



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 288/02

Verkündet am:  
2. März 2004  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:           nein

BGHR:           ja

---

BGB a.F. §§ 242 Bc, 326 Db, Dc, 553

Ein vertragswidriges Verhalten des Gegners berechtigt im Rahmen eines Dauer-schuldverhältnisses grundsätzlich nicht zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung, es sei denn die Vertrauensgrundlage der Rechtsbeziehung ist derart erschüttert, daß sie auch durch die Abmahnung nicht wieder hergestellt werden kann.

BGH, Urteil vom 2. März 2004 - XI ZR 288/02 - OLG Celle  
LG Hannover

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller und Dr. Wassermann, die Richterin Mayen und den Richter Dr. Appl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. Juni 2002 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger begehren die Rückgabe einer Bürgschaftsurkunde, die sie den Beklagten zur Absicherung von Ansprüchen aus einem Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag übergeben haben. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit notariellem Vertrag vom 4. November 1998 erwarben die Beklagten von der Ehefrau des Klägers zu 2) ein Wohn- und Geschäftshaus

in W., das die Klägerin zu 1) gemäß notariellem Bauvertrag vom selben Tag sanieren sollte. In dem ebenfalls an diesem Tag geschlossenen - nicht notariell beurkundeten - Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag verpflichteten sich die Kläger gegenüber den Beklagten, die Vermietung und Verwaltung des Objekts für die Dauer bis zum 31. Dezember 2004 zu übernehmen. Zur Absicherung ihrer Verpflichtungen aus diesem Vertrag übergaben sie den Beklagten eine Bürgschaftsurkunde der Sparkasse M. vom 27. November 1998 über 48.000 DM. Nachdem die Beklagten am 31. Mai 1999 den Bauvertrag mit der Klägerin zu 1) gekündigt, deren Mitarbeiterin Hausverbot erteilt und in der Folge ein Maklerunternehmen mit der Vermietung des betreffenden Objekts beauftragt hatten, kündigten die Kläger ihrerseits den Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag am 31. Januar 2000 fristlos. Sie verlangen die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde und berufen sich darauf, die Beklagten hätten es ihnen nach der Kündigung des Bauvertrages mangels Angabe eines zuverlässigen Fertigstellungstermins und durch die Einschaltung einer anderen Maklerfirma unmöglich gemacht, verbindliche Verträge mit Mietinteressenten abzuschließen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hat der Senat die Revision zugelassen, mit der die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehren.

Entscheidungsgründe:

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

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Der Mietgarantievertrag sei formgültig. Er sei nicht Bestandteil des Verpflichtungsgeschäfts zur Übertragung oder zum Erwerb des Grundstücks gewesen. Hierfür spreche schon, daß die Parteien den Bau- und den Grundstückskaufvertrag sowie den Mietgarantievertrag in getrennten Urkunden niedergelegt hätten. Auch seien die Vertragspartner jeweils nicht identisch gewesen. Schließlich seien die Parteien selbst bis zum Berufungsverfahren ausdrücklich von einer selbständigen Verpflichtung der Kläger zur Vermietung und Verwaltung ausgegangen, die auch unabhängig von der Erteilung des Bauauftrags für sich genommen wirtschaftlich sinnvoll sein könne. Die Kläger seien aber berechtigt gewesen, den Mietgarantievertrag fristlos zu kündigen, da sich die Beklagten vertragsuntreu verhalten hätten, als sie eine Maklerfirma mit der Vermietung des Objekts beauftragt hätten, ohne den Klägern die Verschiebung des avisierten Fertigstellungstermins sowie das nunmehr zu erwartende Bezugsfertigkeitsdatum mitzuteilen. Einer Abmahnung vor der fristlosen Kündigung habe es deshalb nicht bedurft. Die außerordentliche Kündi-

gung sei auch nicht verfristet und außerdem als ordentliche Kündigung wirksam.

Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Hinblick auf ergänzenden schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten hat das Berufungsgericht abgelehnt. Die Beklagten hätten im Anschluß an die schriftliche Mitteilung des Vorsitzenden Richters, daß der Senat die fristlose Kündigung entgegen seiner in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung doch für möglicherweise gerechtfertigt halte, ausreichend Gelegenheit zum Vortrag gehabt.

## II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung jedenfalls in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Formgültigkeit des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrages. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung war der Vertrag nicht wegen engen Zusammenhangs mit den beiden am selben Tag abgeschlossenen notariellen Verträgen - dem Bau- und dem Grundstückskaufvertrag - gemäß § 313 Satz 1 BGB a.F. beurkundungsbedürftig. Zwar ist auch eine für sich allein nicht formbedürftige Vereinbarung notariell zu beurkunden, wenn sie mit einem von den Beteiligten beabsichtigten Grundstückserwerb eine rechtliche Einheit bilden soll (BGHZ 101, 393, 396; BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 - IX ZR 110/93, WM 1994, 1711; Senatsurteil vom 22. Oktober 1996 - XI ZR

249/95, WM 1996, 2230, 2231 m.w.Nachw.). Einen solchen Zusammenhang hat das Berufungsgericht hier aber nicht festgestellt. Wie es zu Recht ausgeführt hat, kommt es insoweit entscheidend darauf an, daß die Verträge nach den Vorstellungen der Beteiligten untrennbar voneinander abhängig sein sollen. Ob ein solches beurkundungsbedürftiges einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, ist eine Frage der vom Tatrichter vorzunehmenden Würdigung des Einzelfalles (BGHZ 78, 346, 349; 101, 393, 397 und BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 - IX ZR 110/93, aaO, jeweils m.w.Nachw.). Diese hat das Berufungsgericht angesichts der Niederlegung der Verträge in verschiedenen Urkunden (vgl. BGHZ 101, 393, 396) und angesichts des für die Feststellung des übereinstimmenden Willens zu berücksichtigenden nachvertraglichen Verhaltens der Parteien (BGH, Urteile vom 24. Juni 1988 - V ZR 49/87, WM 1988, 1599, 1600 und vom 26. November 1997 - XII ZR 308/95, NJW-RR 1998, 801, 803; BGH, Beschluß vom 3. April 2003 - BLw 33/02, Umdruck S. 3) in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten dadurch, daß sie sich nach der Kündigung des Bauvertrages übereinstimmend auf die rechtliche Unabhängigkeit und den Fortbestand des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrags berufen haben, deutlich gemacht, daß nach ihrem Willen die Verträge nicht miteinander stehen und fallen sollten, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

2. Von Rechtsirrtum beeinflusst sind hingegen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrag sei durch die fristlose Kündigung der Kläger vom 31. Januar 2000 beendet worden.

a) Dabei kann dahinstehen, ob - wie die Revision geltend macht - die nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung unterliegende (Senatsurteil vom 20. Mai 2003 - XI ZR 50/02, WM 2003, 1416, 1417) tatrichterliche Entscheidung des Berufungsgerichts, es habe ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorgelegen, auf der Verletzung rechtlichen Gehörs beruht, weil das Berufungsgericht Vorbringen der Kläger verwertet hat, ohne den Beklagten Gelegenheit zur Erwiderung in einem nachgelassenen Schriftsatz zu geben.

b) Jedenfalls erweist sich die Annahme des Berufungsgerichts, die fristlose Kündigung sei auch ohne vorherige Abmahnung der Beklagten wirksam gewesen, mit der gegebenen Begründung als nicht haltbar. Wie die Revision zu Recht beanstandet, reicht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in aller Regel allein ein vertragswidriges Verhalten des Gegners für eine fristlose Kündigung noch nicht aus (BGH, Urteil vom 10. Mai 1984 - I ZR 94/82, WM 1984, 1375, 1376). Vielmehr entspricht es einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie er etwa in dem Gebot der Nachfristsetzung bei Verzug oder in dem Erfordernis der Abmahnung bei vertragswidrigem Gebrauch der Mietsache zum Ausdruck kommt, daß bei Dauerschuldverhältnissen eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich erst dann in Betracht kommt, wenn der andere Vertragsteil nachdrücklich auf die Folgen seiner Vertragswidrigkeit hingewiesen worden ist (BGH, Urteile vom 10. Mai 1984 - I ZR 94/82, aaO, vom 2. Mai 1991 - I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266, 1267 und vom 9. Oktober 1991 - XII ZR 122/90, WM 1992, 156, 157). Ausnahmsweise kann zwar etwas anderes gelten, wenn die Vertrauensgrundlage der Rechtsbeziehung derart erschüttert ist, daß sie auch durch die Abmahnung nicht wieder hergestellt werden kann (BGH, Urteile vom 2. Mai

1991 - I ZR 184/89, aaO S. 1267 f. und vom 9. Oktober 1991 - XII ZR 122/90, aaO). Dazu fehlt es bislang jedoch an Feststellungen des Berufungsgerichts. Daß die Beklagten den Klägern die Verschiebung des Fertigstellungstermins nicht mitgeteilt haben, reicht insoweit nicht aus.

3. Wie die Revision zu Recht geltend macht, kann die fristlose außerordentliche Kündigung vom 31. Januar 2000 entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Zwar ist eine solche Umdeutung grundsätzlich möglich, wenn es ersichtlich der Wille des Kündigenden war, sich - wann auch immer - vom Vertrag zu lösen (BGH, Urteil vom 12. Januar 1981 - VIII ZR 332/79, NJW 1981, 976, 977). Eine Umdeutung setzt aber voraus, daß das Geschäft in das umgedeutet wird, zulässig ist. Das ist hier nicht der Fall. Eine ordentliche Kündigung des Dauerschuldverhältnisses scheidet nämlich bei einer festen Vertragslaufzeit aus (BGH, Urteil vom 12. März 2003 - XII ZR 18/00, WM 2003, 1094, 1096, zur Veröffentlichung in BGHZ 154, 171 vorgesehen). Eine solche war hier aber vereinbart, da den Klägern die Vermietung und Verwaltung des Objekts ausweislich Ziffer 1 des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrags bis 31. Dezember 2004 übertragen worden ist.

### III.

Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, war sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird zur Frage der Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung



des Mietgarantie- und Mietverwaltungsvertrags ohne vorherige Abmahnung unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Parteien ergänzende Feststellungen zu treffen haben.

Nobbe

Müller

Wassermann

Mayen

Appl