewesen sei. Durch die im Verwaltungsstreitverfahren zur Niederschrift vom 7. Dezember 1951 abgegebene, oben angeführte Erklärung der Parteien stehe fest, dass die Bedingungen des Vorvertrages praktisch erfüllt worden seien, jedoch ein weiterer Vertrag nicht abgeschlossen worden sei. Die Verpflichtung zum Abschluss des Vertrages habe aber uneingeschränkt fortbestanden und sie habe auch dann noch bestanden, als die Klägerin am 20. Juni

1952 die Kündigung ausgesprochen habe. Selbst wenn also der Vorvertrag nicht zum Hauptvertrag erhoben worden wäre, hätte die Klägerin nicht unter Berufung auf die Regelung der Kündigungsfristen aus dem Mietvertrag vom 1. März 1947 kündigen können, weil zur gleichen Zeit für sie die Verpflichtung bestanden habe, einen Gesamtvertrag mit der Kündigungsregelung aus Buchstabe d) des Vorvertrages zu schliessen, über die sich die Parteien zu jeder Zeit völlig einig gewesen seien. Dieser Verpflichtung hätte sich die Klägerin bei dieser Sachlage durch eine Berufung auf den praktisch in allen Punkten tatsächlich überholten Mietvertrag vom 1. März 1947 nicht entziehen können. Dafür fehle jede Rechtsgrundlage abgesehen davon, dass ein solches Verhalten den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gröblich widerspreche. Vielmehr sei die Kündigung zum 30. Juni 1953 unwirksam.

II.

Die Revision sieht die §§ 154, 155, 157, 242 und 566 BGB als verletzt an und erhebt Verfahrensrügen aus § 286 ZPO.

III.

Die Angriffe der Revision aus §§ 242 und 566 BGB erscheinen nicht unbeachtlich. Der Hinweis auf den Formmangel des für mehrere Jahre gedachten Mietvertrags bezieht sich, wie die Ergänzung der Revisionsbegründung klarstellt, nicht auf den Vorvertrag selbst, dessen schriftliche Beurkundung dem Senat vorliegt, sondern auf die Vereinbarung der Parteien, den Vorvertrag zum Hauptmietvertrag zu erheben. Hier verkennt das Berufungsgericht nicht, dass dieser nur

aus schlüssigem Verhalten und langjähriger Übung der Parteien hergeleitete Vertragswille der im Sinne des § 566 BGB entscheidend ist, aber seinen Niederschlag nicht in der gesetzlichen Form gefunden hat. Insofern bedarf es keines Heranziehens der Rechtsprechung des Reichsgerichts, dass ein auf Abschluss eines mehrjährigen Grundstücksmiet- oder Pachtvertrages gerichteter Vorvertrag nicht der Schriftform bedarf (RGZ 86, 30), der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (VI. Zivilsenat in NJW 1954, 71 = JR 1954, 101 = BB 1953, 957, 958 = Betrieb 1953, 1012 = HW 1953, 472 und Urteil des erkennenden Senats vom 4. Februar 1955 - V ZR 50/54). Geht somit das Berufungsgericht davon aus, dass die erweiterte Mietvereinbarung der Parteien über das Gesamtobjekt samt der neuen Kündigungsbestimmung gemäss Buchstabe d) des Vorvertrags nicht die Form des § 566 BGB gewahrt hat, so wendet sich die Revision insbesondere gegen die Auffassung, die Klägerin dürfe sich in diesem Falle nicht auf diesen Mangel berufen. Rechtsprechung und Rechtslehre versagen zwar der Berufung eines Vertragsteils auf den Mangel der gesetzlichen oder gewillkürten Form in besonderen Fällen mit Rücksicht auf Treu und Glauben den Erfolg, so z.B. selbst im Falle des § 313 BGB, der für die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstückes eine besondere Schutzvorschrift bedeutet (vgl. RGZ 169, 65 [73 ff]; OGHZ 1, 217 NJW 1949, 62 und in NJW 1950, 25; erkennender Senat als Senat für Landwirtschaftssachen in BGHZ 12, 286 [303/306]; Urteile des erkennenden Senats vom 14. Juli 1953 - V ZR 105/52 und vom 18. Februar 1955 - V ZR 108/53; BGB RGRK, 10. Aufl, § 313 Anm 5; Palandt, 14. Aufl, § 313 Anm 12; Tasche, Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss? Jher Jahrb. 90, 101 ff, [114/115]). Im Falle des § 566 BGB wird jedoch in dieser Hinsicht allgemein grössere Zurückhaltung geübt, da der Mangel der Schriftform hier nicht zur Unwirksamkeit

des Vertrages, sondern nur zu seiner Umdeutung in einen für unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag führt (RG in Warn 1908 Nr 38 und 1917 Nr 174; BGB RGRK, 10. Aufl, § 566 Anm 3; Palandt, 14. Aufl, § 566 Anm 3 c; Soergel, 8. Aufl, § 566 Anm 5 a; Staudinger, 10. Aufl, § 566 Rand Nr 25; vgl ferner Oertmann, 5. Aufl, § 566 Anm 6, der selbst bei arglistigem Hintertreiben der Formwahrung der anderen Partei keine exceptio doli, sondern gegebenenfalls nur eine Einrede aus unerlaubter Handlung zubilligen will). Auf diese Rechtsfolge des Mangels der Form weist die Revision besonders hin. Das Berufungsgericht führt nun zwar hinsichtlich des Verhaltens der Klägerin eine Anzahl von Gründen auf, die ihre Berufung auf den Formmangel als unzulässige Rechtsausübung erscheinen liessen. Keiner von ihnen liegt aber auf der Linie, dass die Klägerin etwa die Beklagte abgehalten habe, den Gesamtmietvertrag in formgerechter Weise zu schliessen, oder diesen Erfolg sonst arglistig vereitelt habe. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone hat in OGHZ 1, 217 [220] unter Berufung auf RGZ 153, 59 [61] ausgesprochen, der Umstand, dass ein (wegen Formmangels) nichtiges Vertragsverhältnis jahrelang wie ein gültiges bestanden habe, vermöge allein den Arglisteinwand nicht zu begründen. Es erübrigt sich hier eine Stellungnahme, ob diesem Satz in dieser allgemeinen Fassung uneingeschränkte Geltung beizumessen ist. In vorliegendem Falle könnte in Frage stehen, ob nicht alle einzelnen Gesichtspunkte, die das Berufungsgericht wegen der Einstellung der Klägerin feststellt, im Sinne der Revision mit der Geltung eines Mietvertrages auch nur auf unbestimmte Zeit in Einklang zu bringen wären. Indessen bedarf es auch insoweit keiner letzten Entscheidung und keiner Behandlung der weiteren damit zusammenhängenden Rügen, weil die Hilfserwägung des Berufungsgerichts am Schluss seiner

Entscheidungsgründe sein Urteil trägt und den Angriffen der Revision standhält, wie unten unter V auszuführen ist.

IV.

Voraussetzung dieser Hilfserwägung ist die Rechtsbeständigkeit des Vorvertrags selbst. Insoweit macht die ergänzende Revisionsbegründung vom 16. August 1954 geltend, das Berufungsgericht verneine rechtsirrig, insbesondere unter Verletzung des § 154 Abs 1 Satz 1 BGB, dass der Vorvertrag wegen Einigungsmangels nicht rechtswirksam zustande gekommen sei. Die Revision verweist insbesondere auf den auch vom Berufungsgericht angenommenen Ausfall einer Einigung der Parteien über die Mitvermietung der Trafostation. Sie hält diesen Mangel für schwerwiegend, da die Klägerin diesen Punkt als besonders wesentlich und ausschlaggebend angesehen habe. Sie meint, es sei im übrigen auch nicht entscheidend, ob diese Frage und die der Heizung objektiv wesentlich gewesen sei, sondern massgebend sei vielmehr der Wille der einzelnen Partei, ob sie auf den betreffenden Punkt Wert lege und dies zu erkennen gegeben habe. Die Klägerin habe auf diese Punkte immer wieder hingewiesen. Bei Erheben der vorliegenden Klage habe keine Veranlassung bestanden, auf die bezüglich des Dissenses in Frage kommenden rechtlichen Gesichtspunkte einzugehen, da bis zum Abschluss des Gesamtmietvertrages nach der Bestimmung c) des Vorvertrages für die Übergangszeit die Kündigungsbestimmungen des Mietvertrages vom 1. März 1947 hätten Geltung haben müssen. Die Revision greift auch die Annahme an, das im Vorvertrag Fehlende habe ohne Schwierigkeiten im Wege der Vertragsauslegung und der Vertragsauffüllung ergänzt werden können. Zusammenfassend meint sie, die Auslegungsregel des § 157 BGB versage angesichts der sich gegenüberstehenden verschiedenen Meinungen

und der Tatbestand rechtfertige keine Ausnahme von der Regel des § 154 BGB.

Hierzu ist zunächst grundsätzlich darauf zu verweisen, dass § 154 Abs 1 Satz 1 BGB keine Vermutung ausspricht, sondern nur eine Auslegungsregel enthält (BGH in NJW 1951, 397). Die Erwägungen des Berufungsgerichts liegen somit auf dem Gebiet der tatrichterlichen Feststellung der Willensrichtung der Parteien und der Würdigung eines Individualvertrags und sind daher in diesem Rechtszuge nur beschränkt nachprüfbar. Soweit die ergänzende Revisionsbegründung in dieser Hinsicht Verfahrensrügen erkennen lässt, sind sie als selbständige unbeachtlich, da sie nicht innerhalb der Frist des § 554 ZPO vorgebracht sind. Soweit sie etwa durch die Rüge aus § 286 ZPO der fristgerechten Revisionsbegründung vom 16. November 1953 als gedeckt anzusehen sind und in ihnen nur eine erläuternde Klarstellung zu erblicken ist, lassen sie einen Verstoss des Berufungsgerichts nicht erkennen, der diesen Teil der Entscheidungsgründe erschüttern könnte. Das gilt in gleicher Weise, soweit eine Nachprüfung des angefochtenen Urteils in diesem Rechtszuge ohne Rücksicht auf die Rügen der Revision - hier etwa wegen Verstosses gegen Auslegungsregeln, gegen ein Denkgesetz oder gegen Erfahrungssätze im Rahmen der §§ 133, 157 BGB - in Betracht kommen kann.

Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Möglichkeit der Ergänzung der nach Meinung der Klägerin offenen Punkte des Vorvertrags durch Auslegung und Auffüllung sowie die Bezugnahme auf das Ergebnis des Rechtsstreits wegen Herausgabe des Transformators stellen nur ergänzende Hilfserwägungen dar, die diesen Teil der angefochtenen Entscheidung

nicht allein tragen. Mit der Auffassung, die Klägerin habe im Vertrauen auf die Übergangsbestimmung unter c) des Vorvertrages keine Veranlassung gehabt, sich bei Klagerhebung wegen der Kündigungsmöglichkeit auf die Unwirksamkeit des Vorvertrages zu stützen, setzt sich die Revision zu ihrer eigenen Auffassung in Widerspruch. Denn wenn der Vorvertrag gemäss § 154 BGB unwirksam wäre, würde dies auch für seine Übergangsbestimmung unter c) zutreffen. Die Annahme aber, die Möglichkeit eines Dissenses sei der Klägerin erst im Berufungsverfahren dieses Rechtsstreits erkennbar geworden, ist unvereinbar mit der Fassung ihres Briefes vom 1. Juli 1949. Diese bringt überdies in entschiedener und eindeutiger Weise zum Ausdruck, dass die Klägerin trotz der aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung verschiedener Vertragspunkte am Vorvertrag festhielt. Daher ist auch der Vorwurf unberechtigt, das Berufungsgericht urteile auf Grund eines späteren objektiven Sachverhalts und nicht des erkennbar gewordenen ursprünglichen Willens der Klägerin. Damit steht auch nicht in Widerspruch, dass die Klägerin in der Folgezeit versucht hat, in Ansehen der offenen Punkte ihren Standpunkt durchzusetzen.

Das Berufungsgericht bejaht somit rechtsirrtumsfrei die Wirksamkeit des Vorvertrages.

V.

Die Revision greift die Hilferwägung des Berufungsgerichts zunächst mit der Rüge an, es setze sich mit seiner eigenen Feststellung in Widerspruch, dass es nicht zum Abschluss eines Hauptvertrages gekommen sei. Das trifft nicht zu, denn das angefochtene Urteil unterstellt in die-

sem Teil seiner Entscheidungsgründe gerade, dass der Vorvertrag nicht zum Hauptvertrag erhoben worden ist. Die Revision kann daher nur den schriftlichen Abschluss des Hauptmietvertrags über das Gesamtobjekt meinen.

Nicht alter Mietvertrag vom 1. März 1947 und neuer Hauptmietvertrag werden von dieser Erwägung des Berufungsgerichts als nebeneinanderstehend behandelt, sondern alter Mietvertrag und Vorvertrag. Damit steht auch nicht in Widerspruch, dass das Berufungsgericht den alten Mietvertrag "als praktisch in allen Punkten tatsächlich überholt" bezeichnet. Mit dieser Wendung weist es nur auf den Einfluss hin, den der Vorvertrag auf die rechtlichen Beziehungen der Parteien auch hinsichtlich des alten Mietverhältnisses ausübte. Beide hier in Betracht kommenden Vereinbarungen, der Mietvertrag vom 1. März 1947 und der Vorvertrag, sind schriftlich abgeschlossen. Die Vorbemerkung des Vorvertrags begründet die Verpflichtung der Parteien zum Abschluss des beabsichtigten erweiterten Mietvertrages. Wenn auch das Berufungsgericht nicht ausdrücklich ausführt, damit sei der schriftliche Abschluss des Hauptmietvertrags gemeint, so ergeben seine Ausführungen im ganzen beurteilt, dass es diese Auffassung vertritt. Andernfalls wäre sein Gedankengang überhaupt unverständlich. Wollte man aber unterstellen, das Berufungsgericht bringe diese Auffassung nicht zum Ausdruck und übergehe diesen Punkt, dann würde seine Auslegung insofern eine Lücke enthalten, die zu schliessen der Senat in eigener Auslegung berechtigt wäre (vgl BGH in NJW 1952, 377 = Lind Möhr Nachschlagewerk Nr 2 zu BGB § 133 (A) und Urteil des erkennenden Senats vom 20. März 1953 - V ZR 123/51 - S 28). Angesichts des Verhaltens der Parteien kann kein Zweifel bestehen, dass ihr Wille vom Oktober 1948 auf

den schriftlichen Abschluss eines erweiterten Mietvertrags zielte. Das geht aus der Fassung der Vorbemerkung in Verbindung mit der Tatsache hervor, dass sie die beiden vorliegenden Verträge schriftlich abfassten, und wird weiterhin dadurch erhärtet, dass sie alsbald nach Erfüllung der Bedingungen und Voraussetzungen des Vorvertrags (mit der sich aus dem vorstehenden Abschnitt IV ergebenden und für die Wirksamkeit unbeachtlichen Einschränkungen) Entwürfe für einen schriftlichen Vertrag austauschten, wobei insbesondere die Klägerin auch brieflich den Zusammenhang der schriftlichen Beurkundung mit der Verpflichtung nach dem Vorvertrag zum Ausdruck brachte.

Die Parteien standen somit nach Abschluss des Vorvertrags in Ansehen ihres Mietverhältnisses in einer mehrfachen rechtlichen Bindung. Einmal bestand zwischen ihnen noch der alte Mietvertrag vom 1. März 1947 mit der ursprünglichen Kündigungsbestimmung, die erstmals für den 30. Juni 1952 wirksam werden konnte. Sodann waren durch die Überlassung der weiteren Mieträume neue Rechtsbeziehungen geschaffen worden, die noch zu keinem schriftlichen Mietvertrag geführt hatten. Hier kann der Auffassung der Revision nicht gefolgt werden, insoweit hätte zwischen den Parteien nur ein tatsächliches Verhältnis bestanden, aus dem die Klägerin der Beklagten lediglich eine Benutzungsgebühr zu zahlen gehabt hätte. Die Parteien waren sich jedenfalls bei Überlassung der neuen Räume - über Mietobjekt und Mietzins, somit über alle wesentlichen Merkmale eines Mietverhältnisses einig. Dieser anfänglichen Einigung steht auch der Umstand nicht entgegen, dass nachträglich im Laufe des Jahres 1949 zwischen den Parteien einzelne Meinungsverschiedenhei-

ten, insbesondere wegen Benutzung der Trafostation entstanden und die Beklagte die Herabsetzung des Mietzinses erstrebte, nachdem sie ihn längere Zeit in voller Höhe entrichtet hatte. Die Anrufung der Preisbehörde durch eine Mietpartei kann ein einmal begründetes Mietverhältnis nicht einseitig zur Lösung bringen. Auch für die neuen Räume war daher zwischen ihnen selbst dann ein Mietvertrag zustandgekommen, wenn der Vorvertrag auch nicht stillschweigend zum neuen Hauptvertrag erhoben worden ist (vgl auch BGHZ 10, 171 [175]). Für das Ergebnis dieser Untersuchung ist es ohne Einfluss, ob man dabei zwei selbständige Mietverhältnisse, für die alten Räume nach dem Vertrag vom 1. März 1947 und für die neuen nach den gesetzlichen Vorschriften annehmen will oder ob man das gesamte Mietverhältnis nur den gesetzlichen Bestimmungen unter stillschweigendem Ausserkraftsetzen des ersten Vertrags unterstellen will oder ob man schliesslich der Übergangsbestimmung unter c) des Vorvertrags selbständige Bedeutung beimessen will, die das gesamte Mietverhältnis zunächst den alten Bestimmungen vom 1. März 1947 unterstellte. Denn in allen drei Fällen würde die Klägerin an sich berechtigt gewesen sein, das gesamte Mietverhältnis zum 30. Juni 1953 zu kündigen. Indessen kam zu den vorstehenden rechtlichen Bindungen noch die dritte durch den Vorvertrag, welche die Parteien verpflichtete, einen schriftlichen Vertrag über das Gesamtmietobjekt mit der Massnahme zu schliessen, dass er frühestens zum 31. Dezember 1953 gekündigt werden konnte. Dabei kann der Revision hier nicht gefolgt werden, bis zum Abschlusse dieses Gesamtmietvertrags hätte die Übergangsbestimmung des Buchstaben c) des Vorvertrages auch für die Kündigung gegolten. Denn diese Regelung bezog sich erkennbar nur auf

die näheren Einzelbestimmungen, die im Vertrag vom 1. März 1947 für das Mietverhältnis der Parteien getroffen waren, nicht aber auf die Vertragsdauer und Zulässigkeit der Kündigung.

Diese letztgenannte Bindung gab jeder Partei das Recht, auf den schriftlichen Abschluss eines Hauptmietvertrages gemäss dem Vorvertrag zu klagen. Der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamburg leitete ein solches Klagrecht schon aus einer mündlichen Vereinbarung her, in der sich die Vertragsteile verpflichtet hatten, einen Mietvertrag für längere Dauer als ein Jahr schriftlich abzufassen (OLG 17, 12 = HansGZ 1908 Beiblatt 121). Der 5. Zivilsenat dieses Gerichts versagte dagegen dieses Recht dann, wenn ein Vertragsteil vor der vereinbarten schriftlichen Abfassung bereits gekündigt hatte (OLG 20, 115 = HansGZ 1910, Beibl 58 = Recht 1909 Nr 3754). Auch Mittelstein ("Die Miete", 4. Aufl S 176 bei Note 17; Recht 1910, 266 [267]) und Staudinger (10. Aufl § 566 Rand Nr 8) lassen eine klagbare Verpflichtung zu, einen schriftlichen Mietvertrag des mündlich vereinbarten Inhalts zu schließen, wollen das Klagrecht aber ebenfalls nach einer Kündigung ausschliessen. Das Reichsgericht ist in seiner Auffassung weitergegangen. Zwar hat es ein solches Recht versagt, wenn die Vertragsteile lediglich einen mündlichen Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr eingehen, ohne sich zur schriftlichen Beurkundung zu verpflichten oder eine solche auch nur zu vereinbaren (RGZ 97, 219 [223]). Haben dagegen die Vertragsteile eine solche Vereinbarung mit verpflichtender Wirkung getroffen und liegt nicht etwa der Fall des § 125 Satz 2 bzw des 154 Abs 2 BGB vor in dem Sinne, dass eine Bindung überhaupt erst durch die Beurkundung eintre-

ten soll, dann hat das Reichsgericht jeden Teil für berechtigt erklärt, auf den Abschluss des schriftlichen Vertrags zu klagen oder, was hier von wesentlicher Bedeutung ist, dem Mieter gestattet, der Räumungsklage des Vermieters auf Grund der gesetzlichen Kündigungsbestimmung mit der Einrede der Arglist auf Grund der besonderen Vereinbarung entgegenzutreten (RGZ 97, 219 [223]; 104, 131; RG JW 1938, 1247 und LZ 1931, 913; vgl auch RGZ 141, 370 [373]). Das Schrifttum billigt diese Auffassung (BGB RGK, 10. Aufl, § 566 Anm 1; Erman, § 566 Anm 6; Palandt, 14. Aufl, § 566 Anm 3 d; Soergel, 8. Aufl, § 566 Anm 5 a).

Der Auffassung des Reichsgerichts ist beizutreten. Besteht auf dem Gebiet des Schuldrechts der Grundsatz der freien Vertragsgestaltung durch die Parteien, so ist kein Grund zu ersehen, eine bindende Verpflichtung der vorstehend bezeichneten Art nicht zuzulassen. Dabei ist es ohne Belang, ob sie in einem Vorvertrag oder neben einem bereits mündlich abgeschlossenen Mietvertrag übernommen wird und ob sie selbst schriftlich oder nur mündlich vereinbart wird. Insbesondere scheiden Bedenken wegen Umgehung der Formvorschrift des § 566 BGB aus, wie Reichsgericht und Bundesgerichtshof in den oben angeführten grundlegenden Entscheidungen zur Frage der Formfreiheit eines Vorvertrages ausgeführt haben (RGZ 86, 30 und NJW 1954, 71). Ergänzend ist hier noch besonders auf RGZ 141, 370 [373] zu verweisen, wo im Hinblick auf den Schutzzweck des § 566 BGB ausgeführt ist, dass die hier zugelassene Bindung der Vertragsteile nur zwischen ihnen und nicht gegenüber Dritten, etwa einem Erwerber des Mietgrundstücks, wirkt, solange die Verpflichtung nicht durch Abschluss des schriftlichen Vertrages erfüllt ist. Ebenso-

wenig ist ein rechtlicher Grund ersichtlich, die Erzwinbarkeit einer solchen Verpflichtung dann auszuschliessen, wenn ein Teil auf Grund des bisher nur mündlich geschlossenen Mietvertrags bereits gekündigt hat. Eine solche Kündigung kann die obligatorische Bindung aus der Beurkundungsvereinbarung nicht aufheben, jedenfalls dann nicht, wenn sie das Mietverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt zur Lösung bringt, als er nach der Abmachung der Vertragsteile vorgesehen ist. Der oben angeführten einschränkenden Auffassung von Mittelstein und Staudinger kann daher nicht gefolgt werden; ebenso ist die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamburg durch die des Reichsgerichts als überholt anzusehen (vgl hierzu insbesondere RGZ 104, 131 und LZ 1931, 913).

Ausführlich behandelt auch Roquette das Problem (vgl JW 1937, 3206 und Mietrecht, 4. Aufl, S 136 ff, 140/143). Er bezeichnet die hier behandelte Vertragsgestaltung als "Fernwirkung" von Mietvorverträgen auf abgeschlossene Mietverträge. Seine Ausführungen lassen erkennen, dass auch er die Rechtsprechung des Reichsgerichts als der gegebenen Rechtslage entsprechend ansieht. In seiner weiteren Besprechung findet er das Nebeneinanderwirken von Vorvertrag und Hauptvertrag unbefriedigend und will er den Weg gehen, den Vorvertrag durch den Abschluss des Hauptvertrages seiner weiteren Wirkung zu entkleiden, d.h. den Vorvertrag auch dann enden zu lassen, wenn er im Hauptvertrag nur unvollständig verwirklicht wird (JW 1937, 3209; Mietrecht S 142). Das käme hier, wie er weiter ausführt, auf den Rückschluss auf einen Verzichtswillen der Vertragsteile bezüglich der Schriftform hinaus. Ob ein solcher Wille festzustellen ist, will aber auch er

der Prüfung des Einzelfalles überlassen.

Diese Erwägung leitet zu der weiteren Rüge der Revision über, die Parteien könnten unmöglich weiter und zwar unbefristet an ihre ehemalige Verpflichtung auf Abschluss eines Hauptvertrages gebunden bleiben, nachdem es zu dessen Abschluss nicht gekommen sei. Damit, dass beide Parteien sich mit der Unmöglichkeit eines Vertragsabschlusses abgefunden hätten, sei ihre beiderseitige Verpflichtung gegenstandslos geworden bzw. erloschen. So hätten sie ihre Ansprüche auf dem Rechtswege verfolgt und könnten sie auch ihre gegenwärtig anhängigen Forderungen nicht mehr auf eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss stützen. Diese Rüge zielt also darauf hin, das Berufungsgericht hätte das Verhalten der Parteien im Laufe des Mietverhältnisses - etwa im Sinne der Anregung Roquettes - dahin würdigen müssen, dass sie auf die weitere Durchführung des Vorvertrages schlechthin verzichtet hätten. Sie stellt sich in erster Linie als eine Verfahrensrüge aus § 286 ZPO dar, die allein auf Grund der ergänzenden Revisionsbegründung nach dem oben zu IV Ausgeführten nicht zuzulassen wäre. Will man sie aber als durch die Rüge der ersten Revisionsbegründung getragen ansehen, dann scheitert sie an den Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach hat die Klägerin nicht bestritten, dass die Parteien noch bei Ausspruch ihrer Kündigung am 20. Juni 1952 verpflichtet waren, den Hauptmietvertrag abzuschliessen. Der Tatbestand des angefochtenen Urteils führt überdies noch den ausdrücklichen Hinweis der Klägerin darauf hin an, dass ein Verzicht auf den Abschluss eines Gesamtmietvertrages nur mit Einverständnis beider Parteien hätte erfolgen können, ein sol-

ches aber niemals erreicht worden sei. Wenn auch in diesem Parteivortrag z.T. eine rechtliche Beurteilung liegt, so steht doch allein das ebenfalls darin enthaltene tatsächliche Vorbringen der von der Revision gewünschten Annahme entgegen. Ebenso würde die rechtliche Beurteilung der Klägerin einen Rückschluss auf die Willensrichtung der Parteien nach dem Scheitern der Verhandlungen über die endgültige Vertragsfassung zulassen, der mit der Ansicht der Revision nicht vereinbar wäre. Wenn das Berufungsgericht an anderer Stelle ausführt, die Parteien hätten infolge der aufgetretenen Differenzen mit dem Abschluss eines Gesamtmietvertrags nicht mehr gerechnet, so stellt es damit nicht mehr fest, als dass die Parteien von der Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Errichtung des Vertragswerkes zunächst absahen, nicht aber, dass sie auf ihre Ansprüche endgültig verzichteten. Das ergibt der Vergleich dieser Urteilsstelle mit den Schlussausführungen eindeutig. Ein Verstoss des Berufungsgerichts gegen Auslegungsgrundsätze, gegen ein Denkgesetz oder gegen einen Erfahrungssatz liegt hier andererseits ebenfalls nicht vor.

Die Revision will hier aber aus den nachträglichen Meinungsverschiedenheiten der Parteien über den Inhalt des Vorvertrages insbesondere wegen der Trafostation herleiten, keine Partei sei zum Abschluss des neuen Vertrages verpflichtet gewesen, solange diese nicht bereinigt gewesen seien. Die Klägerin hätte daher bis zur Regelung der Bestimmungen über die Trafostation den Vertragsabschluss verweigern dürfen, sodass sie nicht gegen Treu und Glauben verstosse, wenn sie sich darauf berufe, dass die Kündigungsbestimmung des Vorvertrages noch nicht In-

halt des Hauptvertrages geworden sei. Dieser Rüge gegenüber ist auf die nicht angreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts zu verweisen, dass einerseits die streitig gebliebenen Punkte die Wirksamkeit des Vorvertrages nicht beeinflusst haben und dass andererseits die Klägerin trotz der einzelnen Unstimmigkeiten am Mietverhältnis im Rahmen des Vorvertrages mehrere Jahre lang festgehalten hat. War dies aber der Fall, dann konnte die Klägerin die Streitpunkte, insbesondere auch wegen der Trafostation, gemäss Treu und Glauben nicht mehr zum Anlass nehmen, die Erfüllung ihrer Abschlussverpflichtung aus dem Vorvertrag zu verweigern. Auch wenn etwa der Klägerin für die Zeit des Auftretens dieser Meinungsverschiedenheiten und die nächstfolgende Zeit ein Recht erwachsen wäre, das Mietverhältnis aus wichtigem Grunde vorzeitig zu kündigen, und dieser Gesichtspunkt ihrer Verpflichtung zum erweiterten Vertragsschluss entgegenstanden hätte, würde ihr ein solches im Zeitpunkt ihrer Kündigung vom 20. Juni 1952 deshalb nicht mehr zuzubilligen sein, weil sie während mehrjähriger Dauer des Mietverhältnisses keinen Gebrauch von ihm gemacht hätte. Dieser Erwägung kommt hier umsomehr Bedeutung zu, als die nachträgliche Ausübung eines solchen Rechtes eine vorzeitige Lösung des Vertragsverhältnisses nur um ein halbes Jahr früher als nach ordentlicher, dem Inhalt des Vorvertrages entsprechender Kündigung herbeiführen würde.

Entsprechend dem vom Reichsgericht beschrittenen Wege stand also der Beklagten der Einwand der Arglist offen, als die Klägerin zu einem früheren Termin kündigte, als ihn der Vorvertrag zuliess, zu dessen schriftlicher

Umwandlung in einen Hauptmietvertrag sie in diesem Zeitpunkt rechtlich gebunden war. Bei diesem "Einwand der Arglist" handelt es sich nicht um eine echte Einrede im prozesstechnischen Sinne, sondern um einen Sachvortrag, dessen Beachtung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Kündigung der Klägerin zum 30. Juni 1953 zu einer unzulässigen Rechtsausübung machte und sie unbeschadet ihrer formalrechtlichen Zulässigkeit ihrer Wirkung entkleidete. Die Ausführungen des Senats in BGHZ 12, 286 /304/ über das Wesen der Bindungswirkung formwidriger Verträge bei besonderer Gestaltung des Falles gelten entsprechend auch hier (vgl. auch BGB RGRK, 10. Aufl, § 242 Anm 4 über die Bedeutung des Einwandes der Arglist; Tasche, Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss? Jher Jahrb. 90, 101 ff /114/115/). Stellte somit die Kündigung der Klägerin durch den gesetzten Termin eine unzulässige Rechtsausübung dar, dann war sie nicht geeignet, das Mietverhältnis der Parteien zu einem früheren Zeitpunkt zur Lösung zu bringen, als sie nach dem Vorvertrag zulässig sein sollte. Die Beklagte ist daher nicht darauf beschränkt, der Verfolgung von Rechten aus der Endigung des Vertrages mit einer Einrede zu begegnen, sondern kann sich vielmehr auf seinen Fortbestand bis zum dem späteren erstmals zulässigen Kündigungszeitpunkt berufen. Das muss die Feststellungsklage der Klägerin zu Fall bringen. Die Ansicht der Revision, in diesem Ergebnis liege die unzulässige Konstruktion einer Art von Aufrechnung, kann demgegenüber nicht durchdringen. Der Vorvertrag setzte zwar den alten Mietvertrag vom 1. März 1947 rechtlich nicht ausser Kraft. Aber die obligatorische Bindung des Vorvertrages wirkte auf die Beziehungen der Parteien in der dargelegten Weise ein. Diese Auswirkung war eben eine

Folge der mehrfachen Verpflichtungen, welche die Parteien nacheinander eingegangen waren. In diesem Sinne ist die Bemerkung des Berufungsgerichts über den "praktisch in allen Punkten tatsächlich überholten Mietvertrag vom 1. März 1947" zu verstehen (vgl oben am Anfang dieses Abschnittes).

Die Revision will der Beklagten die Berufung auf den Vorvertrag noch deshalb nach Art einer replicatio doli versagen, weil sie den Neuabschluss des Vertrages verhindert habe, während die Klägerin andererseits auf ihn gedrängt habe. Auch diese Rüge ist nicht begründet. Bei den aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten hat jede Partei ihren Standpunkt vertreten. Ein besonderes arglistiges Verhalten der Beklagten ist nicht festgestellt, geht auch nicht aus ihrem Unterliegen im Rechtsstreit über die Herausgabe des Transformators hervor. Im übrigen hat das Verhalten der Beklagten die Rechtslage der Klägerin in Ansehen der Kündigungsbestimmungen nicht zu ihrem Nachteil beeinflusst. Hätte sie den Hauptvertrag in der von der Klägerin gewünschten Fassung abgeschlossen, dann wäre diese erst recht nicht zu Kündigung für den 30. Juni 1953 befugt gewesen.

VI.

Trägt somit die Hilfserwägung des Berufungsgerichts seine Entscheidung im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung, so muss der Revision der Erfolg schon deshalb versagt bleiben, ohne dass es auf ihre weiteren

Rügen gegen die übrigen Punkte des angefochtenen Urteils noch ankommt.

Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels fallen der Klägerin gemäss § 97 ZPO zur Last.

Dr. Tasche	Dr. v. Normann	Schuster
Dr. Großmann	Dr. Spieler	