

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 25. November 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte schloß am 20./21. Juli 1993 als Mieterin mit dem Rechtsvorgänger der Klägerin - dem damaligen Grundstückseigentümer - einen Mietvertrag über ein Ladenlokal ab. Das Gebäude sollte erst noch errichtet werden und mehrere Wohneinheiten sowie mehrere gewerbliche Einheiten enthalten. Als voraussichtlicher "Mietbeginn" war das zweite Quartal 1994 vorgesehen. Das Mietverhältnis wurde fest vereinbart bis zum 31. Dezember 2004 mit einer Verlängerungsklausel. Als Mietgegenstand ist in dem schriftlichen Mietvertrag außer einem Tiefgarageneinstellplatz angegeben: "EG siehe Zeichnung im An-

hang". Außerdem heißt es, die vermietete Fläche betrage "ca. 50 qm". Als "Nettokaltmiete" für die vermietete Ladenfläche wurden 1.500 DM monatlich vereinbart (zuzüglich 200 DM Nebenkostenvorauszahlung, 80 DM für den Stellplatz und 267 DM (15 %) Mehrwertsteuer: zusammen 2.047 DM monatlich).

Im Frühjahr 1995 erwarb die Klägerin das Grundstück und trat auf diese Weise auf Vermieterseite in den Mietvertrag mit der Beklagten ein. Eine von der Klägerin veranlaßte Vermessung des fertiggestellten Ladens ergab eine Fläche von 64,89 qm. Mit einer "Mietdauerrechnung" vom 28. April 1995 forderte die Klägerin die Beklagte auf, ab 1. Juli 1995 monatlich 2.629,71 DM an sie zu zahlen. In diesem Betrag enthalten ist eine Nettomiete für den Laden von 1.946,70 DM (30 DM x 64,89 qm) außerdem eine entsprechend der größeren Fläche höhere Nebenkostenvorauszahlung von 260 DM.

Die Beklagte bezog das Mietobjekt nicht. In einem Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 1. September 1995 heißt es u.a.:

"gemäß unserem heutigen Telefonat übersenden wir Ihnen anbei in Kopie noch einmal das Schreiben vom 24.8.1995. In diesem Schreiben forderten wir Sie auf, die Mietfläche entsprechend den zuvor getroffenen Vereinbarungen bis zum 31.8.1995 zu beziehen. Diese Frist wird nun letztmalig verlängert, und zwar auf den 15.9.1995. Sollten Sie die Mietfläche bis zu diesem Datum nicht beziehen, behalten wir uns die fristlose Kündigung vor. Der Leerstand der Mietfläche ist für uns - auch gegenüber den anderen Mietern des Objektes - nicht mehr vertretbar und wir werden bei Nichterfüllung Ihrer vertraglich vereinbarten Betriebspflicht unweigerlich die entsprechenden Konsequenzen ziehen."

Am 5. September 1995 übersandte die Beklagte der Klägerin die Schlüssel zu dem Laden mit einem Schreiben, in dem es heißt:

"Hiermit möchte ich mitteilen, daß ich mit Ihrer fristlosen Kündigung einverstanden bin. Leider ist es mir nicht möglich gewesen, alles für eine moderne Ladeneinrichtung zu bekommen. Ich werde dann die entstandenen Kosten leider tragen müssen. Bitte schicken Sie mir dann die Rechnung bis 31.9.1995".

Die Klägerin reagierte auf dieses Schreiben nicht. Sie erwirkte über den von ihr begehrten Bruttomietzins für die Zeit bis einschließlich März 1996 im Mahnverfahren gegen die Beklagte Vollstreckungstitel. Die ihr zugesprochenen Beträge hat sie inzwischen jedenfalls zum Teil im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben.

Mit Schreiben vom 28. Februar 1996 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe voraussichtlich die Möglichkeit, ab 1. April 1996 das Ladenlokal anderweitig zu vermieten, um dadurch die Mietschulden der Beklagten zu vermindern. Die Klägerin vermietete das Ladenlokal ab 1. April 1996 an einen anderen Mieter. Dieser bezog die Mieträume Ende April 1996, zahlte aber keine Miete. Die Klägerin hat gegen ihn einen Vollstreckungstitel erwirkt, konnte daraus aber bisher nicht vollstrecken.

Im vorliegenden Verfahren macht die Klägerin die von ihr beanspruchte Bruttomiete für die Monate April bis Oktober 1996 geltend. Das Landgericht hat einen zuvor erlassenen, der Klage stattgebenden Vollstreckungsbescheid aufgehoben und die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hin hat das Berufungsgericht unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den Vollstreckungsbescheid mit Ausnahme eines Teils der zugesprochenen Zinsen



aufrechterhalten. Mit der zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht führt aus, entgegen der Auffassung des Landgerichts könne in der 1995 zwischen den Parteien geführten Korrespondenz keine einvernehmliche Aufhebung des Mietverhältnisses gesehen werden. Die Klägerin habe deshalb grundsätzlich einen Anspruch auf Bezahlung des vereinbarten Mietzinses auch für die Monate April bis Oktober 1996. Dem stehe nicht entgegen, daß sie ab April 1996 einen Mietvertrag mit einem anderen Mieter abgeschlossen und diesem das Ladenlokal überlassen habe. Zwar sei der Mieter nach § 552 Satz 3 BGB grundsätzlich nicht verpflichtet, den Mietzins zu zahlen, solange der Vermieter wegen der Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten außerstande sei, ihm den Gebrauch zu gewähren. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handele ein Mieter, der ohne Rücksicht auf den weiterbestehenden Mietvertrag einfach ausgezogen sei, keine Miete mehr gezahlt und den Vermieter dadurch veranlaßt habe, die Mietsache zu einem niedrigeren Mietzins weiter zu vermieten, regelmäßig rechtsmißbräuchlich, wenn er die Zahlung der Differenzmiete verweigern wolle mit der Begründung, der Vermieter sei wegen der Weitervermietung zur Gebrauchsüberlassung nicht mehr in der Lage gewesen (Senatsurteil BGHZ 122, 163 f.). Der vorliegende Fall sei mit dem vom Bundesgerichtshof entschiede-

nen Fall zwar nicht völlig identisch, die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze müßten jedoch auch hier zur Anwendung kommen.

Die Beklagte sei zwar berechtigt, von der Klägerin gegen Erfüllung der Klageforderung die Abtretung der (titulierten) Zahlungsansprüche der Klägerin gegen deren neuen Mieter zu verlangen. Da die Beklagte diesen Anspruch im Prozeß nicht geltend gemacht habe, komme eine entsprechende Zug-um-Zug-Verurteilung der Klägerin nicht in Betracht.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Revision macht zu Recht geltend, daß das Berufungsgericht die Frage, ob der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag beendet worden ist, nicht unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten geprüft hat.

2. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, die zwischen den Parteien geführte Korrespondenz habe nicht zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses geführt. Die Revision macht jedoch zu Recht geltend, daß eine Beendigung des Mietverhältnisses durch eine durch die Beklagte ausgesprochene ordentliche Kündigung in Betracht kommt.

Das Schreiben der Beklagten vom 5. September 1995 ist als Erklärung der ordentlichen Kündigung zu werten. Da das Berufungsgericht eine Auslegung dieses Schreibens unter diesem Gesichtspunkt von vornherein nicht in Betracht gezogen hat und in diesem Zusammenhang weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat das Schreiben selbst auslegen. Das Berufungsgericht führt in anderem Zusammenhang (BU 7) zutreffend aus, die Beklagte habe in diesem Schreiben zum Ausdruck gebracht, sie wolle unab-

hängig von der Wirksamkeit der von ihr angenommenen fristlosen Kündigung des Mietvertrages durch die Klägerin das Mietverhältnis auf jeden Fall beenden. Daß sie das weitere Verhalten der Klägerin nicht abwarten, sondern von sich aus das Mietverhältnis endgültig beenden wollte, hat sie weiter dadurch unterstrichen, daß sie zusammen mit dem Schreiben der Klägerin die Schlüssel zu dem Mietobjekt zurückgeschickt hat. Dieses Verhalten der Beklagten genügt den Anforderungen an den Inhalt einer Kündigungserklärung. Schon schlüssiges Verhalten kann ausreichen, wenn sich aus ihm - wie im vorliegenden Fall - zweifelsfrei ergibt, daß eine Partei das Mietverhältnis beenden möchte (Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 7. Aufl. Rdn. 864; Emmerich/Sonnenschein Miete 7. Aufl. § 564 Rdn. 29).

3. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die von der Beklagten erklärte ordentliche Kündigung wirksam war und zu einer Beendigung des Mietverhältnisses geführt hat. Zwar haben die Parteien (auf Vermieterseite der Rechtsvorgänger der Klägerin) in dem schriftlichen Mietvertrag eine feste Laufzeit des Mietverhältnisses bis zum 31. Dezember 2004 vereinbart. Sollte diese Vereinbarung wirksam sein, wäre damit eine ordentliche Kündigung für die Zeit vor dem 31. Dezember 2004 in zulässiger Weise ausgeschlossen. Nach § 566 Satz 2 BGB gilt ein Mietvertrag jedoch - ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer - als für unbestimmte Zeit geschlossen, wenn die Schriftform des § 566 Satz 1 BGB nicht eingehalten worden ist. Eine ordentliche Kündigung ist dann zum Schluß des ersten Jahres zulässig.

Zwar haben die Parteien einen schriftlichen Mietvertrag abgeschlossen. Dieser Umstand allein reicht jedoch nicht aus, das Schriftformerfordernis des § 566 Satz 1 BGB zu erfüllen. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist

die Schriftform vielmehr nur gewahrt, wenn sich die wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus der Vertragsurkunde ergeben (Senatsurteil vom 7. Juli 1999 - XII ZR 15/97 - NJW 1999, 3257, 3258 m.N.). Weitere Vertragsbestimmungen müssen jedenfalls dann in die Urkunde aufgenommen werden, wenn sie nach dem Willen der Parteien ein wichtiger Vertragsbestandteil sein sollen (Senatsurteil aaO). Die Feststellungen des Berufungsgerichts und auch der Vortrag der Parteien lassen keine abschließende Beurteilung zu, ob diese Schriftformerfordernisse im vorliegenden Fall eingehalten worden sind.

a) Der Revision ist einzuräumen, daß es zumindest unklar ist, ob der vereinbarte Mietzins ordnungsgemäß beurkundet worden ist. Nach § 4 des schriftlichen Mietvertrages sollte die "Nettokaltmiete" 1.500 DM pro Monat betragen. In § 1.1 des Mietvertrages wird die vermietete Ladenfläche mit "ca. 50 qm" angegeben. Die Klägerin hat statt 1.500 DM pro Monat 1.946,70 DM pro Monat (30 DM pro qm; 64,89 qm Ladenfläche) eingeklagt und diesen Betrag hat das Berufungsgericht auch zugesprochen. Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, aus welchen Gründen das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin könne nach dem endgültigen Aufmaß 30 DM pro qm verlangen. Denkbar ist, daß das Berufungsgericht den schriftlichen Mietvertrag in diesem Sinne ausgelegt hat. Denkbar ist aber auch, daß das Berufungsgericht angenommen hat, die Vertragsschließenden hätten abweichend von dem schriftlichen Mietvertrag mündlich vereinbart, der endgültige Mietzins solle pro qm abgerechnet werden. Die Klägerin hat nämlich vorgetragen, mit der Beklagten sei diese Art der Abrechnung abgesprochen worden. Einziger Anhaltspunkt für eine entsprechende Auslegung schon des schriftlichen Mietvertrages könnte sein, daß die Ladenfläche mit "ca. 50 qm" angegeben ist. Sinn dieser

ca.-Angabe kann aber auch sein, daß der Vermieter für die genaue Quadratmeterzahl nach Fertigstellung keine Gewähr übernehmen wollte, ohne daß eine Abweichung Auswirkungen haben sollte auf die Höhe des Mietzinses.

Sollten die Parteien abweichend von dem schriftlichen Mietvertrag mündlich einen Mietzins von 30 DM pro qm vereinbart haben, wäre diese Vereinbarung nicht beurkundet und damit die Schriftform des § 566 Satz 1 BGB nicht gewahrt.

b) Zutreffend weist die Revision auch darauf hin, daß die Klägerin vortragen hat, sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 1995 vergeblich aufgefordert, der "mietvertraglich vereinbarten Betriebspflicht" nachzukommen. Das Berufungsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus zu Recht - keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Parteien eine Betriebspflicht vereinbart haben. Der schriftliche Mietvertrag enthält eine solche Vereinbarung nicht. Sollten die Parteien mündlich eine Betriebspflicht vereinbart haben, wäre die Beurkundungsbedürftigkeit dieser Vereinbarung davon abhängig, welche Bedeutung die Vertragsschließenden dieser Vereinbarung beigemessen haben. Auch hierzu fehlen tatsächliche Feststellungen.

c) Schließlich ist den Feststellungen des Berufungsgerichts und auch dem Vortrag der Parteien nicht zu entnehmen, ob das Mietobjekt in dem schriftlichen Mietvertrag hinreichend genau bezeichnet ist. Es heißt dort lediglich, daß das vermietete Ladenlokal im Erdgeschoß des zu errichtenden Gebäudes liegen solle, im übrigen wird auf eine "Zeichnung im Anhang" verwiesen. Diese Zeichnung befindet sich nicht bei den Akten. Weder aus den Feststellungen des Berufungsgerichts noch aus dem Vortrag der Parteien ergibt sich, ob die Zeichnung dem schriftlichen Mietvertrag tatsächlich beigelegt war und wenn ja, auf welche Weise. Deshalb kann der Senat nicht abschließend

beurteilen, ob die erforderliche Urkundeneinheit zwischen Vertragsurkunde und in Bezug genommener Anlage gewahrt ist (vgl. hierzu Senatsurteil vom 30. Juni 1999 - XII ZR 55/97 - NJW 1999, 2591 f. m.N.).

Außerdem hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob sich aus der in Bezug genommenen Zeichnung hinreichend deutlich ergab, welche Fläche in dem zu errichtenden Gebäude an die Beklagte vermietet werden sollte. Unstreitig handelte es sich um ein größeres Objekt mit mehreren getrennt zu vermietenden gewerblichen Flächen.

4. Es ist somit nicht auszuschließen, daß die Schriftform des § 566 Satz 1 BGB nicht gewahrt ist und daß die Beklagte deshalb den Mietvertrag unter Wahrung der Fristen des § 565 BGB frühestens zum Schluß des ersten Jahres kündigen konnte (§ 566 Satz 2 BGB). Die Jahresfrist läuft bei noch nicht vollzogenen Mietverträgen von dem Tag des Vertragsschlusses an (BGHZ 99, 54). Der Mietvertrag wurde im Juli 1993 geschlossen. Nach § 565 Abs. 1 a BGB ist die ordentliche Kündigung bei einem Mietverhältnis über Geschäftsräume spätestens am 3. Werktag eines Kalendervierteljahrs für den Ablauf des nächsten Kalendervierteljahrs zulässig. Die von der Beklagten im September 1995 erklärte Kündigung wäre somit zum 31. März 1996 wirksam geworden. Die Klägerin macht Mietzinsansprüche für die Zeit ab 1. April 1996 geltend.

5. Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit es - eventuell nach ergänzendem Vortrag der Parteien - die notwendigen Feststellungen zur Einhaltung der Schriftform nachholen kann.

6. Für das weitere Verfahren und für den Fall, daß die Vertragsparteien eine ordentliche Kündigung bis zum Jahre 2004 wirksam ausgeschlossen ha-

ben sollten, weist der Senat auf folgendes hin: Der Senat hat bereits entschieden, daß sich der Mieter gegenüber dem Mietzinsanspruch des sonst vertragstreuen Vermieters regelmäßig nicht darauf berufen kann, der Vermieter sei wegen einer Weitervermietung zur Gebrauchsüberlassung nicht in der Lage gewesen (§ 552 Satz 3 BGB), wenn der Mieter ohne Rücksicht auf den weiterbestehenden Mietvertrag einfach ausgezogen ist und keine Miete mehr bezahlt hat; in einem solchen Einwand läge dann eine gegen Treu und Glauben verstoßende unzulässige Rechtsausübung (BGHZ 122, 163 ff.). Der Vermieter muß sich in einem solchen Falle nur die Vorteile anrechnen lassen, die er durch die Weitervermietung erlangt hat (§ 552 Satz 2: vgl. BGHZ aaO S. 169).

Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, daß diese Grundsätze auch dann anzuwenden sind, wenn ein Mieter, der die Mieträume noch nicht bezogen hat, sich trotz des fortbestehenden Mietvertrages grundlos weigert, diesen Mietvertrag zu erfüllen, und wenn der Vermieter nur wegen dieser vertragswidrigen Weigerung des Mieters eine sonst nicht zu beanstandende Weitervermietung vorgenommen hat. Entscheidend ist, daß der Mieter nicht aus einem Verhalten seines sonst vertragstreuen Vertragspartners Rechte herleiten darf, das er selbst durch einen groben Vertragsbruch erst herbeigeführt hat (BGHZ aaO S. 168 m.N.).

Hat der Vermieter aus der Weitervermietung noch kein Geld erlangt, sondern lediglich einen - eventuell titulierten - Mietzinsanspruch gegen den neuen Mieter, so muß er sich den Wert dieses Anspruchs anrechnen lassen. Stehen der Durchsetzung dieses Anspruchs im Einzelfall wegen der Bonität des neuen Mieters oder aus anderen Gründen Hindernisse entgegen, so ist dies zu berücksichtigen. Ist der Anspruch wirtschaftlich wertlos, kommt eine Anrechnung nicht in Betracht.

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke