

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 175/92

Verkündet am:
2. März 1994
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rolf W [REDACTED], K [REDACTED]straße 14, D [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

Athanasios K [REDACTED], M [REDACTED]gasse 2 a, D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Hahne und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Juli 1992 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 1991 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses in Düsseldorf. Im Erdgeschoß dieses Hauses befindet sich die anderweitig verpachtete Gaststätte "Z[REDACTED]". Außerdem befindet sich im Erdgeschoß ein ca. 15 qm großer Raum. Der Beklagte vermietete diesen Raum und eine im Haus befindliche Wohnung an den Kläger zum Betrieb eines Imbiß-

- 3 -

lokals. In dem vorformulierten Vertragstext heißt es unter § 1 Nr. 1 b:

"Der Vermieter leistet insoweit keine Gewähr dafür, daß die vermieteten Geschäftsräume den in Frage kommenden allgemeinen technischen Anforderungen sowie den behördlichen und anderen Vorschriften entsprechen; etwa daraus resultierende Auflagen und ähnliches hat der Mieter auf eigene Kosten zu erfüllen."

Unter der Überschrift "Sonstige Vereinbarungen" sind in § 26 des Vertragsformulars leere, zum Ausfüllen bestimmte Zeilen vorgesehen. Die Parteien haben dort von Hand - durchnummeriert von 1 bis 7 - verschiedene Regelungen eingetragen. Unter Nr. 2 heißt es: "Der Vertrag wird wirksam mit der Genehmigung der zuständigen Behörden." Nr. 3 lautet: "Für die Genehmigung der Konzession ist der Mieter zuständig und hat mit dem Inkrafttreten des Vertrages nichts zu tun."

Das Ordnungsamt der Stadt D[REDACTED] teilte dem Kläger mit, daß ihm die von ihm gewünschte Konzession nicht erteilt werden könne. Nach der erteilten Baugenehmigung könne in dem von ihm angemieteten Raum lediglich als Ergänzung des Lokals "Z[REDACTED]" eine Grillstation eingerichtet werden. Die Parteien versuchten daraufhin, durch eine Vereinbarung mit dem Pächter der "Z[REDACTED]" die gewünschte Konzession zu erhalten. Der Pächter der "Z[REDACTED]" mietete von dem Beklagten zusätzlich den für den Betrieb des Imbißlokals vorgesehenen Raum, schloß mit dem Kläger über diesen Raum einen Untermietvertrag und trat alle Rechte aus diesem Untermiet-

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



vertrag mit dem Kläger an den Beklagten ab. Der Beklagte verpflichtete sich, den Pächter der "Z [REDACTED]" von allen Ansprüchen aus dem Untermietverhältnis mit dem Kläger freizustellen. Aus Gründen, die streitig sind, wurde eine Konzession für das Imbißlokal dennoch nicht erteilt. Das Ordnungsamt deutete an, einer Konzessionserteilung könne nähergetreten werden, wenn eine Ablösesumme für nicht vorhandene Pkw-Stellplätze gezahlt werde. Die Parteien konnten jedoch keine Einigung darüber erzielen, wer diese Ablösesumme zahlen solle.

Inzwischen ist das Vorhaben endgültig gescheitert. Der Kläger wurde durch rechtskräftiges Versäumnisurteil zur Räumung verurteilt und ist ausgezogen. Eine Mietzinsklage des Beklagten gegen den Kläger ist rechtskräftig abgewiesen worden. Der Kläger verlangt nunmehr Zahlung von 82.897,12 DM als Ersatz behaupteter Aufwendungen zur Vorbereitung des Betriebes.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, durch den "Dreiecksvertrag" mit dem Pächter der "Z [REDACTED]" sei der zwischen den Parteien zunächst abgeschlossene Mietvertrag einvernehmlich aufgehoben worden, danach bestünden zwischen ihnen keine mietvertraglichen Beziehungen mehr. Das Berufungsgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache wegen des Betragverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen in der Berufungsinstanz gestellten Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Klägers weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

1. Ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag (wie das Landgericht meint) einvernehmlich aufgehoben worden oder (wie das Berufungsgericht vertritt) noch wirksam ist, kann dahingestellt bleiben. Ist er einvernehmlich aufgehoben worden, so bestehen - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - zwischen den Parteien keine mietvertraglichen Beziehungen mehr und die Klage ist schon deshalb unbegründet. Aber auch wenn der Mietvertrag nach wie vor wirksam ist, besteht der mit der Klage geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus anderen Gründen nicht.

2. Ausgehend davon, daß der Mietvertrag nach wie vor Bestand hat, bejaht das Berufungsgericht einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 538 Abs. 1 BGB. Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Zwar stellen öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich einen Fehler - einen Sachmangel - der Mietsache im Sinne der §§ 537 ff BGB dar, wenn sie - wie im vorliegenden Falle - mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben

(BGH, Urteil vom 22. Juni 1988 - VIII ZR 232/87 - NJW 1988, 2664 m.N.; Senatsurteil vom 11. Dezember 1991 - XII ZR 63/90 - WM 1992, 583 = NJW-RR 1992, 267; weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 2. Aufl. III B Rdn. 1345 ff). Das gilt aber nur, wenn die Parteien in dem Mietvertrag nichts Abweichendes vereinbart haben.

Im vorliegenden Fall haben die Parteien in dem handschriftlichen Zusatz unter § 26 Nr. 3 des Vertrages vereinbart, daß "für die Genehmigung der Konzession ... der Mieter zuständig" ist. Diesen Passus des Vertrages legt das Berufungsgericht dahin aus, der Beklagte habe nicht dafür einstehen sollen, daß für den Betrieb einer Imbißstube in den vermieteten Räumen eine Konzession erteilt werden könne. Das Berufungsgericht meint aber, auch diese handschriftliche Ergänzung des Vertrages sei als vorformulierte Klausel im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG anzusehen und ihre Wirksamkeit deshalb nach den Regeln des AGBG zu beurteilen. Sie sei nach § 9 Abs. 2 AGBGB unwirksam.

Es ist zwar richtig, daß der Bundesgerichtshof eine ähnlich lautende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erklärt hat (Urteil vom 22. Juni 1988 aaO). Das Berufungsgericht nimmt aber zu Unrecht an, die handschriftliche Ergänzung unter § 26 Nr. 3 des Vertrages unterliege dem AGBG. Es handelt sich vielmehr um eine Individualvereinbarung, auf die § 9 Abs. 2 AGBG nicht anwendbar ist und gegen deren Wirksamkeit auch sonst keine Bedenken bestehen.

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG sind "Allgemeine Geschäftsbedingungen" alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt. Soweit die Parteien das Vertragsformular des örtlichen Haus- und Grundbesitzervereins verwendet haben, handelt es sich ohne Zweifel in diesem Sinne um einen vorformulierten Vertrag. Das gilt aber nicht, soweit die Parteien dem Vordruck selbständige Klauseln als Ergänzung hinzugefügt haben (vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 2. Aufl. 1989, § 1 Rdn. 39). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte die Formulierung des § 26 des Vertrages vorher auch nur einmal verwendet hatte oder daß er bei Abschluß des Vertrages mit dem Kläger beabsichtigte, sie häufiger zu verwenden. Die Revisionserwiderung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß eine ähnliche - nicht gleichlautende - Klausel in dem späteren "Dreiecksvertrag" mit dem Betreiber der "Z[REDACTED]" enthalten ist. Eine für einen bestimmten Vertrag individuell vereinbarte Klausel wird aber nicht deshalb nachträglich zu einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, weil sie später noch einmal benutzt worden ist (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen AGBG, 7. Aufl. § 1 Rdn. 21 f).

Eine Individualvereinbarung liegt allerdings nicht vor, wenn sog. unselbständige Ergänzungen in ergänzungsbedürftige Formulare eingetragen werden (vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 1 Rdn. 56 m.N.). So hat es z.B. der Bundesgerichtshof als eine unselbständige, den Charakter einer vorformulierten Klausel nicht beeinträchtigende Ergänzung angesehen, wenn in das Formular einer "Zweckerklärung für

Grundschulden" einer Bank an der vorgesehenen Stelle lediglich der Name des Kreditnehmers und die Bezeichnung des Grundpfandrechts eingetragen worden sind (BGHZ 99, 203, 205 f). Außerdem liegt auch keine Individualabrede vor, wenn die Parteien eine in dem vorgedruckten Formular enthaltene (unzulässige) Klausel in einer Ergänzung des Vertrages lediglich dem Einzelfall anpassen, ohne daß diese Ergänzung den Kerngehalt der vorformulierten Klausel verdrängt (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1991 - VII ZR 289/90 - NJW 1992, 1107, 1108). Im vorliegenden Fall ist in dem vorgedruckten Vertragsformular unter § 1 Nr. 1 b die Klausel enthalten, der Vermieter leiste keine Gewähr dafür, daß die vermieteten Geschäftsräume den in Frage kommenden allgemeinen technischen Anforderungen sowie den behördlichen und anderen Vorschriften entsprächen, etwa daraus resultierende Auflagen habe der Mieter auf eigene Kosten zu erfüllen. Betrachtet man von den in § 26 des Vertrages enthaltenen Ergänzungen isoliert nur die Nr. 3 ("für die Genehmigung der Konzession ist der Mieter zuständig und hat mit dem Inkrafttreten des Vertrages nichts zu tun"), so könnte man annehmen, diese Ergänzung sei im Sinne der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich eine den Kerngehalt nicht verändernde Ausgestaltung des vorgedruckten § 1 Nr. 1 b für den Einzelfall. Die in § 26 Nr. 3 enthaltene Regelung darf in diesem Zusammenhang aber nicht beurteilt werden losgelöst von den übrigen handschriftlichen Ergänzungen des Vertragsformulars, insbesondere von § 26 Nr. 2. Danach wird der Mietvertrag erst wirksam mit der Genehmigung der zuständigen Behörden. Das Berufungsgericht legt diesen Passus des Vertrages dahin aus, daß das Mietverhältnis erst mit der Erteilung der Konzession beginnen sollte.

Das bedeutet, daß erst (und nur) mit der Erteilung der Konzession die Hauptpflichten aus dem Mietvertrag entstehen sollten und daß z.B. der Kläger vorher nicht verpflichtet sein sollte, Miete zu zahlen. Daraus ergibt sich aber, daß die Parteien die vorgedruckte Regelung in § 1 Nr. 1 b des Vertragsformulars durch die handschriftlichen Ergänzungen in § 26 Nr. 2 und Nr. 3 in einem entscheidenden Punkt - im Kern - abgeändert haben. Nach dem vorgedruckten Vertragsformular (die Wirksamkeit der Regelung unterstellt) wäre der Mieter zur Zahlung der Miete ohne Rücksicht auf die Konzessionserteilung verpflichtet gewesen. Durch die handschriftlichen Ergänzungen in § 26 - in der Auslegung durch das Berufungsgericht - haben die Parteien das (von ihnen offensichtlich erkannte) Risiko der Konzessionserteilung dagegen zugunsten des Mieters anders verteilt: Danach sollte, wenn es wegen der Konzessionserteilung Schwierigkeiten gäbe, dem Mieter zwar kein Schadensersatzanspruch zustehen, er sollte aber auch nicht verpflichtet sein, Miete zu zahlen. Insofern enthalten § 26 Nr. 2 und Nr. 3 des Vertrages eine neue, von dem vorgedruckten Vertragstext abweichende Regelung. Eine derartige Ergänzung des Vertragstextes ist als Individualabrede anzusehen.

3. Schon aus diesem Grunde kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Eine generelle Freizeichnung des Beklagten von der Haftung dafür, daß wegen der Beschaffenheit der vermieteten Räume eine Konzession oder andere behördliche Genehmigungen, die Voraussetzung für die Erteilung der Konzession sind, nicht erteilt werden können, scheitert jedenfalls nicht daran, daß die entsprechenden Passagen des Vertrages Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen und

als solche unwirksam sind. Es ist bereits ausgeführt, daß das Berufungsgericht die handschriftlichen Ergänzungen des Vertrages als eine solche generelle Freizeichnung versteht. Es ist allerdings zu berücksichtigen, daß das Berufungsgericht aus seiner Sicht keinen Anlaß hatte, sich mit der Auslegung der entsprechenden Klauseln im einzelnen zu befassen, weil es sie für unwirksam hielt. Außerdem nimmt das Berufungsgericht an, es seien Allgemeine Geschäftsbedingungen (nicht: Individualvereinbarungen) auszulegen. Die Regeln zur Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind nicht völlig identisch mit den Regeln zur Auslegung von Individualvereinbarungen. Ob die Sache deshalb, käme es auf den Umfang der Freizeichnung im einzelnen an, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden müßte, damit das Berufungsgericht sich - evtl. nach ergänzendem Vortrag der Parteien - mit der Auslegung erneut befassen könnte, kann dahingestellt bleiben. Der Senat kann nämlich aus anderen Gründen, ohne daß weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, selbst abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und das die Klage abweisende Urteil der ersten Instanz - mit anderer Begründung - wiederherstellen.

4. Der mit der Klage geltend gemachte Schadensersatzanspruch würde nämlich auch dann nicht bestehen, wenn sich aus § 26 Nr. 3 des Mietvertrages keine entsprechende Freizeichnung ergäbe. Dann würde dem Kläger zwar dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch nach § 538 Abs. 1 BGB zustehen. Auch dann könnte der Kläger aber im Rahmen eines solchen Schadensersatzanspruches nicht die Erstattung der mit der Klage geltend gemachten Schadenspositionen verlangen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, macht

der Kläger ausschließlich Aufwendungen geltend, die auch angefallen wären, wenn ihm die Konzession erteilt worden wäre und er das Imbißlokal hätte eröffnen können, die aber nutzlos geworden sind, weil wegen der Nichterteilung der Konzession die Durchführung des Vertrages gescheitert ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Vermögensschäden im allgemeinen nach der sog. Differenzmethode durch einen rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen zu ermitteln, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte (vgl. BGHZ-GS 98, 212, 217 m.N.). Wäre im vorliegenden Fall die Konzession erteilt worden und hätte der Kläger das Lokal eröffnen können, so wären diese Aufwendungen gleichfalls angefallen. Im Hinblick auf diese Aufwendungen hat sich seine Vermögenslage demnach durch das "schädigende Ereignis" an sich nicht verschlechtert. Dennoch hat der Bundesgerichtshof solche nutzlosen Aufwendungen regelmäßig als erstattungsfähig angesehen mit der Begründung, es bestehe im allgemeinen eine "Rentabilitätsvermutung", daß der enttäuschte Vertragspartner seine Aufwendungen durch Vorteile aus der vereinbarten Gegenleistung wieder erwirtschaftet hätte. Dem Schuldner stehe allerdings der Nachweis des Gegenteils offen (BGHZ 99, 182, 196/197 m.N.; Münch-Komm-BGB/Grunsky, 2. Aufl. vor § 249 Rdn. 12 d; Staudinger/Medicus, BGB, 12. Aufl., § 249 Rdn. 130). Solange wegen einer besonderen Gestaltung des Mietvertrags nicht endgültig feststeht, ob der Vermieter dem Mieter die Mietsache überlassen muß, besteht kein Anlaß für die Vermutung, das Geschäft werde für den Mieter trotz der von ihm im voraus gemachten Aufwendungen im Ergebnis rentabel sein (Senatsurteil vom 30. Juni 1993 - XII ZR 136/91 - NJW 1993, 2527 =

BGHR BGB § 249 Aufwendungsersatz 1, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

Die Parteien haben - wie ausgeführt - nach § 26 Nr. 2 des Mietvertrages vereinbart, daß die gegenseitigen Hauptpflichten erst mit der Erteilung der Konzession wirksam werden sollten. Gegen die Wirksamkeit dieser Vereinbarung bestehen keine rechtlichen Bedenken. Das bedeutet, daß vor Erteilung der Konzession nicht endgültig feststand, ob der Beklagte jemals verpflichtet sein würde, dem Kläger die Räume zum Betrieb des geplanten Imbißlokals zu überlassen. Solange dies aber nicht feststand, bestand kein ausreichender Anlaß für die Vermutung, der Kläger könne bereits gemachte Aufwendungen durch die Nutzung der vermieteten Räume wieder erwirtschaften. Wenn der Kläger in dieser unsicheren Situation Aufwendungen machte, so handelte er auf die Gefahr, sie vergeblich vorzunehmen.

Bundesrichterin Dr. Krohn
ist durch Urlaub an der
Unterschrift verhindert.

Blumenröhr

Blumenröhr

Zysk

Hahne

Gerber