
Datum: 05.12.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 220/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:1205.30U220.07.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 8 O 38/07

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27. November 2007 verkündete Urteil des Einzelrichters der 8. Zivilkammer des Landgerichts Siegen abge-ändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 70 % und die Beklagte 30 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung aus diesem Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Gegner vor der Vollstreckung Sicher-heit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

1

2

3

Die Klägerin, die als Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Rechtsverkehr teilnimmt, verlangt von der Beklagten Zahlung restlicher Miete und Betriebskosten für das Jahr 2006 nebst Zinsen sowie die Feststellung, dass das Mietverhältnis nicht durch bestimmte Kündigungserklärungen der Beklagten beendet worden ist. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 20. April/03. Mai 1999 schlossen die Parteien eine "Vereinbarung", wonach die Klägerin, welche seinerzeit unter der Bezeichnung "GbR C mbH" auftrat, der Beklagten die ausschließliche Nutzungsmöglichkeit hinsichtlich bestimmter Räume im Erdgeschoss und im einzigen Obergeschoss des Objekts "C3, U-Straße, #####1 F, für die Zeit vom 01. Mai 1999 bis zum 31. Dezember 2028 einräumte. Es wurde vereinbart, dass die überlassenen Räumlichkeiten eine Nutzfläche von ca. 30 % der Gesamtfläche von 1.932 qm = ca. 577 qm haben, ferner dass ein jährliches Entgelt von 52.000,00 DM zu zahlen ist, das sich aus einem Nutzungsentgelt in Höhe von 38.000,00 DM und einem festen Betriebskostenzuschuss in Höhe von 14.000,00 DM zusammensetzt. Nach § 6 der Vereinbarung kann der Betriebskostenzuschuss u. a. dann angepasst werden, wenn sich die Energiepreise ändern. Dem Vertrag sind Grundrisspläne des Erdgeschosses und des Obergeschosses beigelegt (Bl. 14 f. GA). Wegen der weiteren Einzelheiten der Vereinbarung wird auf die Anlage zur Klageschrift (Bl. 11 - 15 GA) verwiesen. 4

Die Klägerin hatte das Grundstück U, F, im Jahre 1998 erworben. Seinerzeit war es mit einem ehemaligen Soldatenheim bebaut (Bl. 44; 98; 118 GA). Die Klägerin hatte einen Teil des Gebäudes U-Straße, F, zum Betrieb einer Gaststätte verpachtet. Die Beklagte wollte den an sie vermieteten Teil des Mietobjekts u. a. für Veranstaltungen nutzen und hoffte, dass sie das Mietobjekt für Feierlichkeiten etc. untervermieten und so einen Teil der Miete refinanzieren konnte (Bl. 17 GA). Dies gelang jedoch nur bis zum Jahre 2003; im Juli 2003 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit dem Pächter der Gaststätte "C4" fristlos wegen Zahlungsverzuges (Bl. 67/107 GA). Seitdem wird in dem in Rede stehenden Gebäude keine Gastronomie mehr betrieben. 5

Mit Schreiben vom 10. August 2005 bat die Beklagte darum, dass die Klägerin einer Aussetzung der Nutzungsvereinbarung für die Zeit vom 01. Juli bis zum 31. Dezember 2005 zustimme, was auch geschah (Bl. 4; 16 - 18 GA); außerdem bat sie um Erteilung der Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2003 und 2004 (Bl. 18 GA). Mit weiterem Schreiben vom 21. Oktober 2005 bestätigte die Beklagte, dass sie ab dem 01. Januar 2006 wieder in die bis zum 31. Dezember 2005 ausgesetzte Nutzungsvereinbarung eintreten werde (Bl. 19 GA). 6

Mit Schreiben vom 29. Juni 2006 erklärte die Beklagte die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses unter Berufung darauf, dass die Schriftform nicht eingehalten sei (Bl. 20 GA). Dieses Kündigungserklärung ging der Klägerin am 30. Juni 2006 zu (Eingangsstempel Bl. 20 GA; Bl. 61 GA). Mit Anwaltsschreiben vom 05. Juli 2006 widersprach die Klägerin der Kündigung (Bl. 21 ff. GA). Mit Anwaltsschreiben vom 10. Juli 2006 begründete die Beklagte ihre Auffassung, warum die Schriftform nicht eingehalten sei (Bl. 25 ff. GA). 7

Am 22. August 2006 schlossen die Parteien, vertreten durch ihre Anwälte, einen Zwischenvergleich über das Nutzungsentgelt einschließlich der Betriebskosten für das Jahr 2006. In dem Zwischenvergleich ist u. a. Folgendes geregelt: 8

"Die Gemeinde F [die Beklagte] zahlt 50 % des von Ihrer Mandantschaft [der Klägerin] für 2006 mit 19.429,09 EUR berechneten Nutzungsentgelts und 50 % der von Ihrer Mandantschaft [der Klägerin] für 2006 mit 9.000,00 EUR berechneten 9

Nebenkostenpauschale. Etwaige Ansprüche auf Zahlung der restlichen 50 % und etwaige Ansprüche auf Rückzahlung der gemäß dieser Vereinbarung gezahlten 50 % werden fällig mit Abschluss einer Vereinbarung zu dem strittig gebliebenen Punkt der Beendigung der Nutzungsvereinbarung zum 31.12.2006 bzw. mit einer gerichtlichen Klärung zu diesem Punkt."

Wegen des weiteren Inhalts des Zwischenvergleichs wird auf die Anlage K 9 zur Klageschrift (Bl. 38 f. GA) Bezug genommen. 10

Vor Abschluss des Zwischenvergleichs bestand Streit zum einen über die Höhe des Nutzungsentgelts und der Nebenkosten für das Jahr 2006 (Bl. 38 GA) und zum anderen darüber, ob durch die Kündigungserklärung der Beklagten vom 29. Juni 2006 das Mietverhältnis beendet worden ist. Die Beklagte hatte die Höhe des Nutzungsentgelts und des Betriebskostenzuschusses mit der Begründung bestritten, sie könne die Räumlichkeiten nicht mehr ordnungsgemäß nutzen, nachdem der Pächter ausgezogen sei und auch Mängel jedenfalls an der Toilettenanlage, am Dach und an der Heizungsanlage aufgetreten seien (Bl. 16 GA). 11

In der Klageerwidierungsschrift vom 27. August 2007, zugegangen den Beklagtenvertreter am 10. September 2007 (Bl. 75 GA), erklärte die Beklagte erneut die Kündigung des Mietverhältnisses (Bl. 66/68 GA). Sie berief sich auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, weil das Mietobjekt seit Juli 2003 nicht mehr gastronomisch genutzt werde, sie ihre Miete nicht mehr - zum Teil - durch eine Untervermietung refinanzieren könne (Bl. 66/68 GA) und daher auch der Betriebskostenzuschuss nicht mehr in der vereinbarten Höhe gerechtfertigt sei (Bl. 130 f. GA). 12

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, durch die Kündigungserklärungen der Beklagten sei das Mietverhältnis nicht beendet worden. Insbesondere sei die Kündigungserklärung vom 29. Juni 2006 unwirksam, da der Mietvertrag bis zum 31. Dezember 2028 fest geschlossen worden sei. Ein Verstoß gegen die Schriftform liege nicht vor. 13

Der Zahlungsanspruch sei fällig; einer Verzinsung des Anspruchs stehe der Zwischenvergleich vom 22. August 2006 nicht entgegen (Bl. 88 GA). 14

Die Klägerin hat beantragt, 15

die Beklagte zu verurteilen, an sie 14.214,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Juli 2006 zu zahlen; 16

festzustellen, dass der zwischen den Parteien unter dem 20. April 1999/03. Mai 1999 abgeschlossene Mietvertrag über Räumlichkeiten im "C3, U-Straße, #####1 F, nicht durch die Kündigungserklärung der Beklagten vom 29. Juni 2006 zum 31. Dezember 2006 beendet worden ist, sondern bis zum 31. Dezember 2028 fortbesteht. 17

Die Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie hat die Auffassung vertreten, der Feststellungsantrag sei so, wie er gestellt worden sei, unzulässig. Niemand könne vorhersehen, ob der Mietvertrag bis zum Ende des Jahres 2028 fortbestehe. 20

21

Jedenfalls aber sei das Mietverhältnis durch die Kündigungserklärung vom 29. Juni 2006 mit Wirkung zum 31. Dezember 2006 beendet worden. Die Beklagte sei zur ordentlichen Kündigung berechtigt gewesen, da die Schriftform des Mietvertrages nicht gewahrt sei. Insbesondere sei die Person des Vermieters nicht hinreichend bestimmbar, weil die Klägerin den Mietvertrag unter der unzulässigen Bezeichnung "GbR C GmbH" abgeschlossen habe und nicht erkennbar sei, wer sich hinter dieser Bezeichnung verberge. Zudem habe der Unterzeichner auf Seiten der Klägerin nicht deutlich gemacht, dass er zugleich im Namen der übrigen Gesellschafter unterzeichnet habe. Auch die Mieträume seien nicht hinreichend bestimmbar bezeichnet. So ergebe sich aus dem Vertrag nicht, dass auch der Eingangsbereich und die Toilettenanlagen im Erdgeschoss sowie das so genannte Großinventar mitvermietet worden seien. Zudem seien aus anderen Gründen die Schriftform nicht eingehalten; insoweit wird auf die Klageerwidlungsschrift vom 27. August 2007 (Bl. 54 ff. GA) verwiesen.	
Der Zahlungsanspruch sei jedenfalls noch nicht fällig. Nach dem Zwischenvergleich vom 22. August 2006 trete die Fälligkeit erst ein mit dem Abschluss einer Vereinbarung über die Beendigung der Nutzungsvereinbarung zum 31. Dezember 2006 oder mit einer gerichtlichen Klärung zu diesem Punkt. Deshalb seien auch keine Zinsen zu zahlen.	22
Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, wobei es hinsichtlich der Feststellungsklage ausgesprochen hat, dass der Mietvertrag nicht durch die Kündigungserklärungen der Beklagten vom 29. Juni 2006 oder 27. August 2007 beendet worden ist, sondern fortbesteht. Zur Begründung hat es im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:	23
Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentgelt für das Jahr 2006 in Höhe von 14.214,50 EUR nebst Zinsen aus dem Zwischenvergleich vom 22. August 2006. Danach hätten die Parteien vereinbart, dass die Beklagte die restlichen 50 % des Nutzungsentgelts für das Jahr 2006 nach einer abschließenden Einigung der Parteien oder einer gerichtlichen Klärung zahle. In der Vereinbarung sei keine Stundung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung zu sehen; in dem Zwischenvergleich sei die Zahlung der restlichen Nebenkosten lediglich von einer gerichtlichen Klärung der Fortsetzung der Nutzungsvereinbarung abhängig gemacht worden, die in diesem Prozess erfolge.	24
Die Feststellungsklage sei zulässig und begründet. Der Feststellungsantrag sei lediglich darauf gerichtet, festzustellen, ob durch die beiden Kündigungserklärungen der Beklagten das Vertragsverhältnis beendet worden sei. Das sei aber nicht der Fall. Die ordentliche Kündigung vom 29. Juni 2006 sei unwirksam, weil die Nutzungsvereinbarung vom 20. April 1999/03. Mai 1999 formwirksam, nämlich in Schriftform, für die Dauer bis zum 31. Dezember 2028 geschlossen worden sei. Die Kündigungserklärung vom 27. August 2007 wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage greife ebenfalls nicht durch.	25
Wegen der weiteren Urteilsbegründung und der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands in erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 152 ff. GA) verwiesen.	26
Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie macht geltend:	27
Der Feststellungsantrag sei, so wie er gestellt worden sei, unzulässig. Das Landgericht habe den letzten Teilsatz - "sondern bis zum 31. Dezember 2028 fortbesteht" - schlicht fallen gelassen, ohne dass zuvor ein geänderter Feststellungsantrag gestellt worden sei. Zudem habe das Landgericht unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO festgestellt, dass das	28

Mietverhältnis auch nicht durch die Kündigungserklärung vom 27. August 2008 beendet worden sei.

Der Feststellungsantrag sei aber auch unbegründet. Die Schriftform des § 550 BGB sei nicht gewährt, und zwar insbesondere deshalb nicht, weil nur ein Gesellschafter der Klägerin den Mietvertrag unterschrieben habe, und zwar ohne dass zum Ausdruck gekommen sei, dass er zugleich für den anderen Gesellschafter tätig geworden sei. Ferner sei das Mietobjekt nicht hinreichend bestimmbar bezeichnet worden. Zudem seien die Betriebskosten seit Beginn des Vertragsverhältnisses entgegen der Vereinbarung vom 20. April/03. Mai 1999 abgerechnet worden. 29

Jedenfalls sei durch die Kündigungserklärung vom 27. August 2007, die auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt worden sei, das Mietverhältnis mittlerweile beendet worden. 30

Schließlich sei der Zahlungsanspruch zurzeit noch nicht fällig. Das Landgericht habe den Zwischenvergleich vom 23. August 2006 fehlerhaft ausgelegt. Zweck des Zwischenvergleichs sei gewesen, dass die Frage, ob und in welcher Höhe ein Nutzungsentgelt, insbesondere der darin enthaltene Betriebskostenzuschuss, noch zu zahlen sei, erst dann habe geklärt werden sollen, wenn über den (fehlenden) Fortbestand des Mietvertrages Gewissheit bestehe; bis dahin habe der etwaige Restbetrag gestundet werden sollen (Bl. 186 f. GA). 31

Nachdem die Klägerin in zweiter Instanz den auf die Nebenkosten rechnerisch noch offen stehenden Betrag in Höhe von insgesamt 14.214,50 EUR in Teilbeträgen von 9.714,54 EUR und 4.500,00 EUR am 29. Oktober 2008 (Bl. 332/333 GA) und am 24. November 2008 (354 GA) gezahlt hat, haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe von insgesamt 14.214,50 EUR übereinstimmend für erledigt erklärt (Bl. 356 f./332 f./354/345 GA). 32

Im Übrigen beantragt die Beklagte, 33

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Siegen vom 27. November 2007 die Klage abzuweisen. 34

Die Klägerin beantragt im Übrigen, 35

die Berufung zurückzuweisen. 36

Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. 37

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in dieser Instanz wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen; diese sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 38

Der Senat hat zu Informationszwecken die Akten 8 O 44/08 LG Siegen beigezogen; diese sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gewesen. 39

II. 40

Die zulässige Berufung des Beklagten ist, soweit über sie nach den übereinstimmenden Teilerledigterklärungen noch zu entscheiden ist, begründet. 41

A. 42

Feststellungsklage 43

Die Feststellungsklage ist zulässig, aber unbegründet.	44
I.	45
Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO) zu klären, ob durch die Kündigungserklärungen vom 29. Juni 2006 oder 27. August 2007 das Vertragsverhältnis beendet worden ist.	46
1.	47
Der Streit darüber, ob eine bestimmte Kündigung ein Mietverhältnis beendet hat, begründet ein ausreichendes Interesse an der umfassenden Feststellung, dass das Mietverhältnis noch besteht (vgl. nur BGH NJW 2000, 354, 365; Musielak/ Forste, ZPO, 6. Auflage 2008, § 256 Rn. 27). So war der Feststellungsantrag auch gemeint; dies hat die Klägerin in der Berufungsinstanz klar gestellt (vgl. auch Seite 2 f. der Berufungserwiderung vom 25. März 2008, Bl. 203/204 GA).	48
2.	49
Soweit die Beklagte beanstandet, dass das Landgericht auch festgestellt hat, dass das Vertragsverhältnis auch nicht durch die Kündigungserklärung vom 27. August 2008 beendet worden ist, und es damit mehr als beantragt zugesprochen hat (§ 308 Abs. 1 ZPO), hat die Klägerin sich diese Klageerweiterung jedenfalls durch den Antrag auf Zurückweisung der Berufung zu eigen gemacht (vgl. dazu nur Zöller/	50
Vollkommer, ZPO, 26. Auflage 2007, § 308 Rn. 7 m. w. N.).	51
II.	52
Die Feststellungsklage ist auch begründet.	53
Durch die Kündigungserklärung vom 29. Juni 2006, der Beklagten zugegangen am 30. Juni 2006, ist das Mietverhältnis zwischen den Parteien mit Wirkung zum 31. Dezember 2006 beendet worden. Die Beklagte konnte das Mietverhältnis ordentlich mit Wirkung zum 31. Dezember 2006 (§ 580 a Abs. 2 BGB) kündigen, weil der Mietvertrag nicht der Schriftform (§ 126 BGB) genügt und mithin als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt (§§ 578, 550 BGB). Dass es sich bei dem hier in Rede stehenden Vertrag (Bl. 11 ff. GA) um einen Mietvertrag im Sinne der §§ 535 ff. BGB handelt, ziehen beide Parteien - zu Recht - nicht in Zweifel.	54
Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Schriftform im Sinne von §§ 126, 550 BGB nur gewahrt, wenn sich alle wesentliche Vertragsbedingungen, insbesondere Mietgegenstand, Höhe der Miete, Dauer und Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben (vgl. nur BGH NJW 2008, 2178, 2179; BGH NJW 2006, 140; Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Auflage 2008, Kap. 6 Rn. 22 ff.).	55
§ 550 BGB will nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung in erster Linie sicher stellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt (§ 566 Abs. 1 BGB), dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann (vgl. BGH NJW 2008, 2178; BGH NJW 2003, 1248, 1249; BGH NJW 1998, 58, 61). Zudem dient die Schriftform des § 550 BGB dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schätzen (vgl. nur BGH NJW 2008, 2178, 2179 m. w. N.).	56

1.	57
Gemessen an diesen Grundsätzen ist nach Auffassung des Senats die Schriftform des Mietvertrages nicht gewahrt, weil sich aus der Vertragsurkunde der Mietgegenstand nicht hinreichend bestimmbar ergibt.	58
In § 1 des Mietvertrages sind bestimmte Räume im Erdgeschoss ("Festsaal mit Bühne, Requisitenlager, Umkleideräume") und der Projektraum im ersten und einzigen Obergeschoss des Mietobjekts (vgl. Bl. 242 GA) vermietet worden. Diese Räume haben, wie unstreitig geblieben ist und sich auch aus den dem Mietvertrag anliegenden Plänen ergibt (vgl. die Vergrößerung des Planes betr. das Erdgeschoss, Anlage B 10, Bl. 297 GA), eine Gesamtgröße von rund 370 qm, maximal 374 qm (Seite 4 des Schriftsatzes der Beklagtenvertreter vom 24. Oktober 2008, Bl. 279 GA, nebst Anlage B 10, Bl. 297 GA). Im Mietvertrag ist indessen angegeben, dass diese Räume rund 30 % der Gesamtfläche des Mietobjekts von 1.923 qm (= 576,9 qm) ausmachen und mithin eine Größe von insgesamt ca. 577 qm aufweisen.	59
Hiernach ist es - auch unter Hinzuziehung der im Mietvertrag erwähnten "beiliegenden Pläne" (Bl. 14 f. GA) - für einen potentiellen Grundstückserwerber nicht hinreichend sicher bestimmbar, welche einzelnen Räume (mit-) vermietet worden sind. Dies betrifft insbesondere solche Räume wie das "Requisitenlager" und die - zahlenmäßig nicht bezifferten - "Umkleideräume" (Bl. 11 GA), die anders als die Bühne und womöglich auch der Projektraum nicht ohne weiteres aufgrund ihrer Anordnung, Ausgestaltung oder Lage hinreichend deutlich von den anderen Räumen unterscheidbar sind. Vorliegend handelt es sich auch nicht lediglich um einen offensichtlichen Rechenfehler (mit ganz geringen Auswirkungen) oder um einen "Zahlendreher" bei der Ermittlung der Gesamtfläche, so dass auch ein potentieller Erwerber aufgrund des Mietvertrages (nebst anliegenden) Plänen unschwer erkennen könnte, welche konkreten Räume (mit-) vermietet worden sind. Hiernach stellt sich für einen potentiellen Erwerber insbesondere die Frage, ob bestimmte Gemeinschaftsflächen wie Foyer oder Toilettenanlagen mitvermietet und daher bei der Berechnung der gemieteten Nutzfläche mitberücksichtigt worden sind.	60
Angesichts dessen ist der schriftliche Mietvertrag (nebst beiliegenden Plänen) auch nicht geeignet, sicher zu beweisen, was Mietgegenstand ist, insbesondere ob weitere Räume, die bei der Ermittlung der Gesamtfläche in bestimmter Weise berücksichtigt worden sind, mitvermietet worden sind. Dies belegt auch der erstinstanzliche Streit der Parteien darüber, ob die Toilettenanlagen mitvermietet worden sind.	61
Hiernach ist der Senat der Auffassung, dass der Mietgegenstand anhand der Urkunde nicht sicher bestimmbar ist.	62
2.	63
Letztlich kann aber offen bleiben, ob sich aus der Vertragsurkunde der Mietgegenstand hinreichend bestimmbar ergibt. Die Schriftform des Mietvertrages (§§ 578, 550 BGB) ist jedenfalls deshalb nicht gewahrt, weil die Parteien hinsichtlich des geschuldeten Betriebskosten <u>mündlich</u> eine von §§ 4, 6 des Mietvertrages abweichende Vereinbarung getroffen haben. Auch bei der Änderung oder Ergänzung eines Mietvertrages ist die Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich genauso einzuhalten wie beim ursprünglichen Vertragsschluss. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Änderungen oder Ergänzungen für die Parteien wesentliche Punkte betreffen (vgl. nur Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, a. a. O., Kap. 6 Rn. 63). Ist hinsichtlich solcher wesentlicher	64

Änderungen oder Ergänzungen die Schriftform nicht gewahrt, sind auch sämtliche vorangegangenen Vereinbarungen formunwirksam (vgl. Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/ Stellmann, a. a. O., Kap. 6 Rn. 76 m. w. N.). Ein etwaiger Schriftformmangel ist von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. nur OLG Düsseldorf NZM 2005, 823).

Nach §§ 4, 6 des Mietvertrages vom 20. April 1999/03. Mai 1999 ist, wie die Klägervertreter auf Seite 4 ihres Schriftsatzes vom 17. November 2008 eingeräumt haben (Bl. 335 GA) und die Gesellschafter X und X2 im zweiten Senatstermin auch nicht in Abrede gestellt haben, ein fester Betriebskostenzuschuss vereinbart worden. Dieser feste Betriebskostenzuschuss sollte nur unter bestimmten Bedingungen, z.B. bei einer Änderung der Energiepreise, angepasst werden, und zwar in der Weise, dass weiterhin ein fester Betriebskostenzuschuss geschuldet ist, und zwar unabhängig von dem Verbrauch (vgl. §§ 4, 6 des Mietvertrages). Diese Vereinbarung haben die Parteien mündlich abgeändert. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Aus den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 1999 bis einschließlich 2006 (Bl. 288 ff. GA; vgl. ferner Bl. 28; 36 GA), die unstreitig von der Klägerin stammen und deren Inhalt ebenfalls unstreitig ist, ergibt sich, dass die Parteien abweichend von §§ 4, 6 des Mietvertrages entweder sofort bei Beginn des Mietverhältnisses oder kurze Zeit später jedenfalls konkludent vereinbart haben, dass die Betriebskosten fortan konkret unter Berücksichtigung der von der Beklagten angemieteten Fläche abzurechnen sind und der im Vertrag genannte Betriebskostenzuschuss nunmehr nur noch eine Vorauszahlung sein soll. Dies hat die Klägerin auch in dem Schriftsatz vom 17. November 2008 (Bl. 336; 338; 339; 340 GA) auch mit der Einschränkung eingeräumt, dies sei erst "nach einigen Jahre der Handhabung des vereinbarten Abrechnungssystems bezüglich des Nutzungsentgelts und des Betriebskostenzuschusses" geschehen, und zwar weil die Beklagte eine solche Abrechnungsweise als gerechter angesehen habe (Bl. 336 GA). Letzteres ist aber ausweislich der unstreitigen Betriebskostenabrechnungen, die von der Klägerin selbst stammen, widerlegt; danach sind die Betriebskosten bereits mit Wirkung ab dem Jahr 1999 konkret unter Berücksichtigung der von der Beklagten angemieteten Fläche abgerechnet worden.

Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt hiernach eine zumindest konkludente Vertragsänderung vor mit der Folge, dass die Klägerin ohne erneute Abänderungsvereinbarung mit der Beklagten, zu der es aber nicht gekommen ist, nicht wieder zur alten Abrechnungsweise gemäß §§ 4, 6 des Mietvertrages übergehen darf.

Die geänderte Abrechnung der Betriebskosten betrifft auch den wesentlichen Vertragsinhalt. Es liegt auf der Hand, dass der Wechsel von einem festen Betriebskostenzuschuss zu einer konkreten Berechnung unter Berücksichtigung der Mietfläche erhebliche Auswirkungen auf die Höhe der Gesamtmiete haben kann und daher jedenfalls für eine der Vertragsparteien mit einer erheblichen Belastung verbunden sein.

Den Klägervertretern ist auf ihren Antrag (Bl. 357 GA) keine Schriftsatzfrist dazu gewähren, ob die Beklagte in Übereinstimmungen mit den von der Klägerin stammenden Betriebskostenabrechnungen ab dem Jahre 1999 auch tatsächlich die geforderten Nachzahlungsbeträge für die Jahre 1999, 2000, 2001, 2004, 2005 und 2006 geleistet hat und ob Erstattungen für die Jahre 2002 und 2003 erfolgt sind (vgl. Bl. 288 ff. GA). Die diesbezügliche Behauptung des Klägervertreters, es sei weiterhin nur der im Mietvertrag genannte feste Betriebskostenzuschuss gezahlt worden, die in den Betriebskostenabrechnungen ausgewiesenen Nachzahlungsbeträge und Guthabenbeträge seien ohne jede Bedeutung, ist jedenfalls durch die späteren Erklärungen der Gesellschafter der Klägerin im letzten Senatstermin überholt. Diese haben bei ihrer persönlichen Anhörung

nämlich Folgendes angegeben:

Der Gesellschafter Heiko X hat zunächst erklärt, die Betriebskostenabrechnungen seien quasi nur pro forma erstellt worden, nämlich um der Beklagten die Höhe der Betriebskosten transparent zu machen. Später hat der Gesellschafter X2 erklärt, es sei richtig, dass in den ersten drei Jahren der Mietzeit ein fester Betriebskostenzuschuss gezahlt worden sei, dieser feste Betriebskostenzuschuss sei aber nach Ablauf der ersten drei Jahre allein im Hinblick auf die Anpassungsklausel in § 6 des Mietvertrages (Bl. 12 GA) geändert worden. Die Betriebskostenabrechnungen für die weiteren Jahre würden allein darauf beruhen, dass nach § 6 des Mietvertrages die Anpassung an die geänderte Verhältnisse vollzogen worden sei. Nur deshalb hätten sich die Änderungen ergeben. Dem hat sich der Gesellschafter X dann angeschlossen.

70

Hiernach sind die Betriebskosten auf der Grundlage der eigenen Betriebskostenabrechnungen der Klägerin (Bl. 288 ff. GA und Bl. 40 ff. Beiakte 8 O 44/08 LG Siegen) abgerechnet worden. Daraus folgt weiterhin, dass gerade keine Anpassung des Betriebskostenzuschusses nach § 6 des Mietvertrages (Bl. 12 GA) in der Weise erfolgt ist, dass ab einer bestimmten Änderung z. B. der Energiepreise der feste Betriebskostenzuschuss um einen bestimmten Betrag erhöht wird und weiterhin ein fester Betriebskostenzuschuss geschuldet ist. Vielmehr ergibt sich aus den eigenen Betriebskostenabrechnungen der Klägerin (Bl. 288 ff. GA und Bl. 40 ff. Beiakte 8 O 44/08 LG Siegen), dass die Betriebskosten ab dem Jahre 1999 durchgehend konkret unter Berücksichtigung der von der Beklagten angemieteten Fläche berechnet worden sind. Hinzu kommt, dass auch ist im letzten Senatstermin unstreitig geblieben ist, dass die Beklagte zu keiner Zeit Anschreiben erhalten hat, in denen dargelegt worden ist, dass sich z. B. die Energiepreise in bestimmter Höhe geändert haben und deshalb der Betriebskostenzuschuss auf einen bestimmten neuen festen Betrag anzupassen ist. Zudem haben die Gesellschafter X und X2 nicht erklären können, warum die Klägerin noch in dem Rechtsstreit 8 O 44/08 LG Siegen die Betriebskosten für die Jahre 2006 und 2007 konkret unter Berücksichtigung der von der Beklagten angemieteten Fläche abgerechnet hat.

71

Nach alledem stellt sich nicht mehr die Frage, ob die erstmals im letzten Senatstermin aufgestellte Behauptung, es sei entgegen den eigenen Betriebskostenabrechnungen der Klägerin keine Abänderung der vertraglichen Vereinbarung erfolgt und weiterhin nur eine feste Pauschale geleistet worden, verspätet und mithin nicht zuzulassen ist.

72

3.

73

Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt in der Aussetzungsvereinbarung aus dem Jahre 2005 keine formwirksame Neuvernahme des Mietvertrages im Sinne von § 141 BGB.

74

§ 141 BGB greift hier schon deshalb nicht ein, weil die fehlende Schriftform nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages führt, sondern lediglich dazu, dass der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist (vgl. nur BGH NJW 2007, 3203 - freilich zur salvatorischen Klausel). Zudem muss auch bei der Neuvernahme die vorgeschriebene Form (hier: § 126 BGB) gewahrt sein (vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Auflage 2008, § 141 Rn. 4); das ist hier aber nicht der Fall.

75

4.

76

Die Berufung auf den Schriftformmangel verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

77

Grundsätzlich darf sich jede Vertragspartei auch noch Jahre nach Abschluss des Mietvertrages darauf berufen, dass die für den langfristigen Mietvertrag vorgesehene Form nicht eingehalten ist. Dies gilt selbst dann, wenn sich die betreffende Vertragspartei - wie hier - nur von einem lästig gewordenen Mietvertrag lösen möchte; ein solches Verhalten ist in der Regel weder treuwidrig noch arglistig. Nur ganz besondere Umstände können im Einzelfall den Einwand unzulässiger Rechtsausübung begründen mit der Folge, dass die Kündigung des Mietvertrages unzulässig ist; dies gilt etwa dann, wenn die andere Vertragspartei die Nachholung der Schriftform verlangen kann oder die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, z.B. zu einer Existenzgefährdung des Vertragspartners (vgl. Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, a. a. O., Kap. 6 Rn. 97 f.). Hiernach gilt im Streitfall Folgendes:

a) 79

Aus der salvatorischen Klausel in § 8 des Mietvertrages, wonach die Unwirksamkeit einer Bestimmung die Wirksamkeit der Vereinbarung im Übrigen nicht berührt, hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Nachholung der Schriftform. Die salvatorische Klausel erfasst den Fall der fehlenden Schriftform des Mietvertrages nicht. Es bedarf von vornherein keiner Erhaltung eines von der Unwirksamkeit gemäß § 139 BGB bedrohten Restvertrages, weil die fehlende Schriftform nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages führt, sondern lediglich dazu, dass der Mietvertrag für unbestimmte Zeit abgeschlossen ist (vgl. zu alledem nur BGH NJW 2007, 3203). Ferner knüpft eine Ersetzungsklausel – wie sie hier in § 8 Satz 2 des Mietvertrages formuliert ist – an die Fälle an, in denen eine Klausel endgültig unwirksam ist und deshalb durch eine gültige sinngemäße Klausel ersetzt werden soll.

Auch ist bislang nichts dafür vorgetragen und auch ansonsten nichts dafür ersichtlich, dass die Parteien bei Abschluss des ersten Mietvertrages vereinbart haben, dass eine Pflicht zur Einhaltung der Schriftform besteht (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Auflage 2008, § 550 Rn. 9, 12). Schließlich ergibt sich auch aus ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157, 242 BGB) kein Anspruch der Klägerin auf Nachholung der Schriftform; dafür lassen sich dem Mietvertrag keine hinreichenden Anhaltspunkte entnehmen.

b) 82

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) würde auch dann nicht vorliegen, wenn die Beklagte aus Gründen der Gerechtigkeit andere Abrechnungsweise gewünscht haben sollte, wie die Klägerin in dem Schriftsatz vom 17. November 2008 behauptet hat. Zugunsten der Klägerin kann diese Behauptung als wahr unterstellt werden.

Allerdings liegt es nahe, dass - unterstellt man diese Behauptung als wahr - die Beklagte diese Regelung seinerzeit gewollt haben mag, weil sie geglaubt hat, eine solche Abrechnung sei für sie günstiger als ein fester Betriebskostenzuschuss in Höhe von 14.000,00 DM. Jedoch ist es im Streitfall so, dass sich diese Abänderung nicht nur zu ihrem Vorteil, sondern - jedenfalls auch - zu ihrem Nachteil ausgewirkt hat. Ausweislich der Betriebskostenabrechnungen ab dem Jahre 1999 musste die Beklagte in den Jahren 1999, 2000, 2001, 2004, 2005 und 2006 sogar Nachzahlungen erbringen (Bl. 288 ff. GA). Hiernach liegt mithin gerade nicht der Fall vor, dass die abgeänderte Regelung zur Zahlung der Betriebskosten einseitig zum Vorteil der Vertragspartei war, die sich später auf den Formmangel berufen hat (vgl. OLG Düsseldorf ZMR 2005, 705; Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, a. a. O., Kap. 6 Rn. 97). Zudem war bei Äußerung des - unterstellten - Wunsches der Beklagten keineswegs gewiss, zu wessen Lasten sich die geänderte Abrechnung der Betriebskosten auswirken würde.

Soweit zum Teil vertreten wird, es sei schon dann treuwidrig, sich auf den Schriftform zu berufen, wenn der Kündigende ohne schuldhaftes Handeln objektiv den Schriftformmangel herbeigeführt hat (vgl. OLG Köln OLG-Report 2005, 55; OLG Köln GuT 2005, 153; a. A. BGH NJW 1977, 2072), folgt der Senat dem nicht. Dies steht nicht in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 1977, 2072 - freilich für notarielle Urkunden). Zudem hätte im Streitfall die geschäftlich erfahrene Klägerin, die gewerblich vermietet (vgl. Bl. 143 ff. GA), jedenfalls auf eine schriftliche Fixierung der Abänderungsvereinbarung drängen müssen.	85
d)	86
Dafür, dass die Beklagte die Klägerin gleichsam arglistig von der Wahrung der Schriftform abgehalten hat, hat die Beklagte, wie im letzten Senatstermin erörtert, keine konkreten Tatsachen vorgetragen und ist auch ansonsten nichts ersichtlich.	87
Hier ist es vielmehr so, dass beide Parteien schlicht die Fixierung der mündlichen Abänderungsvereinbarung hinsichtlich der Betriebskosten vergessen haben.	88
e)	89
Ferner ist die Berufung auf den Formmangel auch nicht deshalb treuwidrig, weil die Klägerin sich im Jahr 2005 mit der Aussetzung des Mietvertrages für eine halbes Jahr bereit erklärt hat (Bl. 19 GA).	90
f)	91
Schließlich verstößt die Berufung auf den Formmangel auch nicht deshalb gegen Treu und Glauben, weil der Erwerb der Immobilie durch die Klägerin womöglich auch im Interesse der Beklagten war (vgl. das Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 05. November 1997, Bl. 113 GA). Wie in beiden Senatsterminen erörtert, ist nichts dafür vorgetragen und auch ansonsten nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin gerade im Hinblick auf das Mietverhältnis mit der Beklagten erhebliche kostenträchtige Aufwendungen vorgenommen haben und deshalb in eine existenzgefährdende Lage geraten ist. So haben die Gesellschafter der Klägerin auf Nachfrage im letzten Senatstermin erklärt, dass die in der Projektstudie (Bl. 298 ff. GA) genannten Maßnahmen - z. B. die Erneuerung der Heizungsanlage - jedenfalls so nicht ausgeführt worden seien.	92
5.	93
Auf die Wirksamkeit der Kündigungserklärung vom 27. August 2007 (Bl. 66/68 GA) kommt es nicht mehr an; das Mietverhältnis ist bereits durch die Kündigungserklärung vom 29. Juni 2006 mit Wirkung zum 31. Dezember 2006 beendet worden.	94
B.	95
Zahlungsklage	96
Nachdem die Beklagte den Hauptsachebetrag in voller Höhe gezahlt hat und die Parteien insoweit den Rechtsstreit in der Hauptsache insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist hinsichtlich des Zahlungsantrages nur noch darüber zu entscheiden, ob der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen ab dem 01. Juli 2006 zusteht. Dies ist aber nicht der Fall.	97
	98

Allerdings haben die Parteien in § 4 des Mietvertrages vom 20. April 1999/03. Mai 1999 vereinbart, dass das Nutzungsentgelt einschließlich des Betriebskostenzuschusses bis zum 30. Juni eines jeden Jahres zu zahlen ist (Bl. 12 GA). Jedoch ist diese Vereinbarung durch den Zwischenvergleich vom 22. August 2006 (Bl. 38 f. GA) abgeändert worden. Darin haben die Parteien, vertreten durch ihre Anwälte, vereinbart, dass der Anspruch auf Zahlung des restlichen Nutzungsentgelts für das Jahr 2006 erst "fällig wird mit Abschluss einer Vereinbarung zu dem strittig gebliebenen Punkt der Beendigung der Nutzungsvereinbarung zum 31.12.2006 bzw. mit einer gerichtlichen Klärung zu diesem Punkt" (Bl. 39 GA). Hiernach ist die Fälligkeit in der Weise hinausgeschoben worden, dass das restliche Nutzungsentgelt (einschließlich Nebenkosten) für das Jahr 2006 frühestens mit einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien oder mit einer Entscheidung des Senats, wenn nicht sogar erst mit Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung, zu zahlen ist.

Sieht man in der - vollständigen - Zahlung des Restbetrages eine solche Vereinbarung, ist der restliche Zahlungsanspruch zeitgleich mit dem Eintritt der Fälligkeit erloschen; Zinsen sind mithin nicht geschuldet. Aber auch wenn annimmt, dass Fälligkeit frühestens mit der Entscheidung des Senats eingetreten ist, besteht kein Anspruch auf Zahlung von Zinsen, auch nicht auf Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen (vgl. § 291 Satz 1, 2. Halbsatz BGB). 99

III. 100

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 a Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 101

Soweit die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat der Senat bei der insoweit nach § 91 a Abs. 1 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung berücksichtigt, dass die Fälligkeit des Anspruchs auf Zahlung des restlichen Nutzungsentgelts (ohne Betriebskosten) mit der vollständigen Zahlung eingetreten ist und die Beklagte sich freiwillig in die Position der Unterlegenen begeben hat. Ferner hat der Senat berücksichtigt, dass die Klägerin nach der Regelung zur Zahlung des Betriebskostenzuschusses in §§ 4, 6 des Mietvertrages in Verbindung mit der mündlichen Abänderungsvereinbarung sowie in Verbindung mit dem Zwischenvergleich vom 22. August 2006 bis zur Zahlung des Betrages in Höhe von 4.500,00 EUR durch die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung restlicher Betriebskosten(vorauszahlung) nur in Höhe von restlichen 3.579,04 EUR schlüssig vorgetragen hatte (vgl. insoweit den Hinweisbeschluss des Senats vom 01. Oktober 2008, Bl. 256 GA). 102

Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin wegen des Feststellungsantrages unterlegen ist, sind der Klägerin 70 % und der Beklagten 30 % der Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. 103

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 104

Die Revision ist nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). 105