



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

XII ZR 307/98

Verkündet am:  
10. Oktober 2001  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Fuchs und Dr. Ahlt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 5. November 1998 aufgehoben, soweit die Berufung und Klageerweiterung der Kläger hinsichtlich eines Teilbetrages von 37.078,45 DM nebst Zinsen erfolglos geblieben sind.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten mieteten als Gesellschaft bürgerlichen Rechts von den Klägern Gewerberäume für die Zeit vom 1. November 1994 bis 31. Oktober 1999 zu einem monatlichen Mietzins von 3.473,86 DM zuzüglich Mehrwertsteuer nebst 600 DM Nebenkostenvorauszahlung. Der Mietvertrag besteht aus einem teils handschriftlich, teils maschinenschriftlich ausgefüllten, aus losen Blättern bestehenden, beidseitig bedruckten Formularsatz mit durchgehender Paginierung und fortlaufender Paragraphenzählung. Das Mietobjekt ist in § 1

mit "M. , D. str. 52 Hochparterre u. Dachgeschoß (s. Anlage Grundrisse)" bezeichnet. Dem Formular waren drei von den Parteien paraphierte Grundrißzeichnungen sowie eine von den Parteien unterschriebene Ausstattungsbeschreibung des Geschäftshauses beigefügt, ferner die in § 26 des Vertrages als "Zusatzvereinbarung 1" erwähnte und ebenso bezeichnete Anlage, die ebenfalls von den Parteien unterzeichnet ist. Unter den Unterschriften befindet sich ein Passus, demzufolge § 14 des Vertrages (Untersagung der Untervermietung ohne ausdrückliche schriftliche Erlaubnis des Vermieters) durch eine generelle Gestattung der Untervermietung ersetzt wird, solange "die Art der Nutzung und der Charakter der Mietsache nicht geändert wird".

§ 21 Abs. 2 Satz 2 des Mietvertrages bestimmt, daß ein den Vermieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Zahlungsverzug vorliegt, wenn der Mieter sich mit mehr als einer Mietzinsrate in Zahlungsverzug befindet.

§ 21 Abs. 3 des Mietvertrages lautet:

"Wird das Mietverhältnis von dem Vermieter aus wichtigem Grunde gekündigt, so haftet der Mieter für den Schaden, der dem Vermieter durch das die Kündigung begründende vertragswidrige Verhalten entstanden ist. Insbesondere ist dem Vermieter der bis zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit durch leerstehende Räume bzw. Mindermieteinnahmen entstehende Mietausfall zu ersetzen. Diese Schadensersatzpflicht entfällt jedoch, wenn der Mieter nachweist, daß sich der Vermieter nicht ausreichend um einen neuen Mieter bemüht hat und endet in jedem Falle mit dem Ablauf eines Jahres nach Rückgabe der Mietsache."

Mit Schreiben vom 29. August 1996 kündigten die Beklagten das Mietverhältnis zum 31. Dezember 1996 unter Berufung auf § 566 Satz 2 BGB a.F..

Die Kläger erklärten ihrerseits mit Schreiben vom 6. November 1996 die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges und setzten den Beklagten eine Räumungsfrist zum 20. November 1996. Diese räumten das Mietobjekt im Januar 1997.

Mit ihrer Klage verlangten die Kläger zunächst rückständigen Mietzins, Nutzungsentschädigung und Schadensersatz (Mietausfallschaden in Höhe der Nettomiete) für die Zeit von Juni 1996 bis August 1997 in Höhe von 24.944,16 DM. Diesen Betrag errechnen sie wie folgt:

Bruttomietzins Juni - Dezember 1996 = 7 x 3.994,96 DM =	27.964,72 DM
abzüglich darauf gezahlter	- 23.420,16 DM
Nettomietzins Januar - August 1997 = 8 x 3.473,88 DM =	+ 27.791,04 DM
abzüglich Erlös aus Nachvermietung Juli und August 1997	- 4.347,72 DM
abzüglich Erstattungsanspruch aus Nebenkostenabrechnung	- <u>3.043,72 DM</u>
	<b><u>24.944,16 DM</u></b>

Ferner verlangten die Kläger Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, ihnen darüber hinaus den Nettomietzinsausfall bis Ende Oktober 1999 zu ersetzen.

Das Landgericht sprach den Klägern 3.489,17 DM nebst 4 % Zinsen zu, nämlich Bruttomietzins Juni 1996 - 15. Januar 1997 = 7,5 x 3.994,96 DM = 29.962,05 DM (richtig: 29.962,20 DM) abzüglich 23.420,16 DM abzüglich 3.043,72 DM, und wies die weitergehende Klage ab.

Mit ihrer Berufung begehrten die Kläger klageerweiternd zum einen Zahlung weiterer 63.132,55 DM nebst 5 % Zinsen (21.445,99 DM zuzüglich 41.686,56 DM Mietausfallschaden für den weiteren Zeitraum September 1997

bis August 1998 = 12 x 3.473,88 DM) sowie Feststellung, daß die Beklagten ihnen den aufgrund vorzeitiger Beendigung des Mietvertrages entstehenden Nettomietzinsausfall ab 1. November 1998 zu ersetzen hätten.

Die Berufung der Kläger blieb ohne Erfolg. Dagegen richtet sich ihre Revision, die der Senat wegen der vertraglichen Beschränkung der Ersatzpflicht für Mietausfallschäden auf ein Jahr nach Rückgabe der Mietsache (§ 21 Abs. 3 Satz 3 des Mietvertrages) lediglich hinsichtlich eines Teilbetrages des Zahlungsbegehrens von (63.132,55 DM abzüglich für den Zeitraum ab 15. Januar 1998 bis August 1998 verlangter 7,5 x 3.473,88 DM = 26.054,10 DM =) 37.078,45 DM nebst Zinsen angenommen hat.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt im Umfang der Annahme zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, das Mietverhältnis sei durch die fristlose Kündigung der Kläger vom 6. November 1996 nicht beendet worden, weil die Kläger für den Zeitpunkt der Kündigungserklärung einen den Anforderungen des § 554 Abs. 1 BGB a.F. genügenden Rückstand der Beklagten mit Mietzinszahlungen nicht nachgewiesen hätten. Vielmehr ergebe

sich bereits aus den unstreitig bis zur Kündigung geleisteten Zahlungen der Beklagten, insbesondere allein im Oktober 1996 ca. 13.300 DM, daß ein solcher Rückstand nicht vorgelegen habe.

Hingegen sei das Mietverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 29. August 1996 gemäß §§ 566, 565 Abs. 1a BGB a.F. zum 31. März 1997 beendet worden, weil die Schriftform des Mietvertrages nicht gewahrt sei.

Über den Zeitraum der Räumung am 15. Januar 1997 hinaus seien die Beklagten zur Zahlung von Mietzins aber nicht verpflichtet, weil sie aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung der Kläger gezwungen gewesen seien, das Mietobjekt zu räumen.

Ein Schadensersatzanspruch wegen Mietausfalls stehe den Klägern nicht zu, weil die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses nicht durch ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten herbeigeführt worden sei.

## II.

Diese Annahmen halten der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Die Kläger haben Anspruch auf Ersatz des ihnen nach dem 15. Januar 1997 bis zum 15. Januar 1998 (§ 21 Abs. 3 MV) entstandenen Mietzinsausfalls, weil die auf Zahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung der Kläger das wirksam für fünf Jahre (bis zum 31. Oktober 1999) begründete Mietverhältnis beendet hat (vgl. BGHZ 82, 121, 129).

1. Das Mietverhältnis ist durch die fristlose Kündigung der Kläger vom 6. November 1996 wegen Mietrückstandes beendet worden.

Es kann dahinstehen, ob § 554 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. durch § 21 Abs. 2 Satz 2 des Mietvertrages wirksam dahingehend zugunsten des Vermieters erweitert wurde, daß (auch) ein Rückstand mit einer Mietzinsrate einschließlich Nebenkosten die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges rechtfertigt, oder ob die Kläger Verwender des Formularvertrages waren, diese Klausel die Beklagten in unangemessener Weise benachteiligt (§ 9 Abs. 1 AGBG, vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1987 - VIII ZR 71/86 - NJW 1987, 2506, 2507) und es deshalb nach § 6 Abs. 2 AGBG bei der gesetzlichen Regelung verbleibt. Denn in beiden Fällen waren die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges erfüllt.

Dies ergibt sich, wenn man den unstreitigen Zahlungen der Beklagten für die Zeit von Juni bis November 1996, auf die die Vorinstanzen allein abgestellt haben, den für diesen Zeitraum geschuldeten und gemäß § 4 Abs. 1 des Mietvertrages jeweils am dritten Werktag eines Monats im voraus fälligen Bruttomietzins gegenüberstellt, und zwar einschließlich der zugleich fälligen Nebenkostenvorauszahlungen, da auch diese zu den regelmäßigen Zahlungen gehören, die der Mieter als Entgelt für die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache zu erbringen hat (vgl. Grapentin in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. IV Rdn. 175; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rdn. 970 m.w.N.; Palandt-Weidenkaff, BGB 60. Aufl. § 554 Rdn. 5 m.w.N.; OLG Naumburg WuM 1999, 160, 161; offen gelassen von BGH, Urteile vom 15. April 1987 - VIII ZR 126/86 - NJW-RR 1987, 903, 905 und vom 23. September 1987 - VIII ZR 265/86 - NJW-RR 1988, 77, 78; vgl. auch BVerfG WuM 1992, 668).

Für die Monate Juni bis November 1996 schuldeten die Beklagten 6 x 4.594,94 DM = insgesamt 27.569,64 DM.

Unter Berücksichtigung der unstreitig darauf geleisteten Zahlungen der Beklagten, nämlich

am 04.07.1996	2.597,47 DM
am 02.08.1996	2.597,47 DM
am 17.10.1996	4.200,00 DM
am 17.10.1996	9.189,88 DM
am 17. oder 21.10.1996	394,94 DM
am 08.11.1996	2.116,73 DM
am 08.11.1996	1.303,47 DM

bestand somit am 4. Juni 1996 ein Rückstand von 4.594,94 DM, der sich am 3. Juli 1996 um weitere 4.594,94 DM auf 9.189,88 DM erhöhte und erst durch die Zahlungen vom 4. Juli 1996 und 2. August 1996 um je 2.597,47 DM auf 3.994,94 DM verminderte.

Dieser Rückstand erhöhte sich am 3. August, 4. September und 4. Oktober 1996 jeweils um weitere 4.594,94 DM und belief sich somit am 4. Oktober 1996 auf insgesamt 17.779,76 DM.

Er verringerte sich durch die Zahlungen vom 17. bzw. 21. Oktober 1996 um 4.200,00 + 9.189,88 + 394,94 DM, die gemäß § 366 Abs. 2 BGB mangels Leistungsbestimmung der Beklagten die älteren Mietzinsschulden tilgten, auf für Oktober 1996 geschuldete 3.994,94 DM.

Am 4. November 1996 erhöhte er sich um weitere 4.594,94 DM auf 8.589,88 DM. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten davon ausgeht, daß die Kündigungserklärung der Kläger vom 6. November 1996 ihnen erst nach dem 8. November 1996 zuzuging, belief sich der Rückstand unter Berücksichtigung der weiteren Zahlungen vom 8. November 1996 in Höhe von 2.116,73 DM + 1.303,47 DM im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung auf

noch 5.169,68 DM und überstieg somit eine Monatsmiete einschließlich Nebenkostenvorauszahlung (4.594,94 DM).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß den Beklagten aus der Abrechnung der Nebenkosten für die Zeit vom 1. Januar 1995 bis 30. September 1996 ein Erstattungsanspruch in Höhe von 3.043,72 DM zustand. Denn diese Abrechnung ging den Beklagten nach dem unbestrittenen Vortrag der Kläger (erst) am 28. Januar 1997 zu. Im Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung war dieser Erstattungsanspruch noch nicht fällig und hat schon deshalb bei der Berechnung des im Zeitpunkt der Kündigung rückständigen Betrages außer Betracht zu bleiben.

Die von den Klägern am 6. November 1996 ausgesprochene fristlose Kündigung war demnach gerechtfertigt, weil die Beklagten für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils des Mietzinses in Verzug waren, wobei nicht erst der Verzug für die beiden Monate Oktober und November 1996, sondern auch schon der in den Monaten zuvor aufgelaufene Rückstand die insoweit noch nicht zu spät ausgesprochene Kündigung rechtfertigte.

2. Der sich daraus ergebende Anspruch der Kläger auf Ersatz des ihnen nach dem 15. Januar 1997 entstandenen Mietzinsausfalls ist auch nicht auf die Zeit bis zum 31. März 1997 beschränkt.

Zwar wird ein solcher Schadensersatzanspruch im Falle eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrages durch die Höhe der Leistungen begrenzt, die der Mieter bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin hätte aufbringen müssen, weil eine solche vom Mieter ausgesprochene ordentliche Kündigung mit ihrem Wirksamwerden die Kausalität für weiteren dem

Vermieter durch die fristlose Kündigung entstandenen Schaden beenden würde (vgl. BGHZ 95, 39, 49). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aber weder zum 31. März 1997 noch zu einem anderen vor dem 31. Oktober 1999 liegenden Termin möglich, da die Voraussetzungen des § 566 BGB a.F. nicht vorliegen. Der zunächst für die Dauer von fünf Jahren geschlossene Mietvertrag der Parteien wahrte die Schriftform.

a) Auf den Streit der Parteien, ob der Mietvertrag nebst Anlagen bei Unterzeichnung geheftet war, kommt es nicht an. Die Schriftform ist nämlich auch ohne Heftung gewahrt.

aa) Die Verwendung eines aus losen Blättern bestehenden Vordrucks, bei dem die auf den Rückseiten stehenden Bestimmungen durch ausdrückliche Bezugnahme im unterschriebenen Vertragstext einbezogen wurden, steht der Wahrung der Schriftform nicht entgegen (vgl. Senatsurteil BGHZ 136, 357, 372 f.). Da es sich um den gleichen Vordrucksatz handelt, der auch in jener Entscheidung zur Beurteilung stand, kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

bb) Die von sämtlichen Parteien unterzeichnete "Zusatzvereinbarung 1" brauchte nicht angeheftet zu werden, weil der gedankliche Zusammenhang mit dem Mietvertrag durch wechselseitige Bezugnahme gewahrt ist. § 26 des Mietvertrages führt als Zusatzvereinbarung auf: "Mietanpassung (s. Zusatzvereinbarung 1)". Die Zusatzvereinbarung nennt zwar das Mietobjekt nicht und nimmt auch nicht ausdrücklich auf den Vertrag Bezug. Sie enthält aber, wie durch den Begriff "Mietanpassung" in § 26 MV angekündigt, eine Indexklausel. Soweit danach die "lt. § 5/1 vereinbarte Miete" für die ersten zwei Jahre eine Festmiete sein soll, während die Höhe des Mietzinses im Mietvertrag unter § 3

Abs. 1 geregelt ist, kommt dieser Diskrepanz keine entscheidende Bedeutung zu; sie beruht offensichtlich auf einem Schreib- oder Lesefehler. Jedenfalls wird diese Diskrepanz durch den handschriftlichen Zusatz kompensiert, in Abweichung zu § 14 (der in der Tat einen Zustimmungsvorbehalt zur Untervermietung regelt) werde die Untervermietung unter näher bezeichneten Bedingungen generell gestattet.

Alles in allem genügen die übereinstimmende Bezeichnung als "Zusatzvereinbarung 1", der Inhalt dieser Regelung, der Verweis auf § 14 MV und die Unterschriften sämtlicher als "Vermieter" bzw. "Mieter" bezeichneten Vertragsparteien, um die Zugehörigkeit zum Hauptvertrag eindeutig zu belegen.

b) Die Ausstattungsbeschreibung ist mit "Geschäftshaus ... M. D. str. 52" überschrieben, führt die Vermieter namentlich als Bauherren auf und trägt die Unterschriften sämtlicher Parteien. Ob es für die Frage der Wahrung der Schriftform auf diese Ausstattungsbeschreibung überhaupt ankommen kann, ist schon deshalb fraglich, weil der Mietvertrag keine Bau- oder Ausstattungsbeschreibung erwähnt, so daß nicht ersichtlich ist, daß sie überhaupt als für die Beschaffenheit des Mietobjekts maßgeblich vereinbart und damit Vertragsinhalt war. Dagegen spricht zudem § 10 des Mietvertrages, der bestimmt, daß die Mietsache in dem Zustand übergeben wird, in dem sie sich befindet, und der Mieter diesen Zustand als vertragsgemäß anerkennt. Aber selbst wenn die Ausstattungsbeschreibung Bestandteil der Vereinbarungen der Parteien gewesen sein sollte, wäre der gedankliche Zusammenhang mit dem Mietvertrag durch die Namen der Parteien und die Bezeichnung des Objekts hinreichend gewahrt.

c) § 1 MV (Mietobjekt) enthält den handschriftlichen Zusatz "siehe Zeichnung". Von den drei Zeichnungen enthalten die ersten beiden den Ver-

merk "Fabrik D. str. 52" bzw. " D. Str."; die letzten beiden sind mit "Erdgeschoß" bzw. "DG" (Dachgeschoß) gekennzeichnet. Sie sind (offenbar von je einem Vermieter und Mieter) paraphiert. Da sie keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen enthalten, haben Paraphen die gleiche jeden Zweifel an der Zusammengehörigkeit ausschließende Kennzeichnungswirkung wie Unterschriften, und es bedarf auch nicht der Paraphen sämtlicher Beteiligter (vgl. Senatsurteile vom 5. Juli 2000 - XII ZR 70/98 - NZM 2000, 907, 908 und vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NJW 2000, 354, 357).

Vor allem aber sind diese Zeichnungen als bloßer Orientierungsbehelf anzusehen und daher kein notwendiger Bestandteil des Mietvertrages (vgl. Senatsurteil vom 30. Juni 1999 - XII ZR 55/97 - ZIP 1999, 1311, 1313). Das Mietobjekt ist in § 1 Abs. 1 MV mit "M. , D. str. 52 Hochparterre u. Dachgeschoß (s. Anlage Grundrisse)" hinreichend und eindeutig bezeichnet, denn dem Vortrag der Parteien läßt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, daß diese beiden Geschosse etwa nicht komplett, sondern nur teilweise vermietet wurden. Auch die Zeichnungen enthalten - bis auf grüne Striche, die offenbar nur geänderte Zwischenwände bezeichnen - keine Begrenzungen, die auf die Vermietung nur einzelner Räume hindeuten könnten.

3. Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen zur Höhe des den Klägern ab 15. Januar 1997 entstandenen Mietausfalls getroffen. Eine eigene Entscheidung ist dem Senat verwehrt, da die Dauer der Weitervermietung des Objekts und der daraus erzielte Erlös zwischen den Parteien streitig sind und weiterer Aufklärung bedürfen. Während die Kläger sich für die Monate Juli und August 1997 je 2.173,86 DM Nettomieterlös aus vorübergehender Weitervermietung anrechnen lassen und hinsichtlich des Zeitraums ab September 1997 vortragen, die Räume stünden (er-

neut) leer, behaupten die Beklagten, der Nachmieter zahle in Wirklichkeit zusätzlich 900 DM monatlich für Keller und Parkplätze, deren Nutzung den Beklagten ohne zusätzliches Entgelt eingeräumt gewesen sei. Außerdem hätten sie den Klägern laut vorgelegten Schreiben Nachmieter benannt, die das Objekt zu gleichen Konditionen zu übernehmen bereit gewesen seien; darauf hätten die Kläger aber nicht reagiert.

Das Berufungsurteil war daher im Umfang der Annahme aufzuheben und die Sache insoweit zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Blumenröhr

Sprick

Weber-Monecke

Fuchs

Ahlt