

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gewerberaummietrecht

Hans-Joachim Dose

I. Einleitung

II. Abgrenzung Vorvertrag zum Hauptvertrag

BGH Urteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 148/07 – GuT 2010, 128 [LS]

III. Schriftform

BGH Urteil vom 4. November 2009 – XII ZR 96/07 – NJW 2010, 1453

BGH Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518

IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen

BGH Urteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671

BGH Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NZM 2010, 279

BGH Urteil vom 3. März 2010 – XII ZR 131/08 – NZM 2010, 361

BGH Urteil vom 21. Juli 2010 – XII ZR 189/08 – z.V.b.

V. Geschäftsgrundlage

BGH Urteil vom 17. März 2010 – XII ZR 108/08 – NZM 2010, 364

VI. Kündigungsrecht

BGH Urteil vom 11. November 2009 – XII ZR 210/05 – NJW 2010, 765

- VII. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung
BGH Urteile vom 11. August 2010 – XII ZR 192/08 und XII ZR 123/09 –
z.V.b.

- VIII. Mietzins und Nutzungsentschädigung
BGH Urteil vom 4. November 2009 – XII ZR 170/07 – NZM 2010, 126
BGH Urteil vom 12. August 2009 – XII ZR 76/08 – NZM 2009, 701
BGH Urteil vom 7. Oktober 2009 – XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812

- IX. Nebenkosten
BGH Urteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065

- X. Gesamtschuldner
BGH Urteil vom 16. Dezember 2009 – XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861

- XI. Verjährung
BGH Urteil vom 23. Juni 2010 – XII ZR 52/08 – NJW 2010, 2652

I. Einleitung

Auch seit den letzten Weimarer Immobilienrechtstagen konnte der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seine Rechtsprechung zum Gewerberaummietrecht weiter fortentwickeln. Zwar hatte der Senat auch in dieser Zeit über eine große Anzahl von Nichtzulassungsbeschwerden zu entscheiden, denen überwiegend der Erfolg versagt blieb. Daneben hat der XII. Zivilsenat aber auch über rechtsgrundsätzliche Fragen entschieden und dabei zur Rechtseinheitlichkeit und zur Rechtsentwicklung beigetragen.

II. Neuer Vorvertrag und/oder Abänderung eines Hauptvertrags

Am 27. Januar 2010¹ hatte der Bundesgerichtshof über einen Rechtsstreit zu entscheiden, dem folgender Sachverhalt vorangegangen war: Die Parteien waren seit 1976 durch einen Pachtvertrag zum Betrieb einer Abfallbehandlungsanlage für mineralöhlhaltige Abfälle verbunden. In der Folgezeit war der Pachtvertrag durch mehrere Nachträge - zuletzt bis Ende 2010 - verlängert sowie erweitert worden. In einem Vorprozess hatten die Parteien darum gestritten, ob die Klägerin als Pächterin zusätzliche Flächen der Beklagten nutzte und dafür Nutzungsentschädigung schuldete. In einem Mediationsvergleich hatten sie sich auf einen neuen Pachtzins "für die gesamte gegenwärtig von der Klägerin genutzte Fläche" sowie auf einen sich daraus ergebenden Pachtrückstand geeinigt. Ferner hieß es in dem Vergleich: "Die Parteien sind sich darüber einig, dass ein neuer Pachtvertrag geschlossen werden soll, der im Wesentlichen die Positionen der alten Verträge und diese neuen Vereinbarungen enthalten soll." Die Pachtdauer sollte sich um zehn Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption für die Klägerin um jeweils fünf Jahre verlängern. Abschließend hieß es in dem Vergleich: "Die vorstehenden Eckpunkte sind fest vereinbart mit dieser Rege-

¹ BGH Urteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 148/07 – GuT 2010, 128 (LS)

lung. Einzelheiten auch betreffend einen neuen Pachtvertrag werden von den Parteien noch abgestimmt.“ Das Landgericht hatte daraufhin die Beendigung des Rechtsstreits festgestellt.

Im zu entscheidenden Fall verlangte die Klägerin als Pächterin die Feststellung, dass der Pachtvertrag entsprechend der Vereinbarungen im Mediationsvergleich geändert sei. Sie hat den Entwurf eines schriftlichen Pachtvertrages unter Berücksichtigung der Neuregelungen vorgelegt, deren Unterzeichnung von der Beklagten abgelehnt wurde. Die Beklagte wiederum hat einen Vertragsentwurf vorgelegt, der höhere Nachzahlungen und einen höheren Pachtzins vorsah. Sie war der Auffassung, eine abschließende Regelung liege schon deswegen nicht vor, weil keine Einigung zur Frage der Haftung für Altlasten getroffen sei und die vereinbarte Fläche nicht hinreichend bestimmt worden sei.

1. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen, weil kein Feststellungsinteresse vorliege und die Klägerin allenfalls im Wege der Leistungsklage den Abschluss eines neuen Pachtvertrages verlangen könne. Die auf den gerichtlichen Hinweis des Berufungsgerichts im Wege der objektiven Klageänderung erhobene Klage auf Abschluss eines neuen Pachtvertrages sei unzulässig. Die Klägerin habe diesen Antrag prozessual nachlässig erst im Berufungsrechtszug erhoben. Das Landgericht, das der Feststellungsklage stattgegeben hatte, sei auch bei richtiger Rechtsauffassung nicht zu einem Hinweis an die Klägerin verpflichtet gewesen, weil bereits in dem Vorprozess ausgeführt worden sei, dass der Mediationsvergleich allenfalls einen Vorvertrag beinhalte. Der Leistungsantrag sei auch unbegründet, weil die Beklagte nicht verpflichtet sei, einen neuen Vertrag abzuschließen, der den Anforderungen an die Schriftform nach den §§ 581 Abs. 2, 550 BGB nicht genüge.

2. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Berufung gegen das dem Feststellungsantrag stattgebende Urteil des Landgerichts zurückgewiesen.²

a) Das Berufungsurteil beruhte auf einem Verfahrensfehler. Denn das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, weil es den Leistungsantrag auf Abschluss eines Hauptvertrages im Berufungsrechtszug nicht mehr zugelassen hat, obwohl es nach der abweichenden Rechtsauffassung des Landgerichts erstmals darauf ankam. Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges für unerheblich gehalten worden ist. Das war hier der Fall. Unabhängig von dem Vortrag in dem durch Mediationsvergleich abgeschlossenen Vorprozesses hätte das Landgericht einen rechtlichen Hinweis geben müssen, wenn es der Auffassung gewesen wäre, dass die Parteien keine Änderung des Pachtvertrages vereinbart, sondern lediglich einen Vorvertrag geschlossen hatten. Der unterbliebene Hinweis war ursächlich dafür, dass die Klägerin ihren ergänzenden Leistungsantrag erst in der Berufungsinstanz erhoben hat.

b) Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aber auch in der Sache abgeändert. Denn die Auslegung des Mediationsvergleichs durch das Berufungsgericht ließ wesentliche Auslegungsregeln außer Acht. Das Oberlandesgericht hatte sich darauf beschränkt, den Vergleich entweder als wirksame Änderung des bestehenden Pachtvertrages oder als Vorvertrag auf Abschluss ei-

² BGH Urteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 148/07 – GuT 2010, 128 (LS)

nes neuen Pachtvertrages auszulegen.³ Damit hat es sich den Blick dahin gestellt, dass die Vereinbarung auch beide Aspekte enthalten kann.

aa) Den Antrag auf Feststellung des neuen Umfangs des Pachtvertrages hat der XII. Zivilsenat für zulässig erachtet, weil er auf ein anderes Ziel gerichtet ist als die zusätzlich erhobene Leistungsklage. Denn der Antrag richtet sich auf Feststellung der unmittelbaren Änderung des Pachtvertrages im Umfang des Mediationsvergleichs.

Diesen Antrag hat der Bundesgerichtshof auch für begründet erachtet. Denn sowohl der Wortlaut als auch die Interessenlage der Parteien legten eine sofortige verbindliche Änderung des Pachtverhältnisses nahe. Dafür sprach insbesondere, dass die vereinbarten Eckpunkte "fest vereinbart" sein sollten, dass der monatliche Pachtzins sogar rückwirkend erhöht und nach dem Kalender fällig war und dass sich der Vorprozess ohnehin nur durch eine Änderung der vertraglichen Vereinbarungen vollständig erledigen konnte. Selbst wenn mit der vertraglichen Änderung die Schriftform des § 550 Abs. 1 BGB nicht erfüllt sein sollte, stünde dies einer verbindlichen Vertragsänderung nicht entgegen, zumal die Parteien sich zugleich auf den schriftlichen Abschluss des geänderten Pachtvertrages geeinigt haben.

bb) Hinsichtlich des in der Berufungsinstanz erhobenen Antrags auf schriftlichen Abschluss des geänderten Pachtvertrages hat der XII. Zivilsenat das Verfahren an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof hat es nicht für ausgeschlossen erachtet, dass der Mediationsvergleich zugleich die Verpflichtung enthält, das Vertragsverhältnis in einer die Schriftform wahrenen Form neu niederzulegen. Insoweit hat er das Verfahren

³ Zur Formfreiheit eines Vorvertrags vgl. BGH Urteil vom 7. März 2007 – XII ZR 40/05 – NJW 2007, 1817

an das Oberlandesgericht zurückverwiesen und den Parteien Gelegenheit gegeben, ergänzend zur Einhaltung der Schriftform im Rahmen des von der Klägerin vorgelegten neuen Pachtvertrages Stellung zu nehmen.

III. Schriftform des § 550 BGB.

Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Kündbarkeit eines langfristigen Mietvertrages wegen Verstoßes gegen die Schriftform beschäftigen den XII. Zivilsenat seit vielen Jahren. Die zunächst sehr strenge Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit zur sog. "Auflockerungsrechtsprechung" entwickelt.

Der Bundesgerichtshof verlangt bei zusammengesetzten Urkunden keine feste Verbindung mehr, sondern lässt es ausreichen, wenn die letzte Urkunde eine hinreichend konkrete Verweisung auf die Regelung weiterer wesentlicher Umstände in anderen Urkunden enthält. Auch für den Fall einer späteren Vertragsänderung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass stets von der letzten vertraglichen Änderung auszugehen ist. Wenn diese in schriftlicher Form vorliegt, unterschrieben ist und durch eindeutigen Verweis auf frühere Urkunden eine schriftliche Regelung sämtlicher wesentlicher Vertragsmerkmale enthält, ist die Schriftform gewahrt. Spätere schriftliche Änderungen können damit auch eine zunächst unvollständige Schriftform heilen, wenn sie die bislang nicht schriftlich niedergelegten wesentlichen Vertragsmerkmale niederlegen und ergänzend auf die frühere Urkunde verweisen. Eine nachträgliche Änderung wesentlicher Vertragsumstände, die nicht schriftlich erfolgt, kann die ursprünglich eingehaltene Schriftform aber auch nachträglich torpedieren.

In letzter Zeit hat sich diese Rechtsprechung in dem Sinne weiterentwickelt, dass für die Einhaltung der Schriftform lediglich auf die "äußere Form" der Vertragsurkunde abzustellen ist. Damit hat die Entwicklung der Rechtsprechung

zur Schriftform - soweit ersichtlich - seinen Abschluss gefunden. Dazu hat der Bundesgerichtshof folgende Fälle entschieden:

1. In einem Rechtsstreit stritten die Parteien um die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung eines langfristigen Mietvertrages wegen Verstoßes gegen die Schriftform. Die Klägerin hatte für zehn Jahre, beginnend mit dem 1. Oktober 2001, Gewerberäume angemietet. Im März 2002 einigten sich die Parteien auf eine Mieterhöhung. Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, wurde nach dem Vertragsinhalt durch die Vorstandsmitglieder G. und K. vertreten; unterzeichnet wurde die Vereinbarung auf Klägerseite lediglich von K ohne Vertretungszusatz. Das Landgericht hatte die Beendigung des Mietverhältnisses durch eine berechtigte ordentliche Kündigung wegen Verletzung der Schriftform festgestellt. Auf die Berufung der Beklagten hatte das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Landgerichts wiederhergestellt.⁴

a) Der XII. Zivilsenat hat erneut auf seine Rechtsprechung hingewiesen, wonach es im Rahmen der Schriftform des § 550 BGB nicht darauf ankommt, ob ein unterzeichnender Vertreter tatsächlich Vertretungsmacht hat. Denn dabei handelt es sich um Fragen der Wirksamkeit des Vertrages und nicht um Fragen der Schriftform. Wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, kann sich dies auf das Zustandekommen des Vertrages auswirken; auf die Schriftform hat dies keine Auswirkungen.⁵ Die Unterzeichnung des Vertrags durch das Vorstandsmitglied K. war deswegen nicht zu beanstanden.

b) Mit dem Landgericht hat der Bundesgerichtshof allerdings einen Verstoß gegen die gesetzliche Schriftform des § 550 BGB angenommen, weil dem

⁴ BGH Urteil vom 4. November 2009 - XII ZR 86/07 – NJW 2010, 1453

⁵ vgl. bereits BGHZ 176, 301, 309 = NJW 2008, 2178, 2179

Vertrag nicht zu entnehmen war, ob das Vorstandsmitglied K. für das weitere Vorstandsmitglied G. mit unterzeichnet hatte. Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB ist erforderlich, dass die Vertragsurkunde von beiden Vertragsparteien unterzeichnet ist. Im Falle einer sich aus dem Vertrag selbst ergebenden Personenmehrheit auf einer Seite des Vertrags müssen entweder alle Personen unterschreiben oder die vorhandenen Unterschriften müssen deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragspartei geleistet worden sind. Sonst lässt sich der Vertragsurkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften auch für und in Vertretung der anderen Vertragsparteien zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien unterschrieben haben.

Diesen Anforderungen ist genügt, wenn der Vertrag durch eine Person als Mieter oder Vermieter geschlossen wird und eine andere Person unterzeichnet. Dann kann die weitere Person nach dem Vertragsinhalt nur als Vertreter der Vertragspartei aufgetreten sein. Anders ist es dann, wenn der Unterzeichner nach der Vertragsurkunde nur ein vertretungsberechtigter Teil der Vertragspartei ist und die weiter erforderlichen Personen nicht unterzeichnet haben. Das hatte der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit bereits für die Gesellschafter einer GbR⁶ und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft⁷ entschieden. Auch für mehrere im Vertrag angegebene Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gilt nichts anderes. Auch insoweit ist der Vertrag durch alle genannten Vorstandsmitglieder zu unterzeichnen oder es muss deutlich werden, dass ein allein Unterzeichnender die Anderen vertritt. Wie in den Fällen der GbR oder der Erbengemeinschaft ist dies nur dadurch möglich, dass das

⁶ BGH Urteil vom 5. November 2003 - XII ZR 134/02 - NJW 2004, 1103

⁷ BGH Urteil vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389, 3391

unterzeichnende Vorstandsmitglied deutlich macht, für sich selbst und die weiteren Vorstandsmitglieder zu unterzeichnen. Weil ein solcher Vertretungszusatz im zu entscheidenden Fall nicht vorlag hat der Bundesgerichtshof die Schriftform für nicht gewahrt angesehen. Die Klägerin war deswegen berechtigt, das Mietverhältnis innerhalb der Frist des § 550 BGB zu kündigen.

2. In einem weiteren Fall stritten die Parteien um die Feststellung, dass der bestehende Mietvertrag über Gewerberäume auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.⁸ Die Parteien verhandelten im Frühjahr 1992 über den Abschluss eines Mietvertrages über noch zu errichtende Gewerberäume. Im März 1992 unterzeichnete die Beklagte einen Vertrag mit einer Laufzeit von 15 Jahren. Nach § 14 des Vertrages hielt sie sich "an das Vertragsangebot einen Monat ab Zugang bei der Gegenseite gebunden". Auf Wunsch der Klägerin verlängerte die Beklagte die Frist zur Gegenzeichnung und Übersendung des Mietvertrages bis zum 22. April 1992. Die Klägerin unterzeichnete den Vertrag an diesem Tag. Zwischen den Parteien war aber streitig, ob die gegengezeichnete Urkunde noch am selben Tag der Beklagten zugegangen ist. Im November 1993 fand die Übergabe des Mietobjekts statt, was in einem von beiden Parteien unterzeichneten Abnahmeprotokoll bestätigt wurde.

a) Landgericht und Oberlandesgericht haben der Feststellungsklage stattgegeben, weil die Schriftform des § 550 BGB nicht gewahrt sei. Aus der Urkunde ergebe sich nicht zweifelsfrei, ob die Annahme des Angebots durch die Klägerin noch innerhalb der Annahmefrist erfolgt sei. Die Verlängerung der Annahmefrist sei nicht Teil des Mietvertrages geworden und müsse deswegen insoweit unberücksichtigt bleiben. Einem Erwerber des Mietobjekts müsse eine Urkunde vorgelegt werden können, aus der sich ergebe, dass alle Vertragsvoraussetzungen schriftlich niedergelegt seien. Das sei hier nicht der Fall.

b) Der Bundesgerichtshof hat die Urteile der Instanzgerichte aufgehoben und die Klage abgewiesen.⁹

aa) Hinsichtlich der Vereinbarung zum Mietobjekt und zum Vertragsbeginn hat der Senat auf seine Rechtsprechung zur "Vermietung vom Reißbrett" hingewiesen. Das zu erstellende Mietobjekt muss im Mietvertrag oder in den in Bezug genommenen Anlagen lediglich hinreichend bestimmbar bezeichnet werden, was durch einen Hinweis auf eine entsprechend markierte Bauzeichnung möglich ist. Auch der Vertragsbeginn ist hinreichend bestimmbar bezeichnet, wenn er mit "Übernahme des schlüsselfertigen Mietobjekts" bezeichnet ist. Auf einen späteren Streit über den Zeitpunkt der Schlüsselfertigkeit kommt es nicht an, weil spätere Geschehnisse die Wahrung der Schriftform nicht mehr in Frage stellen können.¹⁰

bb) Die Schriftform des § 550 BGB war aber auch im Übrigen gewahrt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erstreckt sich das Gebot der Schriftform des § 550 BGB auf alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere den Mietgegenstand, den Mietzins, die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses.¹¹ Bei der Annahmefrist und deren Einhaltung handelt es sich nicht um eine den Vertragsinhalt bestimmende Bedingung. Diese Vereinbarung betrifft allein das Zustandekommen des Vertrages und wird mit dessen Abschluss bedeutungslos. Sinn und Zweck der Schriftform ist es nicht, einem Erwerber Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam

⁸ BGH Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518

⁹ BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518

¹⁰ BGH Urteil vom 2. Mai 2007 - XII ZR 178/04 - NJW 2007, 3273, 3275 f.

¹¹ Zu einer nicht der Schriftform unterliegenden Nebenabrede vgl. BGH Urteil vom 17. Dezember 2008 – XII ZR 57/07 – NZM 2009, 198

zustande gekommen ist oder noch besteht. Ein Erwerber soll lediglich über die wesentlichen Bedingungen eines Vertrages informiert werden, in den er eintritt.

cc) In Fortentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof deswegen entschieden, dass für die Wahrung der Schriftform des § 550 BGB die "äußere Form" der Vertragsurkunde ausreicht. Die Schriftform ist danach bereits dann eingehalten, wenn sich aus der Vertragsurkunde isoliert eine abschließende Einigung über alle wesentlichen Vertragsbestandteile ergibt. Das ist immer dann der Fall, wenn der Vertrag mit vollständigem Inhalt von beiden Parteien wirksam unterzeichnet ist und sich aus der Vertragsurkunde kein Anhaltspunkt dafür ergibt, dass die Unterzeichnung durch eine Partei verspätet sein könnte.¹²

Für diese Rechtsprechung spricht insbesondere der Zweck des § 550 BGB. Denn abweichend von § 125 BGB kommt im Mietrecht der Vertrag auch bei Verstoß gegen die Schriftform wirksam zustande. Regelmäßig ist dies sogar konkludent der Fall, wenn der Mieter die Mieträume übernimmt und die Miete zahlt, während der Vermieter die Mietzahlungen entgegennimmt. Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis hat nach § 550 BGB nur zur Folge, dass der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt und deswegen ordentlich kündbar ist. Der Verstoß gegen die Schriftform führt also nicht zur Nichtigkeit des Vertrages und die Einhaltung der Schriftform ist deswegen nicht Voraussetzung für dessen Wirksamkeit.

Der Bundesgerichtshof musste deswegen nicht dazu Stellung nehmen, ob das von beiden Parteien unterzeichnete Abnahmeprotokoll unter Hinweis auf den Mietvertrag vom März 1992 einen früheren Verstoß gegen die Schriftform geheilt hat.

¹² BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518

d) Die neueste Rechtsprechung des XII. Zivilsenats, die allein auf die "äußere Form" der Vertragsurkunde abstellt, wird auch auf andere Aspekte im Zusammenhang mit der Einhaltung der Schriftform anzuwenden sein. Wenn etwa auf einer Seite des Vertrages eine Gesellschaft auftritt und im Vertrag selbst nur ein Vertretungsberechtigter genannt ist, reicht es aus, dass dieser den Vertrag unterzeichnet hat. Auch dann ist unerheblich, ob tatsächlich weitere Personen hätten unterzeichnen müssen, weil dies nicht die Schriftform, sondern das Zustandekommen des Vertrages betrifft.

IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Bedeutung der §§ 305 ff. BGB, die den Parteien auch im Gewerberaummietrecht Grenzen für vertragliche Vereinbarungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen setzen, hat in letzter Zeit zugenommen. Zwar besagt § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass insbesondere die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB keine Anwendung finden, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Im Gewerberaummietrecht sind diese Voraussetzungen regelmäßig gegeben, weil die Räume zur Ausübung der gewerblichen und selbständigen beruflichen Tätigkeit angemietet werden und die Mieter deswegen nach § 14 Abs. 1 BGB Unternehmer sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schließt dies allerdings nicht aus, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Gewerberaummietrecht der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zu unterziehen (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Nach § 305 b BGB gilt auch im Gewerberaummietrecht der Vorrang einer Individualabrede und nach § 305 c Abs. 1 BGB werden überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil. Zweifel bei der Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders (§ 305 c Abs. 2 BGB).

Schließlich ergibt sich aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Transparenzgebot. Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die zur Unwirksamkeit der AGB führen kann, kann sich auch daraus ergeben, dass eine Klausel nicht hinreichend klar und verständlich ist.

Darüber hinaus liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S. des § 307 BGB vor, wenn die Vertragsklausel in den AGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass der Vertragszweck gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 BGB).¹³ Ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach diesen Vorschriften ganz oder teilweise unwirksam, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. An die Stelle der unwirksamen AGB tritt die gesetzliche Regelung (§ 306 Abs. 1 und 2 BGB). Aus dem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion folgt allerdings, dass einzelne AGB im Falle ihrer Unwirksamkeit nicht auf den gesetzlich gerade noch zulässigen Inhalt reduziert werden dürfen.¹⁴ Überschreitet die AGB das zulässige Maß gilt vielmehr stets der vom Gesetz vorgegebene Rahmen. Auf dieser gesetzlichen Grundlage hatte der XII. ZS des Bundesgerichtshofs in jüngster Zeit folgende Fälle zu entscheiden:

1. In zwei Fällen stritten die Parteien um die Wirksamkeit der Übertragung von Hausverwalterkosten auf den Mieter durch AGB.¹⁵

a) In dem zunächst entschiedenen Fall hatten die Parteien einen Mietvertrag zum Betrieb eines Restaurants geschlossen und im Rahmen der Mietne-

¹³ BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rn. 15 ff.

¹⁴ BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Rn. 32

¹⁵ BGH Urteile vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671 und vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 – NZM 2010, 279

benkosten auch die Übertragung der "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" durch den Mieter vereinbart. Auf der Grundlage dieser AGB hatte die Klägerin entsprechende Rückstände errechnet. Ihre Klage war von den Instanzgerichten abgewiesen worden, weil die Vertragsklausel überraschend i.S. des § 305 c BGB sei und außerdem gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoße. Das gelte insbesondere im Hinblick auf die viel zu geringen monatlichen Abschlagszahlungen auf die Nebenkosten.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Er hat die Vereinbarung zur Übertragung der Verwalterkosten nicht als überraschend i.S. von § 305 c Abs. 1 BGB angesehen.¹⁶ Im Gegensatz zur Wohnraummiete, wo die Verwalterkosten gemäß § 556 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV nicht auf den Mieter umgelegt werden dürfen, ist die Umlage im Gewerberaummietrecht nicht so ungewöhnlich, dass der Mieter damit nicht rechnen musste. Der Bundesgerichtshof hat weder die Höhe der Verwalterkosten von 5,5 % der Bruttomiete noch als die Diskrepanz der abgerechneten Verwaltungskosten zu den monatlichen Vorauszahlungen als überraschend angesehen, obwohl als Vorauszahlungen insoweit lediglich 1.000 DM vereinbart waren, während diese Betriebskosten sich letztendlich durchschnittlich auf über 10.000 € beliefen. Der Mieter dürfe nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass sich die Kosten im Rahmen der Vorauszahlungen halten. Ein Überraschungseffekt ergebe sich auch nicht aus der Stellung der Klausel über die Verwaltungskosten im Rahmen der AGB. Die Platzierung der Klausel in Nr. 17 der Betriebskostenaufstellung sei unbedenklich, weil die Reihenfolge keine Aussage über die Wertigkeit und die Höhe der zu erwartenden Kosten beinhalte. Aus der Stellung der Klausel könne sich ein Überraschungs-

¹⁶ BGH Urteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671 Rn. 7 ff.

effekt vielmehr nur dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang stehen würde, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten brauche. Das sei hier nicht der Fall. Schließlich folge die Anlage 1 mit der Aufstellung der Betriebskosten im Wesentlichen auch der Systematik der BetrKV. Auch aus der Gesamtschau ergebe sich nicht, dass die Klausel überraschend sei.

Die Klausel sei schließlich auch nicht wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.¹⁷ Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners könne sich zwar auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich sei, wobei auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners abzustellen sei.¹⁸ Der in den AGB verwendete Begriff der "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" sei aber hinreichend bestimmt. Dabei könne im Wesentlichen auf die übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden. Dass diese Regelungen für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind, stehe der Heranziehung als Auslegungshilfsmittel nicht im Wege.¹⁹ Anderes gelte allenfalls dann, wenn in AGB in wesentlichen Bereichen gleichartige Kosten, wie etwa die eines Center-Managements, neben die Verwaltungskosten gestellt werden und dadurch Unklarheiten entstehen.²⁰ Unklarheiten können sich im Einzelfall auch hinsichtlich der Kosten einer Werbegemeinschaft ergeben, zu

¹⁷ BGH Urteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671 Rn. 21 ff.

¹⁸ BGH Urteil vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516

¹⁹ BGH Urteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671

²⁰ BGH Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863

welcher der Mieter nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen beizutreten verpflichtet ist.²¹

b) In einer weiteren Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof auch die formularmäßige Übertragung der "Kosten des Betriebs", u.a. "Verwaltungskosten" als wirksam vereinbart angesehen. Er hat auf die vorgenannte Entscheidung Bezug genommen und auch den Begriff der "Verwaltungskosten" als hinreichend bestimmt i.S. des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB angesehen. Auch dieser Begriff sei hinreichend transparent, weil im Rahmen der Auslegung auf die für das Wohnraummietrecht geltenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden könne.²²

2. In einem weiteren Fall hatte der Bundesgerichtshof über die Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Betriebspflicht zu entscheiden.²³ Die Klägerin hatte für 15 Jahre Räume in einem Einkaufszentrum gemietet. In dem Formularvertrag war eine Betriebspflicht zu den vom Vermieter festgelegten Öffnungszeiten vereinbart. In der Folgezeit war der Leerstand in dem Einkaufszentrum von 20 % auf 40 % gestiegen. Die Mieterin begehrte Feststellung, dass die im Vertrag vereinbarte Betriebspflicht ungültig sei und sie berechtigt sei, ihr Ladengeschäft nach eigenem Belieben zu öffnen und zu schließen.

Der Bundesgerichtshof hat darauf hingewiesen, dass nach seiner Rechtsprechung die isolierte Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht in einer Formelarklausel den Mieter nicht i.S. des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt.²⁴ Auch die isolierte Vereinbarung eines bestimmten

²¹ vgl. insoweit BGH Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057, 3058

²² BGH Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NZM 2010, 279

²³ BGH Urteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 – NZM 2010, 361

²⁴ vgl. BGH Urteil vom 29. April 1992 - XII ZR 221/90 - NJW-RR 1992, 1032

Verkaufssortiments für den Mieter bildet für sich genommen keine unangemessene Benachteiligung.²⁵ Zweifelhaft ist allenfalls, ob solche Klauseln kumulativ nebeneinander zulässig sind. Darauf kam es in dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall allerdings nicht an, weil hier keine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbildung vorlag. Die Verpflichtung zur Offenhaltung des Geschäfts widerspricht auch nicht den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen. Gerade in einem Einkaufszentrum besteht ein großes Interesse des Vermieters daran, dass die verschiedenen Mieter ihre Öffnungszeiten anpassen, was den Mietern auch ersichtlich ist.²⁶

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs konnte sich der Mieter auch nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen des inzwischen erhöhten Leerstands berufen. Nach ständiger Rechtsprechung des XII. Zivilsenats fällt das Gewinnerzielungsrisiko in den Verantwortungsbereich des Mieters von Gewerberäumen. Auch bei Anmietung eines Ladenlokals in einem Einkaufszentrum trägt er neben der Chance eines florierenden Zentrums auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtobjekts. Die Parteien können zwar diese gesetzliche Risikoverteilung vertraglich abändern. Ob das der Fall ist muss eine Auslegung der vertraglichen Vereinbarung ergeben. Hier war bereits bei Vertragsschluss ein Leerstand von 20 % vorhanden und der Einwohnerschwund in der Region war den Parteien bereits bekannt. Auch aus der vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht und der diffusen Sortimentsbezeichnung ließ sich keine abweichende Vereinbarung der Risikoverteilung herleiten. Mit der Verwirklichung des vom Mieter übernommenen Risikos ist deswegen die Geschäftsgrundlage des Vertrages nicht entfallen.²⁷

²⁵ vgl. BGH Urteil vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714

²⁶ BGH Urteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 – NZM 2010, 361 Rn. 13 ff.

²⁷ BGH Urteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 – NZM 2010, 361 Rn. 24 f.

Auch eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten, die es als treuwidrig i.S. von § 242 BGB erscheinen ließe, den Mieter an der Betriebspflicht festzuhalten, hat der Bundesgerichtshof nicht feststellen können. Insoweit fehlte bereits eine substantiierte Darlegung der wirtschaftlichen Interessen des Mieters, die eine Treuwidrigkeit trotz Übernahme des Gewinnerzielungsrisikos begründen könnte.²⁸

3. In einem weiteren Fall hatte der Bundesgerichtshof über einen formularmäßigen Haftungsausschluss zu entscheiden.²⁹ In angemieteten Büroräumen war ein Fensterflügel beim Öffnen herausgestürzt und hatte eine Angestellte des Mieters am Kopf verletzt. Im Mietvertrag waren unter der Überschrift "Aufrechnung und Zurückbehaltung" formularmäßig u.a. "Ersatzansprüche nach § 538 BGB" ausgeschlossen worden, vorbehaltlich vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns.

a) Der Bundesgerichtshof hat zunächst entschieden, dass es sich hier um einen anfänglichen Mangel der Mietsache handelte, für den der Vermieter nach § 536 a Abs. 1 BGB (§ 538 BGB a.F.) verschuldensunabhängig haftet. Zwar ist das Schadensereignis erst nach Abschluss des Mietvertrages während der Mietzeit entstanden. Es war nach Feststellungen eines Sachverständigen aber auf einen Konstruktionsfehler am Sicherungsbolzen zurückzuführen, der bereits bei Vertragsbeginn vorlag. Solche Fehler, die sich lediglich später auswirken, hat der Bundesgerichtshof als anfängliche Fehler der Mietsache qualifiziert. Weil sich der Fehler auf die Nutzung nach dem Vertragszweck auswirkte, handelte es sich um einen Mangel der Mietsache.³⁰

²⁸ BGH Urteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 – NZM 2010, 361 Rn. 27

²⁹ BGH Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - zur Veröffentlichung bestimmt

³⁰ BGH Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - zur Veröffentlichung bestimmt Rn. 12 ff.

b) Den vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss hat der XII. Zivilsenat als unwirksam erachtet. Grenzen für einen individualvertraglichen Haftungsausschluss ergeben sich lediglich aus § 536 d BGB (Arglist), § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB (Treu und Glauben). Zwar ist die Haftung des Vermieters nach § 536 a Abs. 1 BGB grundsätzlich auch formularmäßig abdingbar. Dann sind zusätzlich aber die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zu beachten.³¹ Hier war der vertragliche Haftungsausschluss überraschend i.S. von § 305 c BGB. Denn der Haftungsausschluss war in einer Vertragsklausel zur "Aufrechnung und Zurückbehaltung" geradezu versteckt. Der Mieter musste deswegen nicht mit einer solchen formularvertraglichen Vereinbarung rechnen. Dies führte zur Unwirksamkeit der Klausel und nach § 306 BGB zur Geltung der gesetzlichen Garantiehaftung des § 536 a BGB.³²

Der Bundesgerichtshof konnte es deswegen dahinstehen lassen, ob die entsprechende Formulklausel hinreichend transparent war. Zweifel könnten sich daraus ergeben, dass die Klausel lediglich "Ersatzansprüche nach § 538 BGB" (jetzt § 536 a BGB) ausschließt, ohne diese genauer zu bezeichnen. Zwar kann im Gewerberaummietrecht im Rahmen der Transparenz vertraglicher Klauseln auf die Berufserfahrung sowie bekannte Handelsgewohnheiten und Handelsbräuche zurückgegriffen werden. Dies bedeutet aber nicht, dass ein geschäftserfahrener Unternehmer auch über umfassendes juristisches Verständnis verfügt.³³ Ebenso konnte dahinstehen, ob ein eventuell unwirksamer Ausschluss der verschuldensabhängigen Haftung für nachträgliche Mängel im Wege des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion auch zur Unwirksamkeit

³¹ BGH Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - zur Veröffentlichung bestimmt Rn. 22 ff.

³² BGH Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - zur Veröffentlichung bestimmt Rn. 25 ff.

³³ BGH Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - zur Veröffentlichung bestimmt Rn. 28 ff.

des vereinbarten Ausschlusses der Garantiehafung für anfängliche Mängel führt.

V. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Der Bundesgerichtshof hatte in einem weiteren Urteil über Fragen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eines Mietvertrages zu entscheiden.³⁴ Die Beklagte hatte im Februar 2005 für zehn Jahre Räume im Erdgeschoss eines sechsgeschossigen und noch im Bau befindlichen Gebäudes zum Betrieb eines Cafés angemietet. Nachdem sich die ursprünglich vorgesehene Vermarktung der ersten vier Obergeschosse nicht realisieren ließ, veranlasste die Vermieterin den Ausbau dieser Geschosse als Wohnraum. In der Folgezeit geriet die Beklagte mit der Zahlung des Mietzinses in Verzug. Die Parteien vereinbarten eine vorübergehende Mietreduzierung und eine Stundung des Mietrückstandes. In diesem Zusammenhang vereinbarten sie auch ein befristetes außerordentliches Kündigungsrecht der Klägerin, von dem sie schließlich fristgerecht wegen des Zahlungsverzugs Gebrauch machte. Die Parteien stritten um Räumung und Herausgabe der Mieträume. Das Oberlandesgericht hatte die Klage abgewiesen, weil die ordentliche Kündigung der Vermieterin treuwidrig (§ 242 BGB), wenn nicht gar sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) sei.

Der Bundesgerichtshof hat diese Entscheidung aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Die Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts und dessen Ausübung seien weder treuwidrig noch sittenwidrig. Der Bundesgerichtshof hat auf seine Rechtsprechung hingewiesen, wonach grundsätzlich der Mieter das Gewinnerzielungsrisiko trägt, während der Vermieter lediglich für sein eigenes Risiko der Vermietbarkeit und Vermarktung einzustehen hat. Zwar

³⁴ BGH Urteil vom 17. März 2010 - XII ZR 108/08 – NZM 2010, 364

sind abweichende Vereinbarungen (auch durch AGB) zulässig. Eine solche abweichende Vereinbarung zum Gewinnerzielungsrisiko war hier allerdings nicht festzustellen.³⁵

Auch ein treu- oder sittenwidriges Verhalten konnte der Bundesgerichtshof nicht feststellen. Denn die Mieterin war mit ihrer Mietzahlungspflicht deutlich in Verzug geraten, so dass die Klägerin ohnehin nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB zur Kündigung des Mietvertrages berechtigt gewesen wäre. Wenn sie der Mieterin zunächst die Möglichkeit eingeräumt hat, den Mietrückstand auszugleichen, kann dies keine Treu- oder Sittenwidrigkeit begründen, selbst wenn die befristete Vereinbarung des außerordentlichen Kündigungsrechts bereits auf eine Beendigung des Vertrages zielte.³⁶ Mit der dann erfolgten Kündigung hat die Vermieterin keine Rechte ausgeübt, die sie nicht auch vor der vertraglichen Abänderung gehabt hat.

VI. Kündigungsrecht

In einer weiteren Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof über die Frage zu entscheiden, ob Miterben einen Mietvertrag nur gemeinschaftlich oder auch mehrheitlich kündigen dürfen.³⁷ Die Parteien hatten einen Mietvertrag über Gewerberäume zur Unterbringung einer Puppentheatersammlung geschlossen. Der Mietzins belief sich nach der Wiedervereinigung zunächst auf 399,25 DM und ab dem 1 Januar 2002 auf 204,13 € monatlich. Die Miterben des früheren Vermieters verhandelten in der Folgezeit über eine Erhöhung des Mietzinses. Im März 2002 kündigte eine Rechtsanwältin im Namen von zwei der drei Miterben das unbefristete Mietverhältnis. Die Mieterin räumte das Gebäude erst An-

³⁵ BGH Urteil vom 17. März 2010 – XII ZR 108/08 – NZM 2010, 364 Rn. 17 f.

³⁶ BGH Urteil vom 17. März 2010 – XII ZR 108/08 – NZM 2010, 364 Rn. 19

³⁷ BGH Urteil vom 11. November 2009 - XII ZR 210/05 – NJW 2010, 765

fang Januar 2004. Das Oberlandesgericht hatte die Klage auf (höhere) Nutzungsentschädigung für die Zeit von Juli 2003 bis Dezember 2003 abgewiesen. Auf die Revision der Kläger, die das Grundstück im April 2003 erworben hatten und im August 2003 als Eigentümer eingetragen wurde, hat der Bundesgerichtshof der Klage stattgegeben. Er hat die Kündigung des Mietverhältnisses durch eine Mehrheit der Miterben für zulässig erachtet.

Zwar ist die Kündigung eines Mietverhältnisses eine Verfügung über den Nachlass i.S. des § 2040 Abs. 1 BGB. Im vorliegenden Fall wird die Vorschrift allerdings durch § 2038 BGB verdrängt. Danach steht die Verwaltung des Nachlasses den Erben grundsätzlich gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber allerdings verpflichtet, an Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind. Gemäß § 745 Abs. 1 BGB, der nach § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB anwendbar ist, kann durch Stimmenmehrheit eine ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung des Nachlasses beschlossen werden. Wenn sich ein überstimmter Miterbe dem Mehrheitsbeschluss nicht fügt, können ihn die übrigen Miterben auf Abgabe der für die Verfügung erforderlichen Willenserklärung verklagen. Die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe allerdings auch ohne Mitwirkung des anderen treffen. § 2038 i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB ermöglicht es den Erben, aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses wirksame Verpflichtungsgeschäfte zum Zwecke ordnungsgemäßer Verwaltung abzuschließen und zwar sowohl im Innen- wie auch im Außenverhältnis.

Die Kündigung ist zwar ein - bezogen auf das Schuldverhältnis unselbstständiges - akzessorisches Gestaltungsrecht. Es liegt aber nahe, dem Recht, einen Vertrag zu begründen, auch das Recht folgen zu lassen, diesen wieder zu kündigen. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung durch die Mehrheit der Miterben ist allerdings, dass es sich um eine ordnungsgemäße

Verwaltungsmaßnahme handelt. Dies ist aus objektiver Sicht zu beurteilen. Entscheidend ist der Standpunkt eines vernünftigen und wirtschaftlich denkenden Beurteilers. Liegen diese Voraussetzungen vor, kann also auch die Kündigung als eine Verfügung über den Nachlassgegenstand mit Stimmenmehrheit ausgesprochen werden.³⁸

Das war vorliegend der Fall, weil nach dem Mietvertrag lediglich ein Mietzins in Höhe von 204,13 € geschuldet war, während für das unstreitig 4.900 m² große Hausgrundstück mit 1.090 m² Nutzfläche eine ortsübliche Miete in Höhe von 4.078 € angemessen wäre. Um die angemessene Miete zu erzielen, war die Kündigung des vor langer Zeit abgeschlossenen und offenkundig unwirtschaftlichen Mietvertrages eine ordnungsgemäße und zwingende Verwaltungsmaßnahme.

VII. Kündigung eines Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung

Kürzlich hatte der Bundesgerichtshof in zwei Verfahren zu entscheiden, ob die Vermieterinnen langfristige Mietverträge zu Recht wegen arglistiger Täuschung angefochten hatten und deswegen Räumung und Herausgabe der vermieteten Ladengeschäfte verlangen konnte. In beiden Fällen hatten die Mieter nach Vertragsbeginn in den Ladengeschäften nahezu ausschließlich Waren der Marke "Thor Steinar" verkauft, die der rechtsradikalen Szene zugeordnet wird. Nach Kenntnis davon hatten die Vermieterinnen Kündigungen ausgesprochen und schließlich die Verträge wegen arglistiger Täuschung angefochten.³⁹ Der Bundesgerichtshof hat in beiden Fällen die Revisionen zurückgewiesen, weil die Mieter zu Recht zur Räumung und Herausgabe der Mieträume verurteilt worden waren.

³⁸ BGH Urteil vom 11. November 2009 - XII ZR 210/05 – NJW 2010, 765 Rn. 26 ff.

Ein Recht zum Besitz war durch die wirksame Anfechtung des Mietvertrages entfallen. Der XII. Zivilsenat hat auf seine ständige Rechtsprechung hingewiesen, wonach eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung auch noch nach Überlassung der Mietsache möglich ist.⁴⁰ Auch die Voraussetzungen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung lagen hier vor.

Allerdings hat der XII. Zivilsenat darauf hingewiesen, dass regelmäßig für beide Vertragsparteien keine Rechtspflicht zur ungefragten Aufklärung gegenüber dem Vertragspartner besteht. Jede Vertragspartei hat die für sie wichtigen Umstände grundsätzlich selbst zu ermitteln und zu hinterfragen. Eine Rechtspflicht zur ungefragten Aufklärung kann sich nur dann ausnahmsweise ergeben, wenn dies nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise erwartet werden kann. Das ist etwa der Fall, wenn die mitzuteilenden Tatsachen für die Willensbildung des anderen Teils von ausschlaggebender Bedeutung sind, er auf die Information durch den Vertragspartner angewiesen ist und der Vertragspartner dies auch weiß.⁴¹

Diese Voraussetzungen lagen in den zu entscheidenden Fällen vor. Der vom Oberlandesgericht Naumburg entschiedene Fall betraf ein Ladengeschäft im Einkaufszentrum "Hundertwasserhaus" in Magdeburg. Der vom Kammergericht Berlin entschiedene Fall betraf einen Mietvertrag, der abgeschlossen wurde, nachdem wegen des Vertrages in Magdeburg bereits Streitigkeiten aufgetreten waren. Unstreitig werden die von den Mietern veräußerten Waren der Marke "Thor Steinar" mit rechtsradikalen Gedanken in Verbindung gebracht. Dies hat Auswirkungen auf die Besucherfrequenz im gesamten Einkaufszent-

³⁹ BGH Urteile vom 11. August 2010 - XII ZR 192/08 und XII ZR 123/09 - zur Veröffentlichung bestimmt

⁴⁰ BGHZ 178, 16 = NJW 2009, 1266

⁴¹ BGH Urteile vom 11. August 2010 - XII ZR 192/08 - zur Veröffentlichung bestimmt

rum, so dass die Art der veräußerten Waren hier ausnahmsweise auch für die Vermieterinnen von ausschlaggebender Bedeutung war. Wegen der bekannten öffentlichen Diskussion über die Nähe zu rechtsradikalem Gedankengut war die Hinweispflicht für die Mieter auch ersichtlich. Sie haben deswegen auch den subjektiven Tatbestand der arglistigen Täuschung durch Unterlassen erfüllt. Eine öffentliche Diskussion über die Einordnung dieser Waren wird etwa auch in Internet geführt und auf den Plätzen des Fußballclubs Werder Bremen gilt bereits seit langem ein Stadionverbot für Personen mit Kleidungsstücken der Marke "Thor Steinar".

VIII. Mietzins und Nutzungsentschädigung

In einigen Entscheidungen hatte sich der Bundesgerichtshof jüngst mit Fragen der Mietzinszahlung und der Zahlung von Nutzungsentschädigung zu befassen.

1. Mietzins als befristete oder betagte Forderung

In einem Fall verlangte die Klägerin von der Beklagten aus abgetretenem Recht Miete und Schadensersatz. Die Vermieterin hatte an den Mieter Kopiergeräte für die Dauer von 60 Monaten vermietet. Diese Geräte hatte sie von der Klägerin geleast. In den Mietverträgen wurde ein Ausschluss von Gewährleistungs-, Nachbesserungs-, Garantie- und Schadensersatzansprüche des Mieters gegen Abtretung der Rechte der Vermieterin gegen die Klägerin als Leasinggeberin vereinbart. Nach Abschluss der Mietverträge trat die Vermieterin auch ihre Mietzinsansprüche mit Zustimmung des Beklagten als Mieter an die Klägerin ab. Mit der Klage verlangte die Klägerin rückständigen Mietzins sowie Schadensersatz in Höhe der bis zum Ablauf der jeweiligen Verträge geschuldeten abgezinsten Mietzinsraten. Die Beklagte berief sich darauf, dass die Mietverträge nach der Abtretung zwischen ihr und der Vermieterin einvernehmlich aufge-

hoben worden seien. Landgericht und Oberlandesgericht hatten der Klage überwiegend stattgegeben. Der XII. Zivilsenat hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen.⁴²

Weil das Berufungsgericht nicht festgestellt hatte, ob zwischen dem Beklagten und der Vermieterin eine einvernehmliche Vertragsaufhebung vereinbart war, musste der Bundesgerichtshof von einer entsprechenden Vereinbarung der Mietvertragsparteien ausgehen. Er hat aber entschieden, dass diese der Klägerin gegenüber nach den §§ 398, 407 Abs. 1 BGB nicht wirksam ist. Dabei war zu entscheiden, ob es sich bei den künftigen Mietzinsforderungen um betagte oder lediglich befristete Forderungen handelt.

Der Bundesgerichtshof hat darauf hingewiesen, dass die Ansprüche auf künftigen Mietzins in der Regel befristete Mietforderungen sind (§§ 163, 158 Abs. 1 BGB). Die Forderungen entstehen also erst nach der Inanspruchnahme der jeweiligen Gegenleistung, nämlich der Überlassung des Mietobjekts in einem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu Beginn des jeweiligen Mietzeitraums.⁴³ Regelmäßig erfasst die Abtretung deswegen die erst künftig entstehenden Mietzinsen nicht; ab einer Vertragsaufhebung würden für den Zessionar also keine weiteren künftigen Forderungen entstehen.

Die Parteien können allerdings auch Abweichendes vertraglich vereinbaren. Im Leasingrecht geht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei der Leasingrate um betagte Forderungen handelt, weil die Leasingrate nicht nur die Gegenleistung für eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung darstellt, sondern zugleich das Entgelt für die vom Lea-

⁴² BGH Urteil vom 4. November 2009 - XII ZR 170/07 – NZM 2010, 812

⁴³ BGH Urteil vom 5. Dezember 2007 - XII ZR 183/05 - NJW 2008, 1153, 1156

singgeber vorweg erbrachte Finanzierungsleistung beinhaltet.⁴⁴ Im vorliegenden Fall hat der Bundesgerichtshof die künftigen Mietzinsforderungen ebenfalls als betagte Forderungen angesehen, die bereits bei Abschluss der Mietverträge entstanden und nur noch nicht fällig waren. Dabei hat er entscheiden darauf abgestellt, dass der Vertrag von dem gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages erheblich abwich.⁴⁵ Die Gegenleistungspflicht der Mieterin war nach Übergabe der Mietsachen und Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf die Verpflichtung reduziert, die Beklagte nicht im Gebrauch zu stören, ihr also die Kopiergeräte zu belassen. Auch die Gewährleistungspflichten der Vermieterin waren durch Abtretung ihrer Ansprüche gegen den Leasinggeber ersetzt. Deswegen lag es nahe, hier auch für die Gegenleistung des Beklagten als Mieter von bereits entstandenen und lediglich noch nicht fälligen Mietzinsforderungen auszugehen. Deswegen konnten die entstandenen Forderungen durch eine spätere Vertragsaufhebung nicht mehr erlöschen. Die Klage der Zessionarin auf die Mietzinsforderungen bis zur Beendigung des Vertrages hatte deswegen Erfolg.

2. Auskehr eines höheren Untermietzinses

In einem weiteren Verfahren hatte der XII. Zivilsenat über einen Anspruch auf Auskehr eines höheren Untermietzinses und einer Entschädigung für die Auflösung des Untermietvertrages zu befinden. Der Beklagte hatte vom Kläger Gewerberäume für monatlich 1.000 DM gemietet und sie an die Beate Uhse GmbH für monatliche 7.000 DM untervermietet. In einem Vorprozess hatte der XII. Zivilsenat der Räumungsklage des Klägers aus dem Hauptmietvertrag stattgegeben. Nunmehr stritten die Parteien um die Verpflichtung des Be-

⁴⁴ BGHZ 118, 282, 290 = NJW 1992, 2150; BGHZ 111, 84, 95 = NJW 1990, 1785 und BGHZ 109, 368, 372 = NJW 1990, 1113

⁴⁵ BGH Urteil vom 4. November 2009 - XII ZR 170/07 – NZM 2010, 812 Rn. 21

klagen zur Auskehr des höheren Untermietzinses und der Auflösungsentschädigung für die Zeit ab Beendigung des Hauptmietvertrages.⁴⁶

a) Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass sich der Anspruch auf Auskehr der nach Beendigung des Mietvertrages gezogenen Nutzungen bereits aus den §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB ergibt. Ab Rechtshängigkeit des berechtigten Herausgabeanspruchs schuldet der Mieter dem Vermieter auch die Herausgabe von gezogenen Nutzungen. Der Anspruch ist nicht auf den objektiven Mietwert beschränkt, soweit höhere Nutzungen aus der Mietsache gezogen werden. Diese Nutzungen bestehen zum einen in der höheren Untermiete aber auch in der vom Zwischenvermieter erhaltenen Entschädigung für die Auflösung des Untermietvertrages. Denn auch diese wurde nach Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs aus der Mietsache gezogen und beruht nicht auf besonderen persönlichen Fähigkeiten des Hauptmieters.⁴⁷

b) Der XII. Zivilsenat hat weiter ausgeführt, dass dies nicht der Rechtsprechung des Senats widerspricht, wonach der Hauptmieter grundsätzlich eine höhere erzielte Untermiete nicht an den Hauptvermieter herausgeben muss. Solange der Hauptmietvertrag nicht aufgelöst ist und deswegen kein berechtigter Herausgabeanspruch besteht, fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen, so dass der Zwischenvermieter für diese Zeit die höhere Untermiete behalten darf.⁴⁸ Der Anspruch auf Herausgabe der durch eine Untervermietung gezogenen (höheren) Nutzungen setzt hingegen voraus, dass der Hauptmietvertrag beendet ist.

3. Nutzungsentgelt für Garagenflächen

⁴⁶ BGH Urteil vom 12. August 2009 – XII ZR 76/08 – NZM 2009, 701

⁴⁷ BGH Urteil vom 12. August 2009 – XII ZR 76/08 – NZM 2009, 701 Rn. 23 ff.

⁴⁸ BGHZ 131, 297 = NJW 1996, 838

In einem weiteren Verfahren stritten die Parteien um die Erhöhung des Entgelts für die Nutzung einer in den neuen Bundesländern gelegenen Garagefläche. Die Fläche steht im Eigentum der Kläger, die aufstehende Garage nach dem insoweit fortgeltenden Recht der DDR im Eigentum des Beklagten als Nutzer der Baulichkeit. Als Nutzungsentgelt waren ursprünglich 12 Mark vereinbart. Später wurde das Nutzungsentgelt auf 60 DM jährlich erhöht. Nunmehr begehrten die Kläger eine Erhöhung des Nutzungsentgelts für die Zeit ab November 1994 auf 60 DM monatlich. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger hatte nur teilweise Erfolg. Auf die zugelassene Revision hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.⁴⁹

a) Das ortsübliche Entgelt, bis zu dessen Höhe Nutzungsentgelte nach § 5 Abs. 1 Satz 2 NutzEV angehoben werden können, ist in § 3 Abs. 2 NutzEV definiert. Danach sind ortsüblich die Entgelte, die nach dem 2. Oktober 1990 in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für vergleichbar genutzte Grundstücke vereinbart worden sind. Zutreffend hat das Berufungsgericht danach auch die im Eigentum der Stadt T. befindlichen benachbarten Garagen in die Feststellung der Ortsüblichkeit einbezogen. Soweit das Berufungsgericht weitere von den Klägern vermietete Garagen als ein "Ausreißer nach Oben" behandelt und deswegen in die Bemessung des ortsüblichen Nutzungsentgelts nicht einbezogen hat, hielt dies der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Dass die Kläger selbst Vertragspartner dieser weiteren Nutzungsverträge sind, steht einer Berücksichtigung als Vergleichsentgelt nicht entgegen. Dies ist auch im Wohnraummietrecht anerkannt und steht der Bemessung einer Ver-

⁴⁹ BGH Urteil vom 7. Oktober 2009 - XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812

gleichsmiete nicht entgegen.⁵⁰ Soweit die bereits erhöhten Mieten der Kläger als völlig außerhalb des gängigen Preisspektrums behandelt wurden, war dies auf Rechtsfehler zurückzuführen. Denn insoweit sind die Besonderheiten des jeweiligen Marktes zu berücksichtigen. Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs geht es nicht an, die 10 % der deutlich höheren Nutzungsentgelte völlig unberücksichtigt zu lassen, zumal die restlichen 90 % aller Nutzungsverhältnisse ausschließlich auf Nutzungsverträge mit den beiden kommunalen Wohnungsbaugesellschaften basieren. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil deswegen aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.⁵¹

b) Das Berufungsgericht wird bei der Bemessung des ortsüblichen Entgelts als auch die von den Klägern abgeschlossenen Nutzungsverträge zu berücksichtigen haben. Weiter wird es zu beachten haben, welches Leistungsspektrum die verschiedenen Verträge umfasst, ob es sich um Bruttoentgelte handelt und ob die vereinbarten Entgelte zusätzliche Leistungen, wie etwa die eines Platzwartes, beinhalten. Das ortsübliche Entgelt kann auch nicht als arithmetisches Mittel zwischen den von den Klägern durchgesetzten Nutzungsentgelten und den von kommunalen Wohnungsgesellschaften verlangten Nutzungsentgelten ermittelt werden. Denn das ortsübliche Nutzungsentgelt muss sich vor allem an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientieren. Taugliche Vergleichsobjekte sind allerdings nur die Garagenflächen, die mit einer im Eigentum des Nutzers stehenden Garage bebaut sind. Nur wenn keine geeigneten Vergleichsmaßstäbe zur Verfügung stehen, kann der Vergleichsmaßstab gelo-

⁵⁰ BVerfG NJW 1993, 2039 und NJW 1993, 381

⁵¹ BGH Urteil vom 7. Oktober 2009 - XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 Rn. 21 ff.

ckert werden, welches auch zur Einbeziehung von Garagenmietverträgen oder von Mietverträgen über bloße Stellplätze führen kann.⁵²

IX. Nebenkosten

In einem weiteren Verfahren hatte der XII. Zivilsenat über die Abrechnung von Nebenkosten für Gewerberäume zu entscheiden.⁵³

1. Die Rechtsvorgängerin der Kläger vermietete 1993 Gewerberäume zum Betrieb eines Ladenlokals. Nach dem Inhalt des Mietvertrages waren die im Einzelnen aufgeführten Nebenkosten von den Mietern des Gesamtobjekts anteilig zu tragen, u.a. die sonstigen Kosten gemäß § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung und das Verwaltungshonorar. Über die Nebenkosten sollte die Vermieterin einmal jährlich zum Ablauf eines Kalenderjahres abrechnen. Die Nebenkostenabrechnungen wurden in der Folgezeit von wechselnden Hausverwaltungsgesellschaften erstellt und enthielten für die Jahre 1993 bis 2001 keine Kosten für Allgemeinstrom, Wartung der Heizung, Schädlingsbekämpfung und Verwalter. Zum 1. Januar 2001 trat die Beklagte anstelle der früheren Vermieterin in den Vertrag ein. Der Mietvertrag endete zum 15. Februar 2004. Erstmals mit der im September 2004 zugegangenen Nebenkostenabrechnung für die Jahre 2002, 2003 und für die Zeit bis Februar 2004 wurden auch die geschuldeten, in den früheren Abrechnungen aber nicht enthaltenen Kosten anteilig in Rechnung gestellt. Landgericht und Oberlandesgericht haben den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die zugelassene Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg.

2. Der XII. Zivilsenat hat darauf hingewiesen, dass die abgerechneten Nebenkosten im Mietvertrag wirksam vereinbart wurden. Soweit der Mietvertrag

⁵² BGH Urteil vom 7. Oktober 2009 - XII ZR 175/07 – NJW-RR 2010, 812 Rn. 28 ff.

auf die Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung verweist, bleibt diese weiterhin Grundlage für den Umfang der vertraglich vereinbarten Nebenkosten, auch wenn sie zum 31. Dezember 2003 außer Kraft getreten ist. Auch das Verwalterhonorar kann im Rahmen der Geschäftsraummiete wirksam auf den Mieter umgelegt werden.⁵⁴

a) Die Abrechnung der Nebenkosten war auch nicht gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ausgeschlossen. Denn die sich aus dieser Vorschrift ergebende Ausschlussfrist nach Ablauf der Abrechnungsfrist gilt unmittelbar nur für die Wohnraummiete und nicht für die Geschäftsraummiete. § 578 BGB erklärt von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften nur einzelne auf sonstige Mietverhältnisse für anwendbar. § 556 BGB gehört nicht dazu. Auch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf das Gewerberaummietrecht ist ausgeschlossen. Denn Voraussetzung einer Analogie wäre eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz. Mit dem am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetz hat der Gesetzgeber die bis dahin nur für öffentlich geförderten preisgebundenen Wohnraum geltende Ausschlussfrist auch auf sonstige Wohnraummietverhältnisse erstreckt. Eine Ausweitung auf Gewerberäume hat der Gesetzgeber aber nicht vorgenommen, was für eine bewusste Entscheidung spricht.⁵⁵

b) Der Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Nebenkosten war nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs auch nicht durch stillschweigende Änderung des Umfangs der vereinbarten Nebenkosten entfallen.

⁵³ BGH Urteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065

⁵⁴ BGH Urteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 – NJW 2010, 671

⁵⁵ BGH Urteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065 Rn. 17 ff.

Voraussetzung einer solchen konkludenten Vertragsänderung ist ein Verhalten der Vertragspartner, mit dem sie einen entsprechenden Rechtsfolgenwillen zum Ausdruck bringen. Für die Annahme eines auf Abänderung der umlagefähig vereinbarten Nebenkosten gerichteten Willens der Kläger reicht die unterlassene Abrechnung in der Vergangenheit aber nicht aus. Die Beklagte konnte bei Berücksichtigung aller wechselseitigen Interessen allein aus dem Untätigbleiben nicht darauf schließen, dass die Kläger endgültig auch für die Zukunft auf die Erstattung dieser vertraglich vereinbarten Nebenkosten verzichten wollten. Ein Verzicht auf die vereinbarte Erstattung dieser Nebenkosten ohne besonderen Grund wäre nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eher lebensfremd. Ohne Vorliegen weiterer Anhaltspunkte kann deswegen nicht von der fehlenden Abrechnung in der Vergangenheit auf einem Verzicht für die Zukunft geschlossen werden.⁵⁶

Dies widerspricht nach den Ausführungen des XII. Zivilsenats auch nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum umgekehrten Fall, in dem ein Mieter über einen längeren Zeitraum vertraglich nicht geschuldete Nebenkosten bezahlt, die ihm vom Vermieter unberechtigt in Rechnung gestellt wurden. Auch insoweit ist in der jahrelangen vorbehaltlosen Zahlung grundsätzlich keine stillschweigende vertragliche Erweiterung der umlagefähigen Nebenkosten erblickt worden.⁵⁷ Auch insoweit kann nur dann von einer konkludenten Vertragsänderung ausgegangen werden, wenn der Mieter Grund zu der Annahme hatte, der Vermieter erstrebe mit der Abrechnung von nicht umlagefähig vereinbarten Nebenkosten eine Ausweitung der vertraglichen Vereinbarung.⁵⁸ Auch insoweit bedarf es besonderer Umstände, aus denen für den Mieter ein Änderungswille des Vermieters erkennbar ist.

⁵⁶ BGH Urteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065 Rn. 25 ff.

⁵⁷ BGH Beschluss vom 29. Mai 2000 - XII ZR 35/00 - NJW-RR 2000, 1463

c) Die geltend gemachten Nebenkosten waren auch nicht verwirkt. Der Rechtsgedanke der Verwirkung, der auch im Miet- und Pachtrecht gilt, ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Danach ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Die Annahme der Verwirkung setzt somit neben dem Zeitablauf das Vorliegen besonderer ein besonderes Vertrauen des Verpflichteten begründender Umstände voraus.⁵⁹

aa) Dabei stellte sich zunächst die Frage, innerhalb welcher Zeit der Vermieter die Abrechnung hätte vornehmen müssen. Das Gesetz sieht insoweit - anders als in § 556 Abs. 3 BGB für die Wohnungsmiete - für die Geschäftsraummiete keine feste Frist vor. Für den Fall, dass auch der Vertrag keine ausdrückliche Regelung enthält, hat sich der Bundesgerichtshof der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur angeschlossen, wonach auch für die Geschäftsraummiete eine entsprechende Frist gilt und die Abrechnung der Nebenkosten in der Regel spätestens ein Jahr nach Ablauf des Abrechnungszeitraums vorliegen soll.⁶⁰ Dabei hat der XII. Zivilsenat berücksichtigt, dass der Mieter daran interessiert ist, binnen angemessener Frist eine Abrechnung über die Nebenkosten zu erhalten, der Vermieter diese allerdings nicht erstellen kann, bevor ihm sämtliche Abrechnungsunterlagen vorliegen. Auch im Gewerbemietraumrecht ist deswegen regelmäßig bis zum Ablauf von zwölf Monaten nach Ablauf des Abrechnungszeitraums die Erstellung einer Nebenkos-

⁵⁸ BGH Urteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065 Rn. 30

⁵⁹ BGH Urteil vom 19. Oktober 2005 - XII ZR 224/03 - NJW 2006, 219 f.

⁶⁰ BGH Urteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 – NJW 2010, 1065 Rn. 35 ff.

tenabrechnung zumutbar und der Vermieter kann danach vom Mieter darauf in Anspruch genommen werden. Eine Ausschlussfrist ergibt sich daraus - im Unterschied zu Regelung in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB im Wohnraummietrecht – für das Gewerberaummietrecht allerdings nicht (s. o.).

bb) Die Abrechnungen für die Jahre 2003 und 2004 waren danach bei Zugang am 23. September 2004 noch nicht einmal geschuldet und deswegen jedenfalls nicht verwirkt. Für die Abrechnung 2002 fehlte es nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs an zusätzlichen vertrauensbildenden Umständen, die eine Verwirkung begründen könnten. Auch hinsichtlich dieser Nachforderung lagen die Voraussetzungen einer Verwirkung also nicht vor.

X. Gesamtschuldner

In einem weiteren Rechtsstreit hatte der XII. Zivilsenat über den Mietzinsanspruch des Vermieters gegenüber einem Gesamtschuldner zu entscheiden.⁶¹

1. Der Kläger und der Beklagte zu 2 hatten sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) zusammengeschlossen. Als solche schlossen sie mit den Beklagten zu 1 und 2, die ursprünglich in einer Anwaltssozietät verbunden waren, einen Mietvertrag über Büroflächen (§ 421 BGB). Die Beklagten unterzeichneten außerdem eine Vereinbarung, wonach der Mietzins von ihnen jeweils hälftig geschuldet sein sollte. Der Beklagte zu 2 handelte insoweit gleichzeitig für die GbR, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob auch der Kläger Kenntnis von dieser Vereinbarung hatte. Der Beklagte zu 1 zahlte in der Folgezeit regelmäßig die Hälfte der geschuldeten Miete. Der Beklagte zu 2 zahlte nur unregelmäßig und geriet schließlich in Vermögensverfall. Mit der

⁶¹ BGH Urteil vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861

Klage begehrt der Kläger die volle rückständige Miete auch von dem Kläger zu 1. Das Landgericht hat der Klage auch insoweit stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten zu 1 hat das Oberlandesgericht das Urteil abgeändert und der Klage gegen den Kläger zu 1 nur teilweise stattgegeben. Im Hinblick auf eine den Kläger treffende Warn- bzw. Hinweispflicht hat es den gesamtschuldnerischen Haftungsanteil des Beklagten zu 1 um $\frac{1}{4}$ gekürzt. Auf die Revision des Klägers hat der XII. Zivilsenat das Berufungsurteil aufgehoben und das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt.

2. Der Bundesgerichtshof hat zunächst darauf hingewiesen, dass die ursprünglich nach § 421 BGB vereinbarte gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 1 und 2 nicht durch ihre Vereinbarung in eine Teilschuld umgewandelt worden ist.

a) Unstreitig war die GbR an dieser Vereinbarung nicht beteiligt. Weil auch der Kläger Gesamtvertretungsmacht für die GbR hatte, durfte der Beklagte zu 2 die Gesellschaft nicht allein wirksam vertreten. Für den Beklagten zu 2 handelte es sich insoweit auch um ein Insichgeschäft gemäß § 181 BGB, wozu er nach dem Gesellschaftervertrag nicht ermächtigt war. Der Kläger hat der Vereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent zugestimmt. Die faktische Hinnahme des hälftigen Mietzinses von den Beklagten zu 1 und 2 genügt insoweit nicht, weil daraus kein Rechtsbindungswille hervorgeht.

Die Kenntnis des Beklagten zu 2 vom Abschluss der späteren Teilschuldvereinbarung ist der GbR auch nicht zurechenbar. Nach § 166 Abs. 1 BGB kann dem Vertretenen das Wissen seines Vertreters grundsätzlich nur dann zugerechnet werden, wenn letzterer in Vertretungsmacht handelte oder der Vertretene das Handeln des Vertreters im Nachhinein genehmigt hat. Das war hier nicht der Fall. Ob eine Wissenszurechnung auch dann in Betracht

kommt, wenn zu Lasten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur einer von mehreren Gesamtvertretern ohne hinreichende Vertretungsmacht gehandelt hat, konnte hier dahinstehen. Denn bei der Prüfung einer konkludenten Genehmigung ist nicht auf die Kenntnis der GbR, sondern auf den Kenntnisstand des Klägers in seiner Funktion als gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter abzustellen. Dieser wusste von der Vereinbarung allerdings nichts. Damit blieb es bei der gesamtschuldnerischen Haftung der Beklagten.⁶²

b) Der Bundesgerichtshof hat weiter entschieden, dass der Kläger den gesamten noch ausstehenden Mietzins auch vom Beklagten zu 1 fordern kann und dieser Anspruch nicht zu kürzen ist.

Grundsätzlich kann der Gläubiger gemäß § 421 Satz 1 BGB frei wählen, welchen Gesamtschuldner er in Anspruch nimmt. Nach den für die Gesamtschuld geltenden Grundsätzen trägt der Gesamtschuldner im Außenverhältnis zum Gläubiger das Risiko dafür, dass der andere Gesamtschuldner die ihm im Innenverhältnis obliegenden Leistungen nicht vollständig erbringt. Das ergibt sich aus dem Zusammenspiel der §§ 421 Satz 1, 426 BGB. Auf dieser gesetzlichen Grundlage ist der Gläubiger grundsätzlich dem von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner nicht verpflichtet, auf ausbleibende Zahlungen des anderen Gesamtschuldners aufmerksam zu machen. Das Risiko der nicht vollständigen Zahlung tragen die Gesamtschuldner untereinander.⁶³

Der Wahlfreiheit des Gläubigers sind lediglich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Grenzen gesetzt, nämlich dann, wenn das Vorgehen des Gläubigers gegen einen bestimmten Gesamtschuldner sich als rechtsmissbräuchlich darstellt. Das kann etwa der Fall sein, wenn der Gläubiger durch sein

⁶² BGH Urteil vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861 Rn. 15 ff.

⁶³ BGH Urteil vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861 Rn. 30

Verhalten für einen der Gesamtschuldner ein besonderes Risiko begründet hat. Eine Warn- bzw. Hinweispflicht des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wäre danach allenfalls dann begründet, wenn der Gläubiger dem von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner in treuwidriger Weise den - unzutreffenden - Eindruck vermittelt hätte, der andere Gesamtschuldner habe regelmäßig gezahlt und ihn so davon abgehalten hätte, die erforderlichen Erkundigungen einzuholen, um den anderen Schuldner ggf. noch rechtzeitig in Anspruch nehmen zu können.⁶⁴

Nach diesen Grundsätzen war dem Kläger kein treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen, so dass er die gesamte Restmiete auch von dem Beklagten zu 1 als Gesamtschuldner verlangen kann. Der Beklagte zu 1 kann sich weder auf § 242 BGB noch auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Kläger berufen.

XI. Verjährung

Schließlich hatte der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einer weiteren Entscheidung über die Verjährung von Ersatzansprüchen wegen unzureichender Räumung eines Mietgrundstücks zu entscheiden.⁶⁵

Die Mieterin und Beklagte hatte die genutzte Fläche über die aus dem Mietvertrag ersichtliche Fläche hinaus eigenmächtig ausgeweitet. In einem anschließenden Vergleich hatte sie sich zur Räumung der gesamten genutzten Fläche verpflichtet. Nach Ablauf der dafür vereinbarten Frist verlangte die Vermieterin unter Hinweis auf vorhandene Altlasten Schadensersatz wegen unzureichender Räumung.

⁶⁴ BGH Urteil vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861 Rn. 31 f.

⁶⁵ BGH Urteil vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08 – NJW 2010, 2652

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass für den Schadensersatzanspruch bezüglich aller genutzten Flächen die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB (sechs Monate nach Rückgabe der Mietsache) gilt.⁶⁶ Die Ausdehnung des Vergleichs auch auf Rückgabe der vertragswidrig genutzten weiteren Flächen begründe keine über die mietvertragliche Pflicht hinausgehende selbständige Räumungsvereinbarung. Da die Klägerin Schadensersatz wegen Verschlechterung des Mietgrundstücks infolge einer Kontaminierung begehre, sei auf ihren gesamten Anspruch die kurze vertragliche Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB anwendbar.⁶⁷

⁶⁶ Zur kurzen Verjährung vgl. auch BGH Urteil vom 22. Februar 2006 – XII ZR 48/03 – NJW 2006, 1963

⁶⁷ BGH Urteil vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08 – NJW 2010, 2652 Rn. 17 f.