

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 64/96

Verkündet am:  
8. Juli 1998  
Küpferle  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Zysk, Dr. Hahne, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Februar 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Brauereigesellschaft, vermietete mit Vertrag vom 27. April 1989 die Räume der Gaststätte "Spielmann" in M. für die Dauer von ca. fünf Jahren mit Verlängerungsoption für die Mieterin an die E.-GmbH, deren Geschäftsführer der Kläger war. In § 10 des Mietvertrages war vorgesehen, daß die Vermieterin die sofortige Räumung des Mietobjektes verlangen könne, falls die Mieterin "mit

- 3 -

der Zahlung auch nur einer Miet- oder Warenrechnung länger als einen Monat in Verzug" bleibe. Der Kläger trat diesem Vertrag durch Zusatzvereinbarung vom selben Tag "mit allen Rechten und Pflichten" bei.

Die E.-GmbH hatte von der Beklagten ferner die Gaststätte "La Mairie" in M. gemietet. Auch diesem Vertrag war der Kläger beigetreten und hatte die persönliche Haftung für Schulden der GmbH aus dem Mietverhältnis übernommen.

Nach einer vorangegangenen Abmahnung wegen aufgelaufener Miet- und Warenschulden bezüglich beider Lokale kündigte die Beklagte unter dem 25. Juli 1990 der E.-GmbH und dem Kläger persönlich das Mietverhältnis bezüglich des Lokals "Spielmann" fristlos. Sie stützte sich dabei auf den Rückstand mit der Monatsmiete für Juli und mit Forderungen aus Warenlieferungen in Höhe von rund 88.903 DM. Sie untersagte dem Kläger den Zutritt zu dem Lokal und ließ dieses ab August 1990 von einem ehemaligen Mitarbeiter des Klägers weiterführen.

Der Kläger, der der fristlosen Kündigung weder im Namen der GmbH noch im eigenen Namen entgegengetreten war, macht nunmehr Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns geltend, weil die Kündigung unberechtigt gewesen sei. Er beziffert den Schaden für die zweite Jahreshälfte 1990 mit 150.000 DM und begehrt außerdem die Feststellung, daß die Beklagte ihm auch für die Zeit ab 1. Januar 1991 den weitergehenden Schaden zu ersetzen habe.

Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil dem Leistungs- und dem Feststellungsantrag zur Hälfte stattge-



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



geben und die Klage im übrigen abgewiesen. Es hat angenommen, daß die Kündigung mangels ausreichender Gründe unwirksam gewesen sei. Allerdings müsse sich der Kläger wegen seiner widerspruchslosen Hinnahme der Kündigung ein hälftiges Mitverschulden an der Schadensentstehung zurechnen lassen.

Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

1. Das Oberlandesgericht hat die Aktivlegitimation des Klägers hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche auf Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns bejaht. Dabei hat es dahinstehen lassen, ob sich der Kläger mit Erfolg auf eine der in der Berufungsinstanz vorgelegten Abtretungserklärungen vom 14. September 1990 und vom 10. Januar 1994 berufen kann, mit denen er - als Vertreter der GmbH und zugleich im eigenen Namen handelnd - Ansprüche der GmbH gegen

die Beklagte an sich abgetreten hat. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts kommt es auch nicht darauf an, ob der Kläger hierbei wirksam vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit gewesen ist. Es hat ausgeführt, der Kläger könne eigene Ansprüche aus einem Verstoß der Beklagten gegen die ihr als Vermieterin obliegenden Pflichten herleiten, da er laut Zusatzvertrag vom 27. April 1989 dem Mietvertrag zwischen der GmbH und der Beklagten als Mieter mit allen Rechten und Pflichten beigetreten sei. Als solcher habe er Anspruch auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung, da die fristlose Kündigung der Beklagten zu Unrecht erfolgt sei. Zwar sei die GmbH unstreitig mit der Zahlung einer Monatsmiete in Verzug gewesen. Auf die Kündigungsregelung in § 10 des Mietvertrages könne sich die Beklagte jedoch nicht berufen, da es sich dabei - wie die Beweisaufnahme ergeben habe - um einen von ihr verwendeten Formularmietvertrag gehandelt habe und die Regelung in § 10 der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG nicht standhalte. Auch auf die Regelung hinsichtlich rückständiger Forderungen aus Warenlieferungen könne die Beklagte die Kündigung mangels hinreichender Bestimmtheit nicht stützen, zumal sie selbst das Auflaufen erheblicher Rückstände über einen beträchtlichen Zeitraum hinweg hingenommen und weitere Warenlieferungen unter anderem lediglich von Vorkasse abhängig gemacht habe. Ein außerordentliches Kündigungsrecht aus § 554 a BGB, das auch bei ständiger unpünktlicher Zahlung eingreifen könne, ergebe sich ebenfalls nicht, weil sich nicht feststellen lasse, daß das Vertrauensverhältnis der Mietvertragsparteien nachhaltig zerstört worden sei. Denn die Beklagte habe dem Kläger noch kurz vor der Kündigung die Anmietung eines weite-

ren Lokals angetragen. Die Frage, ob dem Kläger aufgrund der unberechtigten Kündigung letztlich überhaupt ein Schaden entstanden sei, dessen Ausgleich er verlangen könne, sei Gegenstand des Höheverfahrens. Innerhalb des Grundverfahrens sei lediglich von Bedeutung, ob die Entstehung eines Schadens in Betracht komme. Dies lasse sich auch dann nicht ausschließen, wenn man berücksichtige, daß der Kläger bisher nichts Wesentliches dazu vorgetragen habe, ob und gegebenenfalls in welcher Weise er sich im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht (§ 254 BGB) im Anschluß an die Aufgabe des Lokals um eine andere Erwerbstätigkeit bemüht habe. Denn selbst wenn er derartige Bemühungen unterlassen hätte, würde dies nicht notwendigerweise die Zurechnung fiktiver Einkünfte in einer Höhe begründen, wie er sie vorher im Rahmen der Führung des "Spielmann" erzielt habe, so daß zu ersetzende Mehreinnahmen nicht auszuschließen seien.

## 2. Das hält einer Überprüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, daß sich der Vermieter gegenüber dem Mieter aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig machen kann, wenn er schuldhaft (auch fahrlässig) gegenüber dem Mieter eine wegen Fehlens materieller Gründe unwirksame Kündigung ausspricht und dem Mieter aufgrund des vorzeitigen Gebrauchsverlustes ein Schaden entsteht (BGHZ 89, 296, 302; BGH Urteil vom 14. Januar 1988 - IX ZR 265/86 - NJW 1988, 1268, 1269). Ebenso hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsverstoß festgestellt, daß es sich bei der Kündigungsregelung in § 10 des Mietver-

trages nicht um eine Individualvereinbarung, sondern um eine Formularklausel handelt. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch (§ 565 a ZPO).

Die Beurteilung des Oberlandesgerichts, daß die auf jene Klausel gestützte Kündigung der Beklagten unwirksam war, ist im Ergebnis gleichfalls zutreffend. Dabei kann allerdings offenbleiben, ob - wie das Oberlandesgericht unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. März 1987 (VIII ZR 71/86 - NJW 1987, 2506, 2507) meint - die Kündigungsregelung, soweit sie auf den mehr als einmonatigen Verzug mit einer Mietzinsrate abstellt, von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB abweicht und insoweit gegen § 9 AGBG verstößt. Es ist zweifelhaft, ob der in dem genannten Urteil behandelte Fall mit dem vorliegenden vergleichbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 1987 - VIII ZR 126/86 - NJW-RR 1987, 903, 905 sowie auch Wolf/Eckert Handbuch des gewerblichen Mietrechts, 7. Aufl. Rdn. 983; AGB-Klauselwerke/Drettmann Stand 1997, Geschäftsraummiete Rdn. 180, die eine derartige Klausel für zulässig halten). Einer Entscheidung hierzu bedarf es jedoch nicht. Denn die bereits mit Schreiben vom 25. Juli 1990 ausgesprochene Kündigung fand in diesem Tatbestand der vertraglichen Kündigungsregelung schon deshalb keine Grundlage, weil die Beklagte sich selbst nicht an jene Regelung gehalten hat. Zum Zeitpunkt der Kündigung befand sich der Kläger nämlich mit der unstreitig nur für Juli nicht gezahlten Miete noch nicht länger als einen Monat in Verzug. Ungeachtet der Frage einer Unwirksamkeit nach § 9 AGBG muß sich die Beklagte als Verwenderin des von ihr selbst eingeführten Formularvertrages

an der dortigen Regelung für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festhalten lassen. Der Kläger durfte sich nach Treu und Glauben auf die Einhaltung dieses Verfahrens, soweit es ihm günstig war, verlassen (BGHZ 94, 44, 47; BGH, Urteil vom 25. März 1987 aaO S. 2507).

Soweit sich die Beklagte auf offene Warenrechnungen gestützt hat, fand die Kündigung in § 10 des Mietvertrages deshalb keine Rechtfertigung, weil die Klausel insoweit mit dem gesetzlichen Leitbild nicht in Einklang steht und den Mieter im Sinne des § 9 AGBG unangemessen benachteiligt, zumal hier - wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt - die Höhe der Forderung gänzlich unbestimmt ist und nach dem Wortlaut auch ein nur ganz geringfügiger rückständiger Betrag für die fristlose Kündigung ausreichen würde.

Die geltend gemachten Zahlungsrückstände haben auch die gesetzlichen Kündigungsgründe nicht erfüllt. Insbesondere ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, daß das Oberlandesgericht die Voraussetzungen einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses im Sinne des § 554 a BGB verneint hat.

b) Die Revision rügt aber zu Recht, daß das Oberlandesgericht von einem in der Person des Klägers entstandenen Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn ausgeht, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wer der Betreiber des Lokals "Spielmann" war und infolgedessen einen Gewinn aus dem Weiterbetrieb des Lokals hätte ziehen können. Es hat den Anspruch des Klägers allein daraus abgeleitet, daß dieser dem zwischen der Beklagten und der GmbH abgeschlossenen Mietvertrag als Mieter mit allen Rechten und Pflich-

ten beigetreten war, und hat die Frage der Abtretungserklärungen dahinstehen lassen. Das trägt indessen die Annahme, daß der Kläger aus eigenem Recht aktivlegitimiert sei, nicht. Der Kläger hatte zwar nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts das Lokal früher zusammen mit seiner Frau und einem Dritten in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben. Nach Gründung der GmbH, die nach dem insoweit unstreitigen Vortrag der Beklagten am 11. Juni 1989 in das Handelsregister eingetragen wurde und als selbständige juristische Person auch Erlaubnisinhaberin war (vgl. §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 2 Gaststättengesetz), war aber diese die Betreiberin des Lokals (vgl. Michel/Kienzle Gaststättengesetz Kommentar 12. Aufl. 1995 § 1 Rdn. 22; § 2 Rdn. 14, 20). Zu diesem Zweck war die GmbH gegründet worden und hatte den Mietvertrag über die Gaststättenräume abgeschlossen. Als Nutzerin und Betreiberin konnte nur die GmbH, nicht aber der Kläger Gewinn aus dem Lokal erwirtschaften. In Betracht kommt allenfalls eine Beteiligung des Klägers an eventuellen Gewinnausschüttungen der GmbH, die sie - bei Weiterbetreiben des Lokals in der Zeit ab der zweiten Jahreshälfte 1990 - an ihn ausgefolgt hätte. Feststellungen zu Fragen des Gesellschafterbestandes, der Beteiligungsverhältnisse, insbesondere ob und gegebenenfalls mit welcher Quote der Kläger an Gewinnausschüttungen beteiligt war, hat das Oberlandesgericht indes nicht getroffen. Daß der Kläger als Mitmieter neben der GmbH auch formal nutzungsberechtigt war und ihm der Mitbesitz an den Räumen infolge der unwirksamen Kündigung unberechtigt entzogen wurde, besagt für die Frage seiner Gewinnbeteiligung an der GmbH nichts. Zwar kommt als Anspruchsgrundlage auch § 823

Abs. 2 i.V.m. § 858 BGB wegen Verletzung seines unmittelbaren Mitbesitzes durch verbotene Eigenmacht der Beklagten in Frage; jedoch erwächst dem Kläger daraus noch kein Anspruch auf Schadensersatz in Form des geltend gemachten entgangenen Gewinns.

Daß der Kläger etwa infolge der Kündigung seine Stellung als Geschäftsführer der GmbH verloren und er dadurch einen Verdienstausschlag in Gestalt des Wegfalls seiner Geschäftsführerbezüge erlitten hat, hat er nicht vorgetragen. Er hat auch keinen solchen - in seiner Person auftretenden - Schaden geltend gemacht. Da die GmbH außerdem noch andere Lokale, unter anderem "La Mairie", betrieb, ist mangels gegenteiligen Vortrags davon auszugehen, daß sein Geschäftsführergehalt weitergezahlt wurde. Soweit er mit Schriftsatz vom 24. Oktober 1994 nicht mehr auf die Erstattung eines Bilanzgewinnes, sondern auf die Erstattung eines durch die unberechtigte Kündigung entstandenen "Liquiditätsverlustes" abstellt, wird auch insoweit nicht ersichtlich, aus welchem Umstand der Kläger seine Aktivlegitimation herleitet. Denn auch insoweit könnte nur die das Lokal betreibende GmbH einen "Liquiditätsverlust" geltend machen. Davon abgesehen sind die vom Kläger in diesem Zusammenhang vorgelegten Jahresabschlüsse aus den Jahren 1986 bis 1988 nicht geeignet, seinen Anspruch zu belegen, da sie aus der Zeit vor Gründung der GmbH und vor dem Abschluß des Mietvertrages stammen und das "Restaurant G. E. in L./R. " betreffen. Auch soweit darin neben anderen Objekten das Lokal "Spielmann" aufgeführt ist, läßt sich ein Ersatzanspruch des Klägers aus eigenem Recht nicht ableiten.

c) Das Oberlandesgericht durfte daher die Frage, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch in der Person des Klägers entstanden ist, nicht dem Betragsverfahren überlassen. Zwar ist richtig, daß es bei Schadensersatzklagen ausreicht, daß der Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht (st. Rspr., vgl. zuletzt BGHZ 126, 217, 219 m.N.). Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts ging es hier aber nicht um eine Frage der Höhe, sondern um eine solche des Grundes des Anspruches. Ein Grundurteil darf nur ergehen, wenn alle anspruchsbegründenden Fragen entscheidungsreif sind und bejaht werden können. Hierzu gehören insbesondere diejenigen Umstände, die die (aktive oder passive) Sachbefugnis begründen (vgl. Zöllner/Vollkommer ZPO 20. Aufl. § 304 Rdn. 6, 7 a). Dazu ist erforderlich, daß Tatsachen vorliegen, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Klägers entstanden erscheinen zu lassen (BGH Urteil vom 23. April 1991 - X ZR 77/89 - NJW 1991, 2707, 2709). Daran fehlt es hier, soweit der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz lediglich auf seine Mitmieterstellung aufgrund des Beitritts zum Mietvertrag gestützt wird.

d) Auf die Rüge seiner Aktivlegitimation hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch in zweiter Instanz auch aus übergegangenem Recht der GmbH geltend gemacht. Hierzu hat er zwei Abtretungserklärungen, datierend vom 14. September 1990 und vom 10. Januar 1994 und unterzeichnet von ihm selbst im eigenen Namen und zugleich als Vertreter der E.-GmbH, vorgelegt, in denen die GmbH ihre etwaigen Schadensersatzansprüche aus der unberechtigten Kündigung an ihn

abtritt. Er hat hierzu behauptet, daß er alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter - Geschäftsführer gewesen und vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit gewesen sei (§ 35 Abs. 4 GmbHG, § 181 BGB). Zum Beweis für die am 14. September 1990 erfolgte Abtretung hat er sich auf das Zeugnis seines Bruders berufen. Im übrigen hat er behauptet, daß die GmbH auch zum Zeitpunkt der zweiten Abtretung noch bestanden habe. Die Beklagte hat das Vorliegen des Befreiungstatbestandes, dem ein entsprechender Gesellschafterbeschuß und die Eintragung im Handelsregister zugrunde liegen müssen (vgl. BGHZ 87, 59 f.), ferner die inhaltliche Richtigkeit der Abtretungserklärungen und ihre Datierung bestritten und dazu vorgetragen, daß die GmbH bereits am 14. April 1992 im Handelsregister gelöscht worden sei, nachdem ein Konkursverfahren mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse abgelehnt worden sei. Hiernach kann nach dem vorliegenden Verfahrensstand nicht davon ausgegangen werden, daß die E.-GmbH dem Kläger ihren Schadensersatzanspruch abgetreten hat. Vielmehr ist anhand der angebotenen Beweise zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche der Abtretungen wirksam war. Daher ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Behandlung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Das gilt auch, soweit der Urteilsausspruch die Feststellung eines weiteren, nach dem 31. Dezember 1990 entstandenen Schadens betrifft.

Blumenröhr

Zysk

Hahne

Sprick

Bundesrichterin Weber-Monecke  
ist im Urlaub und verhindert  
zu unterschreiben.

Blumenröhr