
Datum: 13.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 171/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0713.30U171.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 5 O 25/10

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 7. September 2011 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Bochum

- unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.951,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.03.2010 abzüglich am 20.12.2010 aufgerechneter 1.205,49 €, sowie weitere 8.853,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 1.475,50 € seit dem 06.04.2010, 06.05.2010, 06.06.2010, 06.07.2010, 06.08.2010 und 06.09.2010 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 40 % und der Beklagte zu 60 %. Ausgenommen hiervon sind die außergerichtlichen Kosten des Streithelfers der Klägerin, welche der Beklagte zu 60 % trägt; im Übrigen trägt der Streithelfer seine außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der jeweils anderen Seite durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe

von 110 % des von der anderen Seite aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Seite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch den Streithelfer der Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des von dem Streithelfer der Klägerin aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht dieser vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.07.2013 (Az.: XII ZR 104/12). 1

2

Gründe: 3

I. 4

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus einem Mietvertrag vom 01.12.2006 über 5
Geschäftsräume im Gebäude „W“, W-Straße in W2, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 4 ff.
d.A. verwiesen wird, Zahlung von Miete und Nebenkostenvorauszahlungen für den Zeitraum
Februar bis Dezember 2010. Die Parteien streiten insbesondere darum, ob eine vom
Beklagten am 16.02.2010 erklärte fristlose Kündigung wegen eines fehlenden direkten
Zugangs vom benachbarten Parkplatz der Firma M zum Geschäftslokal des Beklagten
berechtigt war.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhaltes wird gemäß § 540 ZPO auf die tatsächlichen 6
Feststellungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage nach uneidlicher Vernehmung der Zeugen y2, I und y 7
abgewiesen. Nach seiner Auffassung war die fristlose Kündigung des Beklagten berechtigt,
weil dem Beklagten der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht gewährt worden sei,
indem es an einem Zugang vom Parkplatz der Firma M zu dem Ladenlokal des Beklagten
fehle. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme sei erwiesen, dass der von der Klägerin
mit der Vermietung beauftragte Zeuge y2 dem Beklagten die Schaffung des Zugangs
zugesagt habe. Dies ergebe sich aus der glaubhaften Aussage der Zeugin I, die durch die
Aussage des Zeugen y gestützt werde, dem Gleichen zugesagt worden sei. Ihre Aussagen
würden durch diejenige des Zeugen y2 nicht erschüttert. Vielmehr sei aus seinen
Äußerungen nicht ersichtlich gewesen, dass die Schaffung der Zugangsmöglichkeit noch
unsicher sei, zumal sich die Klägerin später intensiv darum bemüht habe. Zudem sei in dem
von der Klägerin erstellten und den Mietinteressenten überreichten Prospekt eine graphische
Darstellung mit weit reichender Zugangsmöglichkeit zum Haus statt eines durch einen Zaun
abgegrenzten schmalen Durchgangs des Weges enthalten gewesen. Zudem sei es
wahrscheinlich, dass der Zugang für die Mietinteressenten von besonderer Wichtigkeit
gewesen sei.

Gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie verweist darauf, dass der Zeuge y2 bekundet habe, dass er lediglich das Bemühen um eine Zugangsmöglichkeit zugesagt, die Schaffung des Zuganges aber nicht als sicher dargestellt habe, und meint, dass das Landgericht nicht gewürdigt habe, dass die Zeugen I und X ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hätten, der Zeuge y2 hingegen nicht. Zudem bestehe aufgrund des schriftlichen Mietvertrages, der keine Vereinbarung über die Schaffung des Zugangs enthalte, eine Vermutung, dass der Inhalt des Vertragstextes dem Willen der Vertragsparteien entsprochen habe. Für die fehlende Aufnahme des Punktes in den Mietvertrag hätten die Beklagten und die Zeugin I keine plausible Erklärung gegeben.

Der Streithelfer hat sich der Auffassung der Klägerin angeschlossen und verweist auf die Klausel in § 23 des Mietvertrages, wonach sonstige Vereinbarungen, insbesondere mündliche Nebenabreden, nicht bestehen. Er habe seine Vollmacht bei den Verhandlungen nicht überschritten. Ein fehlender Zugang vom Nachbargrundstück sei zudem schon kein Mangel der Mietsache, der eine fristlose Kündigung rechtfertigen könne.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 07.09.2011 den Beklagten zu verurteilen, an sie 3.501,82 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, abzüglich durch Aufrechnung mit Schriftsatz vom 20.12.2010 erloschener 1.205,49 € (einschließlich Mehrwertsteuer) zu zahlen, sowie weitere 15.758,19 € nebst Zinsen aus jeweils 1.750,91 € ab dem 06.04.2010, 06.05.2010, 06.06.2010, 06.07.2010, 06.08.2010, 06.09.2010, 06.10.2010, 06.11.2010 und 06.12.2010 zu zahlen.

Der Streithelfer hat sich diesem Antrag angeschlossen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen.

Der Senat hat die Parteien angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen y2, I und y.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, wegen der Ergebnisse der Anhörung und Beweisaufnahme auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 23. Mai 2012 verwiesen.

Mit Beschluss vom 23.05.2012 hat der Senat den Parteien bis zum 13.06.2012 eine Frist eingeräumt, zu den im Termin erörterten Fragen (Abschlussbefugnis des Zeugen y2, Verschulden bei Vertragsschluss, Formwirksamkeit des Vertrages) Stellung zu nehmen. Unter dem 29.05.2012 hat die Klägerin einen Schriftsatz eingereicht, mit welchem sie über den vorstehend angeführten Berufungsantrag hinaus im Wege der Klageerhöhung beantragt, den Beklagten über den vorstehend wiedergegebenen Antrag hinaus zu verurteilen, an sie weitere 1.750,91 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.01.2011 zu zahlen, sowie die Revision zuzulassen.

II.

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.

Der Klägerin steht aufgrund des am 01.12.2006 abgeschlossenen Mietvertrages über den Shop Nr. 4 im Gebäude „W“, W-Straße in W2 ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Netto-Miete zuzüglich Mehrwertsteuer für die Monate Februar bis September 2010 gemäß § 535 Abs. 2 BGB zu, vermindert um das mit Schriftsatz vom 12.10.2010 aufgerechnete Nebenkosten-Abrechnungsguthaben des Beklagten für das Jahr 2009 in Höhe von 1.205,49 €. Die weitergehende Klage ist hingegen unbegründet. 21

1. 22

Unabhängig von der Frage, ob bei Abschluss des Vertrages dem Schriftformerfordernis der §§ 550, 578 BGB genügt wurde (dazu unten 3.), zieht auch der Beklagte nicht in Zweifel, dass zwischen den Parteien ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen ist, aufgrunddessen der Beklagte die vereinbarten monatlichen Mietzahlungen an die Klägerin zu leisten hatte. 23

2. 24

Der Mietvertrag ist nicht aufgrund einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Beklagten gemäß seiner Kündigungserklärung vom 10.12.2010 mit Zugang des Kündigungsschreibens beendet worden. Vielmehr fehlte es an einem wichtigen Grund zur Kündigung im Sinne des § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der beweisbelastete Beklagte vermochte nicht mit ausreichender Sicherheit im Sinne des § 286 Abs. 1 ZPO zur Überzeugung des Senates nachzuweisen, dass der Zeuge y2 während der Vertragsverhandlungen eine bindende Zusage abgab, dass ein Zugang von dem benachbarten Grundstück der Fa. M und der Ladenzeile geschaffen werde. 25

Zwar haben die Zeugin I und der Zeuge y inhaltlich übereinstimmend ausgesagt, dass der (Streitverkündete und) Zeuge y2 als sicher dargestellt habe, dass ein derartiger Zugang geschaffen werde, wobei lediglich die Einzelheiten der Ausführung noch offen gewesen seien. Demgegenüber hat der Zeuge y2 ausgesagt, dass er gegenüber den Mietinteressenten darauf hingewiesen habe, dass die Entscheidung über den Zugang noch offen und eine feste Zusage nicht möglich sei. Der Senat vermag daher angesichts der sich widersprechenden Aussagen keine sichere Feststellung zu treffen, dass den Aussagen der Zeugen I und y der Vorzug vor der Aussage des Zeugen y2 zu geben ist. 26

Dabei waren die Aussagen der Zeugen I und y schon deshalb kritisch zu würdigen, da bei ihnen jeweils ein Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits anzunehmen oder nicht auszuschließen ist. Das mittelbare persönlich und wirtschaftliche Interesse der Zeugin I als Ehefrau des Beklagten liegt dabei auf der Hand. Aber auch bezüglich des Zeugen y lässt sich ein Interesse an der Feststellung, dass eine bindende Zusage gemacht worden sei, nicht völlig ausschließen, weil er selbst Mieter eines benachbarten Ladenlokals im Objekt geworden ist und die Feststellung einer Zusage gegenüber dem Beklagten zumindest ein gewichtiges Indiz begründet, dass auch ihm gegenüber eine entsprechende Zusage erfolgt und er daher zur Geltendmachung von Rechten wegen Nichteinhaltung der Zusage berechtigt ist. 27

Der gebotenen kritischen Betrachtung halten die Zeugenaussagen nicht stand. Die Zeugen I und y vermochten keine in sich geschlossene und stimmige Schilderung der Ereignisse abzugeben, auf die sich eine Überzeugung des Senates stützen ließe. 28

29

So konnte die Zeugin I nicht plausibel erklären, warum der Beklagte und sie, obwohl die Frage des Zugangs für sie ein entscheidendes Kriterium für die Anmietung des Objekts gewesen sein soll, während der Vertragsverhandlungen nicht auf einer Aufnahme der Verpflichtung zur Schaffung des Zugangs in den schriftlichen Mietvertrag bestanden haben. Ihre Einlassung, dass eine Zuwegung nichts sei, was man schriftlich im Vertrag fixiere, ist auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Zeugin den Werbeprospekt für das W kannte, in welchem in einer Zeichnung vor dem Ladenlokal eine freie Fläche dargestellt ist, nicht plausibel. Die Zeugin hatte keinen Anlass für die Annahme, dass die Klägerin aus dem Mietvertrag zur Umsetzung der keinen Anspruch auf eine wirklichkeitsgetreue Darstellung erhebenden Skizze aus dem Prospekt verpflichtet sein würde. Ihr wie dem Beklagten waren die tatsächlichen Verhältnisse vor Ort im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung jedenfalls dahin bekannt, dass das Grundstück der Klägerin und das angrenzende Grundstück der Firma M durch einen Zaun getrennt war und daher ersichtlich eine größere Freifläche vor der Ladenzeile schon wegen des benachbarten Grundstücks nicht zu verwirklichen war.

Vor allem vermochte die Zeugin (wie auch der Beklagte) nicht schlüssig zu erklären, warum der Beklagte nach Errichtung des auch heute noch stehenden Zaunes im Jahre 2008 zunächst nur zögerlich reagierte und erst durch Anwaltsschreiben vom 22.12.2009 die Schaffung der Zugangsmöglichkeit verlangte und zuvor keine weiteren Rechte wie insbesondere eine Minderung der Miete geltend machte. Dies steht schwerlich im Einklang mit dem Vortrag des Beklagten, wonach ihm gegenüber eine verbindliche Zusage zur Herstellung des Zugangs zu dem benachbarten Grundstück abgegeben worden sei. Soweit die Zeugin bekundete, sie habe dies bereits in einem Schreiben Anfang 2009 moniert, ist ungeachtet der offenkundigen Bedeutung für den vorliegenden Rechtsstreit ein derartiges Schreiben nicht vorgelegt worden. Auch die weitere Schilderung der Zeugin, dass der Beklagte und sie sich bereits Anfang 2009 von einem Anwalt hätten beraten lassen, der jedoch nur auf die Kostenrisiken eines Rechtsstreits gegen die Klägerin hingewiesen habe, weshalb sie zwei Monate später zu ihrem jetzigen Prozessbevollmächtigten gegangen seien, ist nicht plausibel. Denn nach ihrer Schilderung wäre bereits im Frühjahr, spätestens Sommer 2009 mit einem anwaltlichen Aufforderungsschreiben an die Klägerin zu rechnen gewesen. 30

Dies gilt erst recht, wenn man den Inhalt des – nicht nachgelassenen – Schriftsatzes vom 05.07.2012 berücksichtigen wollte. Wenn der Beklagte schon mit Schreiben vom 31.05.2008 geltend gemacht hätte, dass eine Zusage der Klägerin bestand, eine Öffnung des Zaunes herbeizuführen, ist die unterbliebene Geltendmachung von Rechten bis Ende Dezember 2009 trotz der bekundeten besonderen Wichtigkeit der Zusage für die Entscheidung zur Anmietung und den Geschäftserfolg noch weniger erklärbar. 31

Schließlich lässt sich das zögerliche Verhalten des Beklagten im Hinblick auf die Durchsetzung der ihm nach seinem Vertrag eingeräumten mietvertraglichen Rechte angesichts des erheblichen Zeitraums, der bis zu dem Anwaltsschreiben vom 22.12.2009 vergangen war, nicht ohne weiteres unter Hinweis auf etwaige Vertröstungen seitens der Klägerin erklären. 32

Ebenso wenig vermochte die Aussage des Zeugen y zu überzeugen. Auch dieser Zeuge vermochte nicht zu vermitteln, warum er gegenüber der Klägerin keinerlei Schritte unternahm, nachdem im Jahre 2008 der Trennzaun zum Grundstück der Firma M errichtet worden war, obwohl auch für ihn die Schaffung eines Zugangs von wesentlicher Bedeutung gewesen sein soll. Das von ihm geschilderte Verhalten, lediglich gelegentlich den Streithelfer angesprochen zu haben, als dieser als Kunde in seinen Laden gekommen sei, ist eher damit zu vereinbaren, dass der Zeuge y nicht von einer bindenden Zusage ausging. In diesem 33

Zusammenhang ist von Bedeutung, dass der Zeuge y bestätigt hat, dass der Zeuge y2 auch nach dem Zeitpunkt, zu dem eigentlich mit der Herstellung des Zugangs zu dem Nachbargrundstück zu rechnen gewesen wäre, unbefangen in den Laden des Zeugen y gekommen ist und im Zusammenhang mit dem Kauf von Waren nach der Zufriedenheit des Zeugen y im Hinblick auf das Mietobjekt gefragt hat. Dies lässt sich nicht ohne weiteres mit dem Vortrag des Beklagten vereinbaren, weil der Zeuge y2 – eine verbindliche Zusage im Hinblick auf die Herstellung des Zugangs zum Nachbargrundstück unterstellt – Anlass gehabt hätte, eine eingehende Erklärung zu dem Abweichen der späteren Entwicklung von dieser verbindlichen Zusage abzugeben und sich etwaiger Vorhalte des Zeugen y zu erwehren.

Schließlich vermochte auch der Zeuge y keine schlüssige Erklärung dafür zu geben, warum die Frage der Schaffung des Zugangs nicht im schriftlichen Mietvertrag niedergelegt wurde. 34

Angesichts der soeben geschilderten Zweifel an der Richtigkeit der Aussagen der Zeugen I und y – die allerdings nicht dazu führen, dass der Senat von einer Falschaussage dieser Zeugen auszugehen hätte – und in Anbetracht des Umstandes, dass die in sich widerspruchsfreie Aussage des Zeugen y2 – dessen Eigeninteresse an der Entscheidung dieses Rechtsstreits der Senat allerdings nicht übersieht – der Richtigkeit des Beklagtenvorbringens entgegensteht, kann der Senat nicht davon ausgehen, dass der Vortrag des Beklagten zu dem hier interessierenden Punkt tatsächlich richtig ist. 35

Aufgrund der damit festzustellenden Beweisfälligkeit des Beklagten kann weiterhin dahinstehen, ob eine etwaige Zusage des Zeugen y2 der Klägerin zurechenbar gewesen wäre, ob ggf. ein Mangel des Mietobjektes vorliegen oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlen würde oder ob die Klägerin eine vorvertragliche Vertragsverletzung begangen hätte, die ggf. geeignet wäre, ein Recht zur fristlosen Kündigung zu begründen. 36

Schließlich kann der Beklagte auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Klägerin habe eine Aufklärung über den Stand der Verhandlungen mit der Firma M schuldhaft unterlassen und allein deshalb ihre vorvertraglichen Pflichten verletzt. Tatsachen, die die Klägerin zu einer solchen Aufklärung verpflichtet hätten, sind nicht ersichtlich. Dass die Klägerin über den Zeugen y2 den Stand dieser Verhandlungen unzutreffend dargestellt hätte, ist jedenfalls nicht bewiesen. Allein der Hinweis auf ein gutes Verhältnis zu der Firma M – der sich nur auf höhere Kaufverhandlungen hätte gründen können – reicht insoweit nicht aus. Zudem ist angesichts des oben angesprochenen zögerlichen Verhaltens des Beklagten im Zusammenhang mit der Durchsetzung seiner vermeintlichen Rechte nicht ohne weiteres zu unterstellen, dass ein etwaiger Pflichtverstoß der Klägerin insoweit für den konkreten Vertragsschluss kausal geworden wäre. Dies gilt umso mehr, als sich nach der Beweisaufnahme nicht ausschließen lässt, dass der Beklagte den Vertrag trotz ihm bewusster Unsicherheit hinsichtlich der Schaffung des Zugangs abgeschlossen hat. Diese Zweifel an der Kausalität eines etwaigen Verstoßes der Klägerin gegen vorvertragliche Pflichten gehen zu Lasten des Beklagten, weshalb ein Anspruch auf Aufhebung des Vertrages wegen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten (unterstellt, auf einen solchen Anspruch könnte neben den mietvertraglichen Vorschriften noch zurückgegriffen werden) nicht in Betracht. 37

Eine fristlose Kündigung wegen eines aufgrund vorvertraglicher Pflichtverletzungen endgültig zerstörten Vertrauensverhältnisses, könnte zudem auf eine fehlende oder nicht ganz zutreffende Darstellung zu dem Stand der Verhandlungen mit der Firma M nicht gegründet werden, wenn das Ergebnis dieser Verhandlungen – wie es die Klägerin unwiderlegt behauptet – jedenfalls noch als offen dargestellt worden ist. 38

3.

Die unbegründete außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 10.02.2010 war jedoch in eine ordentliche Kündigung umzudeuten, die zu einer Beendigung des Mietverhältnisses mit Ablauf des 30.09.2010 geführt hat. 40

a) 41

Die Zulässigkeit einer Umdeutung einer unwirksamen fristlosen Kündigung in eine ordentliche Kündigung gemäß § 140 BGB ist anerkannt, wenn – wie im vorliegenden Fall – anzunehmen ist, dass der Kündigende bei Ausspruch der Kündigung das Mietverhältnis auch unabhängig vom Vorliegen eines Grundes zur fristlosen Kündigung ordentlich gekündigt hätte (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Oprée, a.a.O., Kap. 15 Rdnr. 73 ff mit weiteren Nachweisen). Angesichts der kurz nach Kündigungsausspruch erfolgten Aufgabe der Mieträume und Rückgabe der Schlüssel an die Klägerin steht ein derartiger Wille des Beklagten außer Frage. Der Senat ist auch nicht gehindert, die Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund ordentlicher Kündigung festzustellen, obwohl sich der Beklagte bis zum Senatstermin nicht auf ein derartiges Kündigungsrecht berufen hatte. Denn ein zur ordentlichen Kündigung berechtigender Schriftformmangel ist vom Senat von Amts wegen zu berücksichtigen, da der Bestand des Mietvertrages Schlüssigkeitsvoraussetzung für den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung der Miete ist (vgl. OLG Düsseldorf, NZM 2005, S. 823). 42

b) 43

Eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages war zum Ablauf des 30.09.2010 gemäß § 580 a Abs. 2 BGB zulässig, weil der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag aufgrund einer Verletzung des Schriftformerfordernisses gemäß §§ 550, 578 BGB als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen galt. Dies gilt im Streitfall deshalb, weil die Vertragsparteien in dem schriftlichen Vertrag vom 01.12.2006 keine hinreichend bestimmte (bestimmbare) Vereinbarung über die Vertragsdauer getroffen haben. 44

(1) 45

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die Schriftform des § 550 BGB nur dann gewahrt, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Vertragsverhältnisses aus der Vertragsurkunde ergeben. Enthält der Vertrag hingegen mehrdeutige, widersprüchliche oder unklare Regelungen, ist die Schriftform nicht eingehalten (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Lindner-Figura, a.a.O., Kap. 6 Rdnr. 30 mit weiteren Nachweisen). Da aber auch formbedürftige Vertragsklauseln grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind, wenn sie sich als unklar und lückenhaft erweisen, brauchen auch wesentliche Tatbestandsmerkmale des Rechtsgeschäfts nicht bestimmt angegeben zu werden, sofern nur die Einigung über sie bekundet ist und ihr Inhalt bestimmbar bleibt. Die Bestimmbarkeit muss allerdings im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Insoweit darf auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, die aber ebenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorliegen müssen (BGH NJW 2006, S. 139, 140; NJW 1999, S. 3257, 3259). 46

Dementsprechend hält es der BGH (NJW 2006, S. 139) für ausreichend – nämlich hinreichend bestimmbar –, wenn die Vertragsparteien eine Vereinbarung treffen, wonach eine bestimmte Vertragsdauer mit der noch später stattfindenden Übergabe des Mietobjekts beginnt. Allerdings müsse ein Sachverhalt, an den die Vertragsparteien den Vertragsbeginn 47

knüpfen, so genau bestimmt werden, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt. Soll aber das Mietverhältnis mit der Übergabe der Mieträume beginnen, stehe aufgrund dieser Beschreibung der Beginn des Mietverhältnisses – nach erfolgter Übergabe – eindeutig fest (BGH, a.a.O.).

(2) 48

Dieser Rechtsprechung folgend bestünden hinsichtlich der Bestimmtheit/ 49

Bestimmbarkeit der zu dem Mietbeginn und damit der konkreten Vertragsdauer getroffenen 50
Regelung keine Bedenken, wenn sich die Parteien insoweit auf die in § 4 Abs. 1 des
Vertrages niedergelegte Vereinbarung beschränkt hätten, wonach das Mietverhältnis mit der
Übergabe/Übernahme der Mietsache beginnt. Im Streitfall soll nach der schriftlich
dokumentierten Vereinbarung das Mietverhältnis aber nicht in jedem Fall mit der Übergabe
der Mietsache seinen Anfang finden. Vielmehr haben die Parteien der Sache nach vereinbart,
dass das Mietverhältnis möglicherweise ab dem Zeitpunkt einer fiktiven Übergabe zu laufen
beginnt. Dies ergibt sich aus dem weiteren Text des § 4 des Vertrages vom 01.12.2006,
wonach für den Fall, dass sich die Übergabe/Übernahme durch Änderungswünsche des
Mieters (§ 3, Ziffer 5) oder durch nicht rechtzeitige Vorlage der für den Mieterausbau
erforderlichen Pläne und Unterlagen oder durch nicht rechtzeitige Leistung der Sicherheit
verzögert, das Mietverhältnis mit dem Tag beginnt, an dem das Objekt ohne diese
Änderungswünsche bzw. bei rechtzeitigem Vorliegen der Unterlagen und Pläne bzw. der
Bankbürgschaft übergeben worden wäre. Auch soll das Mietverhältnis mit Eintritt des
Annahmeverzuges – und also nicht mit der Übergabe des Objektes – beginnen, wenn der
Mieter mit der Übernahme des Mietobjekts in Verzug gerät.

Diese zusätzliche Vereinbarung lässt den Beginn des Vertragsverhältnisses – und damit auch 51
die auf feste Zeiträume nach dessen Beginn bemessene Vertragsdauer (soweit deren
Anfangs- und Endtermin konkret in Frage steht) – nicht mehr als bestimmbar erscheinen.
Insoweit fehlt es hinsichtlich des Vertragsbeginns (der konkreten Vertragsdauer) an einem
vereinbarten Sachverhalt, der so genau bestimmt worden ist, dass bei seiner Verwirklichung
kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt.

(2.1) 52

Insbesondere wird ein Erwerber, der gemäß § 566 BGB an die Bestimmungen des 53
Mietvertrages gebunden ist, bei dem Versuch, den Tag des Vertragsbeginns festzustellen,
möglicherweise vor kaum überwindliche tatsächliche Schwierigkeiten gestellt. Er muss
zunächst Ermittlungen dazu anstellen, ob es Änderungswünsche des Mieters oder
Verzögerungen bei der Vorlage von Plänen und Unterlagen oder bei der Leistung der
vertraglich bestimmten Sicherheitsleistung oder einen Annahmeverzug des Mieters im
Hinblick auf die Übergabe gegeben hat. Bereits diese Ermittlung wird für einen Erwerber –
der an den betreffenden Vorgängen, die lange zurückliegen können, nicht beteiligt war – mit
nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, die die Bestimmbarkeit des
Vertragsbeginns in Frage stellen und nicht zu vergleichen sind mit den Bemühungen, die
einem Erwerber im Zusammenhang mit den Ermittlungen zu feststehenden Sachverhalten
wie der Ausübung eines Optionsrechts oder eben der Feststellung des Übergabedatums
ohne weiteres abzuverlangen sind.

(2.2) 54

55

Soweit sich relevante Änderungswünsche des Mieters oder von ihm zu verantwortende Verzögerungen im soeben angesprochenen Sinne feststellen lassen, wird ein Erwerber – allerdings auch die Parteien des ursprünglichen Mietvertrages selbst – weiterhin häufig oder gar regelmäßig nicht in der Lage sein, das fiktive Datum des Vertragsbeginns zu ermitteln. So wird sich im Rahmen eines – wie offenbar hier – nicht nur völlig geringfügigen Bauvorhabens letztlich ohne die Einschaltung eines Sachverständigen schon im Ansatz schwerlich feststellen lassen, welche fiktiven Auswirkungen Änderungswünsche eines Beteiligten auf den Ablauf der gesamten Baumaßnahme gehabt haben. Dies gilt umso mehr, wenn – was nach dem Vertragswerk nicht auszuschließen ist – diese Änderungswünsche nicht völlig geringfügig oder lediglich auf bereits fertiggestellte Gewerke „aufgesattelt“ sind. Noch schwieriger wird die Ermittlung des fiktiven Übergabedatums, wenn – was die Vertragsklausel ebenfalls nicht ausschließt – die Änderungswünsche mehrerer Mieter zu berücksichtigen sind oder die ursprüngliche Bauplanung und deren zeitliche Abfolge unabhängig von den nun hinzukommenden Mieterwünschen eine wesentliche Abweichung erfahren hat oder in der Ausführung teilweise ins Stocken geraten ist.

Dabei kann der Senat offen lassen, ob eine Bestimmung zu dem Beginn der Vertragsdauer bereits als nicht hinreichend zu bewerten ist, wenn Feststellungen zu den insoweit entscheidenden Tatsachen von einem Sachverständigen zu treffen sind, dessen Ausfall und Bestimmung in dem Vertrag selbst nicht vorgesehen ist. Im Streitfall kommt nämlich hinzu, dass nach der Natur der Sache der fiktive Übergabetermin sich häufig nicht allein aufgrund einer sachverständigen Begutachtung der nunmehr feststehenden Tatsachen bestimmen lässt. Vielmehr bedarf es regelmäßig oder doch häufig einer Bewertung von Verfahrensabläufen, die – da sie eben fiktiv sind – einer eindeutigen und der Diskussion entzogenen Feststellung auch durch Sachverständige insoweit nicht zugänglich sind, als die denkbaren fiktiven Übergabetermine innerhalb einer gewissen zeitlichen Spannbreite liegen, die eine taggenaue Bestimmung eines einzigen „richtigen“ Übergabetermins gar nicht mehr zulassen.

(3) 57

Demgegenüber kann der Kläger nicht einwenden, jedenfalls im konkreten Fall habe – was der Senat letztlich nicht abschließend geklärt hat – es keine Änderungswünsche etc. gegeben, so dass es letztlich eben nur auf den tatsächlichen Übergabetermin angekommen sei, der als solcher jedenfalls hinreichend bestimmt sei. 58

Ob Änderungswünsche des Mieters und die weiteren angesprochenen Verzögerungen einschließlich eines Annahmeverzuges bezüglich der Übergabe bei der weiteren Herrichtung des Objektes von Bedeutung sein würden, stand jedenfalls im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vertragsurkunde nicht fest und ging zudem aus dem Schriftstück selbst nicht hervor. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob eine Urkunde die Schriftform wahrt oder nicht, ist regelmäßig der Zeitpunkt ihrer Unterzeichnung (BGH, a.a.O.). Zu diesem Zeitpunkt konnte aber die Bestimmbarkeit der Vertragsdauer nach den obigen Ausführungen eben nicht unter Hinweis allein auf die spätere Übergabe des Objekts begründet werden. Hieraus folgt, dass auch der Umstand, dass die Parteien später ein Übergabeprotokoll unterzeichneten, für die Frage der Bestimmbarkeit der einschlägigen Vertragsklausel ohne entscheidende Bedeutung ist. Das wäre nur anders, wenn die Parteien mit der Unterzeichnung dieses Protokolls auch eine dem Schriftformerfordernis nun entsprechende Vereinbarung getroffen hätten, mit der sie sich über den Beginn des Mietverhältnisses (unter jedenfalls konkludenter Aufhebung oder Abänderung der ursprünglichen getroffenen Vereinbarung) geeignet hätten. Das gibt aber die bloße Protokollierung der Übergabe nicht her. Vielmehr erschöpft sich ihre 59

Bedeutung ersichtlich darin, die Tatsache der Übergabe und die in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen zu dem Zustand des Objekts zu dokumentieren.

(4) 60

Das soeben dargestellte Ergebnis erfährt auch nicht etwa deshalb eine Korrektur, weil die verbleibende Ungewissheit im Hinblick auf die zeitliche Abweichung des Vertragsbeginns von dem Datum der Übergabe des Objekts nur als unwesentlich zu bewerten wäre. 61

Allerdings verkennt der Senat nicht, dass die fehlende schriftliche Dokumentation der Einigung der Mietvertragsparteien insoweit kein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB zu begründen vermag, soweit die nicht schriftlich getroffene Vereinbarung nur unwesentliche Punkte betrifft. Jedoch kann – geht man von einer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu treffenden Prognose aus – schon nicht unterstellt werden, dass sich die aufgrund der Vereinbarung über die Bedeutung eines fiktiven Übergabezeitpunkts möglicherweise eintretenden zeitlichen Verschiebungen im Verhältnis zu dem tatsächlichen Übergabezeitpunkt jeweils als nur geringfügig darstellen. Schon deshalb bedarf die Frage keiner Vertiefung, ob überhaupt Unklarheiten bezüglich des Beginns und der konkreten Vertragsdauer eines Mietvertrages als in diesem Sinne unwesentlich angesehen werden könnten. Eine solche Bewertung scheidet im Streitfall zudem auch deshalb aus, weil die Parteien in § 4, Ziffer 2 des Mietvertrages die Voraussetzungen für die mehrjährige Verlängerung des Mietverhältnisses aufgrund Optionsausübung durch den Beklagten an die Einhaltung einer genauen Frist von 12 Monaten vor dem jeweiligen Ablauf des Mietvertrages geknüpft haben, für deren Lauf letztlich eine taggenaue Bestimmung der ursprünglichen Vertragsdauer entscheidend sein kann. 62

(5) 63

Die Klägerin kann schließlich auch nicht einwenden, die Parteien hätten nun einmal keine andere Vereinbarung getroffen als die in der Vertragsurkunde vollständig niedergelegten Abreden, so dass dem Formerfordernis des § 550 BGB jedenfalls Genüge getan sei (vgl. zu diesem Ansatz Schmidt-Futterer-Lammel, Mietrecht, 10. Aufl., § 550 BGB Rdn. 34). Aus den obigen Ausführungen wird ersichtlich, dass es zum Zeitpunkt des (schriftlichen) Vertragsschlusses an einer Einigung über einen bestimmten Vertragsbeginn und eine konkrete (also nach dem Anfangs- und Enddatum bestimmte) Vertragsdauer überhaupt fehlte, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt von einem den Beklagten im Hinblick auf eben diese Vertragsdauer bindenden Vertrag nicht auszugehen ist. Dass der Beklagte sich seinerseits nicht darauf berufen kann, die Parteien hätten wegen der fehlenden Einigung über die (bestimmte) Vertragsdauer überhaupt keinen wirksamen Vertrag geschlossen, so dass er auch zu anfänglichen Mietzahlungen nicht verpflichtet sei, ergibt sich daraus, dass die Parteien spätestens mit der Invollzugsetzung des Mietverhältnisses die Grundlage für die Annahme gelegt haben, es sei ein auf unbestimmte Zeit ausgelegter Mietvertrag geschlossen worden. 64

(6) 65

Schließlich steht einer Berufung des Beklagten auf den Mangel der Schriftform auch nicht die Vorschrift des § 242 BGB entgegen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass nur ganz besondere Umstände im Einzelfall den Einwand unzulässiger Rechtsausübung begründen können, die im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich sind. Insbesondere ist nicht zu erkennen, dass die vorzeitige Beendigung des Mietvertrages für die Klägerin zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen könnte, oder der Beklagte sich schuldhaft und 66

treuwidrig von der Beobachtung der erforderlichen Form abgehalten hat (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Lindner-Figura, a.a.O., Kap. 6 Rdn.97 ff. mit weiteren Nachweisen).

4. 67

Während der Restlaufzeit des Mietvertrages von Februar bis September 2010 schuldet der Beklagte der Klägerin monatliche Mietzahlungen in Höhe von 1.239,92 € zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 1.475,50 €.

Zur Forderungen von Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von monatlich 231,43 € zuzüglich Mehrwertsteuer = 275,02 € ist die Klägerin hingegen nicht berechtigt. Dies folgt daraus, dass mit Ablauf des Jahres 2011 hinsichtlich der Nebenkosten für das Jahr 2010 Abrechnungsreife eingetreten ist (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Beyerle, a.a.O., Kap. 11, Rdn. 144 mit weiteren Nachweisen). Soweit die Klägerin sich auf die Rechtsprechung des BGH (NJW 2010, S. 1065) bezogen hat, ergibt sich daraus nichts Gegenteiliges. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof in der angeführten Entscheidung lediglich ausgeführt, dass die im Wohnraummietrecht geltende Vorschrift des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB im Gewerberaummietrecht nicht anzuwenden ist.

Soweit die Klägerin mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29.06.2012 ein Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung 2010 erwähnt hat, ändert dies an der hier interessierenden Rechtslage nichts, zumal selbst ein nach Schluss der mündlichen Verhandlung abgeänderter Antrag – den die Klägerin hier allerdings nicht einmal gestellt bzw. angekündigt hat – kein Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung böte.

Mithin schuldet der Beklagte für die Monate Februar und März 2010 insgesamt einen Betrag von 2.951,00 €. Für die Monate April bis September 2010 sind weitere 8.853,00 € angefallen.

Der Zinsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 280, 286 BGB.

Gegenüber den Forderungen für den Monat Februar 2010 hat die Klägerin mit dem unstreitigen Gutachten des Beklagten aus der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2009 in Höhe von 1.205,49 € aufgerechnet.

5. 74

Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 25.05.2001 eine Klageerhöhung angekündigt hat, bedurfte es keiner Entscheidung des Senats über den erweiterten Antrag. Dies folgt daraus, dass über den erweiterten Antrag im Senatstermin vom 23.05.2012 nicht verhandelt wurde und der Senat der Klägerin die Erhöhung der Klage nicht nachgelassen hat und der Antrag daher prozessual wirkungslos ist (vgl. OLGR Düsseldorf 2000, S. 477; OLG Frankfurt, Urteil vom 04.06.2009 zu AZ. 16 U 204/08, veröffentlicht bei Juris). Ebensowenig war eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung erforderlich.

6. 76

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision gemäß 543 ZPO zugelassen, weil die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Der vorliegende Einzelfall gibt Veranlassung, einen Leitsatz für die Auslegung des § 550 BGB aufzustellen, in welchem Umfang einem Erwerber tatsächliche Ermittlungen über für die Essentialia eines Mietvertrages bedeutsame Umstände außerhalb einer Vertragsurkunde zugemutet werden können.

