

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gewer- beraummietrecht

RiBGH Dr. Peter Günter

I. Einleitung

Wie auch in den Jahren davor ist der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seit den Weimarer Immobilienrechtstagen 2014 mit einer Vielzahl von Rechtsmitteln im Gewerberaummietrecht befasst gewesen. Neben Fragen zur Einhaltung der Schriftform bei langfristigen Mietverträgen beschäftigten den Bundesgerichtshof vor allem Probleme des Sachmängelrechts und des Vermieterpfandrechts. Dabei konnten auch im vergangenen Jahr rechtsgrundsätzliche Fragen beantwortet werden, die bislang in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten waren.

II. Schriftform, § 550 BGB

1. Einhaltung des Schriftformerfordernisses bei mündlicher bzw. konkludenter Bestätigung eines Vertragsinhalts entsprechend einem mieterseits unterzeichneten Vertragsentwurf

Am 17. Juni 2015 hatte der XII. Zivilsenat über die Frage zu entscheiden, ob die für langfristige Mietverträge einzuhaltende Schriftform des § 550 BGB auch dann gewahrt ist, wenn ein Mietvertrag zwar nur konkludent abgeschlossen worden ist, aber eine von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde vorliegt¹. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte mietete im Jahre 2000 Büroräume im 4. Obergeschoss des Anwesens F-Straße in D. Eigentümer des Grundstücks waren zu diesem Zeitpunkt je zur Hälfte G. und eine Erbengemeinschaft nach seiner verstorbenen Ehefrau. Der Beklagte übersandte einen auf den 10. November 2000 datierenden und von ihm unterzeichneten Mietvertragsentwurf an G., in dem

¹ BGH Urteil vom 17. Juni 2015 - XII ZR 98/13 – NJW 2015, 2648.

dieser als alleiniger Vermieter bezeichnet war. Der Vertragsentwurf sah eine zunächst auf fünf Jahre befristete Mietdauer vor. Nach einer ebenfalls vom Beklagten unterschriebenen Anlage zum Mietvertrag sollte der Mieter das Recht haben, mehrmals eine Option von jeweils maximal fünf Jahren zur Fortsetzung des Mietverhältnisses auszuüben. Eine in dem Vertragsentwurf zunächst vorgesehene Regelung zur Mietanpassung hatte der Beklagte gestrichen. G. unterzeichnete die Vertragsurkunde und die beigelegte Anlage jeweils ohne Vertretungszusatz und ergänzte seinerseits die Vertragsurkunde um eine weitere Anlage, die eine Mietanpassungsklausel enthielt. Da der Beklagte die Mietanpassungsklausel nicht akzeptieren wollte, unterzeichnete er die weitere Anlage nicht. In der Folgezeit wurde das Mietverhältnis mit dem vom Beklagten eingefügten Optionsrecht, aber ohne die von G. gewünschte Regelung zur Mietanpassung durchgeführt.

Mit notariellem Vertrag vom 21. September 2006 veräußerten die Eigentümer das Grundstück an die Klägerin. Zu diesem Zeitpunkt war in dem Objekt nur die vierte Etage - und zwar an den Beklagten - vermietet. In dem Kaufvertrag war hierzu folgendes geregelt:

"Das bezüglich des Büros im 4. Obergeschoss bestehende Mietverhältnis wird vom Käufer übernommen. Der Verkäufer tritt mit Wirkung ab Besitzübergang alle Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietvertrag, einschließlich der Zahlung des Mietzinses, an den dies annehmenden Käufer ab."

Die Klägerin wurde am 25. Januar 2007 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2006 teilte sie dem Beklagten mit, dass sie das Mietverhältnis mit ihm übernommen habe.

Die in dem Mietvertrag enthaltene Verlängerungsoption wurde vom Beklagten mehrfach - auch noch gegenüber der Klägerin - ausgeübt.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2011 erklärte die Klägerin unter Berufung auf einen Schriftformmangel die Kündigung des Mietvertrags zum 30. Juni 2012, hilfsweise zum 31. Dezember 2012.

Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin von dem Beklagten Räumung und Herausgabe der Mieträume. Der Beklagte, der 2011 die Miete lediglich unter

dem Vorbehalt der Minderung wegen Lärmbelästigungen aufgrund von im 5. Obergeschoss durchgeführten Bauarbeiten bezahlt hat, beehrte widerklagend Rückzahlung eines Teils der an die Klägerin gezahlten Miete.

Das Landgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgte, hatte Erfolg.

Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Mietvertrag genüge nicht der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB und könne daher von der Klägerin ordentlich gekündigt werden. Dem ist der XII. Zivilsenat nicht gefolgt.

Zwar war das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen des § 126 Abs. 2 BGB für das Zustandekommen eines Vertrags, der einer gesetzlich vorgesehenen Schriftform genügen muss, nicht erfüllt wären. Ein Vertrag unter Abwesenden, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, kommt grundsätzlich nur dann rechtswirksam zustande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugegangen sind.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagen diese Voraussetzungen hier nicht vor. Denn G. als Vermieter hatte das ihm vom Beklagten durch die Übersendung des unterzeichneten Vertragsentwurfs übersandte Angebot auf Abschluss eines Mietvertrags nicht angenommen, sondern um eine Preisanpassungsklausel ergänzt an diesen zurückgesandt. Damit hatte er gemäß § 150 Abs. 2 BGB ein neues Angebot abgegeben. Dieses hatte der Beklagte wiederum nicht angenommen, weil er den Nachtrag, der die Preisanpassungsklausel enthielt, nicht unterzeichnet hatte. Auch eine solche Annahme unter Einschränkungen gilt nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Antrag. Ein Vertragsschluss, der den sich aus § 126 Abs. 2 BGB ergebenden Anforderungen an die Schriftform genügt, lag daher nicht vor. Der Mietvertrag war vielmehr nur mündlich oder konkludent durch den Vollzug des Mietverhältnisses zustande gekommen.

Da der XII. Zivilsenat bereits für den ähnlich gelagerten Fall der verspäteten Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Mietvertrags für die Einhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB entschieden hatte, dass die Einhaltung der bloßen Schriftlichkeit der Erklärungen (äußere Form) zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ausreicht², sah er auch in diesem Fall das Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB für Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr als erfüllt an³. Ein Mietvertrag genügt danach auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen nur mündlich oder konkludent abgeschlossen worden ist. Die Auslegung von § 550 BGB führt unter Berücksichtigung seines primären Schutzzwecks, den Erwerbers vom Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten, und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht voraussetzt, dass der Vertrag durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen zustande gekommen ist⁴. Dieser Schutzzweck wird auch durch eine nur der äußeren Form genügende Mietvertragsurkunde erfüllt, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des später konkludent abgeschlossenen Vertrages enthalten sind. Eine solche Urkunde informiert den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrages, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist und noch besteht, eintritt. Auch die zusätzlich mit der Schriftform des § 550 BGB verfolgten Zwecke, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen⁵, werden durch die bloße Einhaltung der äußeren Form gewahrt⁶.

Im vorliegenden Fall entsprach die von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde vom 10. November 2000 in vollem Umfang den Bedingungen des von den Parteien später mündlich oder jedenfalls konkludent durch Invollzugsetzung des Mietverhältnisses abgeschlossenen Miet-

² BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 - NJW 2010, 1518 ff.

³ BGH Urteil vom 17. Juni 2015 - XII ZR 98/13 – NJW 2015, 2648 Rn. 32 ff.

⁴ BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 - NJW 2010, 1518 Rn. 24.

⁵ Vgl. BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 17 mwN.

⁶ BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 - NJW 2010, 1518 Rn. 27.

vertrags. Ein Erwerber des Grundstücks könnte aus der Vertragsurkunde alle für ihn notwendigen Informationen über das Mietverhältnis entnehmen. Die für die Einhaltung des Schriftformerfordernisses genügende "äußere Form" des Mietvertrags ist war daher gewahrt.

Ein Mangel der Schriftform ergab sich auch nicht daraus, dass die Mietvertragsurkunde allein von G. unterzeichnet worden war.

Zwar ist es für die Einhaltung der Schriftform erforderlich, dass alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen⁷. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter den Mietvertrag, muss dies aus der Urkunde hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen⁸. Dies gilt aber nur, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen⁹.

Da im vorliegenden Fall das Landgericht den Mietvertrag rechtsfehlerfrei dahingehend ausgelegt hatte, dass der Vertrag von G. nicht als Vertreter der Miteigentümergeinschaft, sondern in eigenem Namen abgeschlossen worden ist, war nach dem äußeren Anschein der Vertragsurkunde ein Vertretungszusatz neben der Unterschriftsleistung von G. nicht erforderlich.

Schließlich sah der Senat auch keinen Verstoß gegen das Schriftformerfordernis im Hinblick auf die in § 24 Ziffer 9 des Mietvertrags enthaltene Regelung, mit der dem Mieter das Recht eingeräumt wurde, mehrmals eine Option von jeweils maximal fünf Jahren zur Fortsetzung des Mietverhältnisses auszuüben. Die Revision hielt diese Regelung für zu unbestimmt, weil dem Adverb "mehrmals" nicht entnommen werden könne, wie oft der Mieter das Optionsrecht ausüben könne.

Da die Vertragsparteien mit der in der Vertragsurkunde enthaltenen Optionsregelung all das, was sie zur zeitlichen Befristung des Mietverhältnisses vereinbart haben, vollständig und richtig niedergelegt haben, war dem

⁷ BGHZ 176, 301, 307 = NJW 2008, 2178 Rn. 24.

⁸ BGH Urteil vom 22. April 2015 - XII ZR 55/14 - NJW 2015, 2034 Rn. 14 ff., 24.

⁹ Vgl. BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rn. 14 und BGH Urteil vom 16. Juli 2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053, 3054.

Schriftformerfordernis Genüge getan¹⁰. Für einen möglichen Erwerber des Mietobjekts ist ersichtlich, dass dem Mieter das Recht eingeräumt ist, das Mietverhältnis durch einseitige Erklärung mehrfach zu verlängern. Der Erwerber weiß daher, dass das Mietverhältnis möglicherweise nicht bereits nach der zunächst vereinbarten Laufzeit von fünf Jahren enden wird, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, über den er sich noch auf andere Weise Gewissheit verschaffen muss und regelmäßig auch kann¹¹. Die hinreichende Bestimmbarkeit der Mietzeit i.S.v. § 550 Satz 1 BGB wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich der Regelung wegen der Verwendung des Begriffs "mehrfach" nur durch Auslegung entnehmen lässt, wie oft der Mieter von dem Optionsrecht Gebrauch machen kann. Aufgrund der Vorschrift des § 544 Satz 1 BGB, die auch auf Verträge anwendbar ist, bei denen eine Verlängerung der Mietzeit auf über 30 Jahre durch vertraglich vereinbarte Optionsrechte erzwungen werden kann¹², weiß der Erwerber jedenfalls, dass er das Mietverhältnis nach Ablauf von 30 Jahren durch eine außerordentliche Kündigung mit der gesetzlichen Frist beenden kann. Dem von § 550 Satz 1 BGB bezweckten Schutz des Grundstückserwerbers ist damit ausreichend Genüge getan.

2. Einhaltung des Schriftformerfordernisses bei Unterzeichnung durch ein Vorstandsmitglied der mietenden Aktiengesellschaft

Im April 2015 musste sich der XII. Zivilsenat ein weiteres Mal mit der Frage befassen, welche Unterschriften eine Mietvertragsurkunde ausweisen muss, um dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB zu genügen, wenn eine Personenmehrheit oder eine juristische Person an dem Mietvertrag beteiligt ist¹³. Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde:

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 18. Januar 1999 vermietete der Rechtsvorgänger der Klägerin Gewerberäume für zehn Jahre, beginnend mit dem 1. Dezember 1998, an die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die C. K. AG.

¹⁰ BGH Urteil vom 17. Juni 2015 - XII ZR 98/13 – NJW 2015, 2648 Rn. 43.

¹¹ Vgl. BGH Urteil vom 24. Juli 2013 - XII ZR 104/12 - NJW 2013, 3361 Rn. 26.

¹² Vgl. Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 11. Aufl. § 544 BGB Rn. 12; Bub/Treier/Grapentin Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. Kap. IV Rn. 442.

¹³ BGH Urteil vom 22. April 2015 – XII ZR 55/14 - NZM 2015, 490.

Der Mietvertrag, dessen Rubrum keine Angaben über die Vertretung der Aktiengesellschaft enthielt, wurde für die Mieterin von dessen Vorstand K. N. und dem Prokuristen K. W. unterzeichnet. Mit Nachtrag vom 15. März 2004 wurde der Mieterin das Recht eingeräumt, das Mietverhältnis nach Ablauf der Festmietzeit um fünf Jahre zu verlängern. Die Option sollte "stillschweigend in Kraft treten, wenn der Mieter spätestens 12 Monate vor Ablauf der Mietzeit keine gegenteilige schriftliche Erklärung abgibt". Im Rubrum dieses Nachtrags war die C. K. AG, vertreten durch den Vorstand K. N. und M. T., aufgeführt. Unterzeichnet wurde der Nachtrag durch K. N. und "i.V. M. E."

Mit weiterem Nachtrag vom 9. März 2007 wurde zugunsten der Mieterin ein Optionsrecht für weitere fünf Jahre vereinbart, das - wie in dem vorausgegangenen Nachtrag geregelt - stillschweigend ausgeübt werden konnte. Im Rubrum des Nachtrags vom 9. März 2007 war die C. K. AG, vertreten durch den Vorstand, genannt. Unterzeichnet wurde der Nachtrag für die Mieterin durch K. N. Nach einem letzten, nach dem Tod des früheren Vermieters zustande gekommenen Nachtrag vom 2. Dezember 2010 wurde der Mietvertrag ab dem 29. August 2009 unverändert durch die Erbengemeinschaft nach dem früheren Vermieter und die C. K. GmbH, die Rechtsnachfolgerin der C. K. AG, fortgesetzt.

Die Klägerin hatte das Mietverhältnis ordentlich gekündigt und die Auffassung vertreten, der Mietvertrag sowie die Nachträge wahren nicht die Schriftform, weshalb ihr das Recht zur ordentlichen Kündigung zustehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden. Die Revision der Klägerin, mit der sie ihr Klagebegehren weiterverfolgte, blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Der Senat hielt die für die wirksame Vereinbarung einer Laufzeit von mehr als einem Jahr erforderliche schriftliche Form (§ 550 i.V.m. § 578 Abs. 1 BGB) im Hinblick auf die geleisteten Unterschriften unter dem Ursprungsvertrag und den beiden Nachträgen für gewahrt.

Der Ursprungsvertrag war aufseiten der Mieterin von dem Vorstandsmitglied K. N. und einem Prokuristen unterschrieben. Dies genügte, um das Schriftformerfordernis zu erfüllen. Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit

nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für die und in Vertretung der anderen genannten Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrags so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien diesen unterschrieben haben¹⁴.

Handelt es sich bei einer Mietvertragspartei dagegen nicht um eine Personenmehrheit, sondern um eine Kapitalgesellschaft, die von mehreren Personen vertreten wird, kann der Eindruck, die Urkunde sei in Bezug auf die Unterschriften noch unvollständig, nicht entstehen, wenn ein Mitglied des Vorstands und ein Prokurist unterzeichnet haben. Ein Rechtsnachfolger, dessen Schutz die Schriftform in erster Linie dient, kann in diesem Fall erkennen, dass die Unterzeichnung für alle Vorstandsmitglieder erfolgt ist¹⁵). Denn nach § 78 Abs. 3 AktG kann die Satzung der Gesellschaft unter anderem bestimmen, dass einzelne Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Deshalb genügt die Unterzeichnung durch ein Vorstandsmitglied und einen - wie hier - mit dem Zusatz "ppa" unterschreibenden Prokuristen dem Schriftformerfordernis.

Auch der erste Nachtrag vom 15. März 2004 wahrte die Schriftform. Die Nachtragsurkunde hatte auf den ursprünglichen Vertrag ausreichend Bezug genommen und zum Ausdruck gebracht, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei dem verbleiben, was früher formgültig niedergelegt worden sei¹⁶. Unterzeichnet wurde der Nachtrag wiederum von dem Vorstandsmitglied K. N. und einem Vertreter. Damit kann insofern nicht der Eindruck eintreten, die Urkunde sei im Hinblick auf die geleisteten Unterschriften unvollständig.

¹⁴ BGH Urteil vom 22. April 2015 – XII ZR 55/14 - NZM 2015, 490 Rn. 16.

¹⁵ BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rn. 13 ff.; BGH Urteil vom 22. April 2015 – XII ZR 55/14 - NZM 2015, 490 Rn. 17.

¹⁶ Vgl. hierzu BGH Urteil vom 23. Februar 2000 - XII ZR 251/97 - NJW-RR 2000, 744, 745 mwN)

Auch in dem zweiten Nachtrag vom 9. März 2007 wurde in ausreichender Weise auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen. Die Revision machte allerdings geltend, die Schriftform sei nicht gewahrt, weil dieser Nachtrag nur von dem Vorstandsmitglied K. N. unterzeichnet worden sei, obwohl die Aktiengesellschaft ausweislich des Handelsregisters nur von zwei Vorstandsmitgliedern oder einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen habe vertreten werden können, und ein Vertretungszusatz fehle. Dem ist der Senat nicht gefolgt. Für Fälle, in denen die Vertretungsregelung der Aktiengesellschaft im Rubrum des Mietvertrages angegeben ist, hat der Senat zwar entschieden, dass sich der ohne Vertretungszusatz geleisteten einzelnen Unterschrift nicht entnehmen lasse, ob die übrigen Vorstandsmitglieder noch unterzeichnen müssten; deshalb könne der Eindruck entstehen, es bedürfe zur Wirksamkeit der Vereinbarung einer weiteren Unterschrift. Bei einer solchen Gestaltung folgen die Zweifel an der Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unmittelbar aus der Urkunde selbst¹⁷.

Im vorliegenden Fall enthielt das Rubrum des Mietvertrags jedoch keine Angaben zur Vertretungsregelung der Aktiengesellschaft. Im Rubrum des Nachtrags vom 9. März 2007 hieß es hierzu lediglich "C. K. AG, vertreten durch den Vorstand". Unter solchen Umständen können Zweifel daran, ob das unterzeichnende Vorstandsmitglied nur für sich oder auch für weitere Vorstandsmitglieder unterschreiben will, nicht auftreten. Gemäß § 76 Abs. 2 AktG kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus einer oder mehreren Personen bestehen. Selbst wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, kann die Satzung einer Aktiengesellschaft nach § 78 Abs. 3 AktG bestimmen, dass einzelne Vorstandsmitglieder allein zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. In einem solchen Fall steht der Wahrung der Schriftform das Fehlen eines Vertretungszusatzes nicht entgegen. Denn da K. N. nicht selbst Vertragspartei war, kann seine Unterschrift auf der mit Mieter gekennzeichneten Unterschriftszeile nur bedeuten, dass er die im Rubrum

¹⁷ Vgl. BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 Rn. 2, 18 ff.

des Vertrags als Mieterin genannte Aktiengesellschaft allein vertreten wollte¹⁸.

In dieser Entscheidung stellt der Senat auch nochmal klar, dass für die Beurteilung, ob die Urkunde den Eindruck der Unvollständigkeit erwecken kann, nicht auf die aus dem Handelsregister ersichtliche Vertretungsregelung abzustellen, sondern auf die Angaben im Mietvertrag bzw. dem betreffenden Nachtrag. Allein aus diesen muss sich eindeutig entnehmen lassen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften zustande gekommen ist oder ob dessen Wirksamkeit so lange hinausgeschoben sein soll, bis weitere Unterschriften geleistet werden¹⁹. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des Senats mithin auf die äußere Form der Vertragsurkunde abzustellen²⁰. Danach würde auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht der Einhaltung der Schriftform nicht entgegenstehen. Ob der Vertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern des Vertragsschlusses. Denn § 550 BGB will den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob ein wirksamer Vertrag besteht²¹. Das Handelsregister gibt demgegenüber Auskunft über die tatsächlichen Vertretungsverhältnisse, auf die es für die Wahrung der Schriftform nicht ankommt.

Danach ist die Klage zu Recht abgewiesen worden, weil der Klägerin kein Recht zur ordentlichen Kündigung des zeitlich befristeten Mietvertrags zustand.

¹⁸ BGH Urteil vom 22. April 2015 – XII ZR 55/14 - NZM 2015, 490 Rn. 22; vgl. auch BGH Urteile vom 6. April 2005 - XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225 Rn. 39 und vom 19. September 2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346 Rn. 9 ff. - jeweils für eine GmbH - und BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 27 f. .

¹⁹ BGH Urteil vom 22. April 2015 – XII ZR 55/14 - NZM 2015, 490 Rn. 24 mwN.

²⁰ BGH Urteile vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 - NJW 2013, 1082 Rn. 14 und vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 - NJW 2010, 1518 Rn. 22 ff. mwN.

²¹ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 29 mwN.

III. Miete und Nebenkosten

1. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Vermieters

Der nachfolgend zu besprechende Beschluss betrifft die Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde, in der der Senat von der Möglichkeit des § 544 Abs. 7 ZPO Gebrauch gemacht hat²². Nach dieser Vorschrift kann das Revisionsgericht der Nichtzulassungsbeschwerde stattgeben und gleichzeitig das angefochtene Urteil aufheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen, wenn dieses den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

Die Klägerin hatte Mietrückstände von zuletzt noch 61.238,84 € für insgesamt drei von der Beklagten genutzte Gewerbehallen geltend gemacht. Die Beklagte hatte vereinbarte Mietfreiheit bezüglich der Halle I und des Vogelraums, vorhandene Mängel, unberücksichtigte Barzahlungen, fristgerechte Räumung der Halle III, Aufrechnung mit einer Überzahlung von "ca. 18.000 €" und Hilfsaufrechnung aus einem behaupteten (früher entstandenen) Kautionsguthaben von 18.965,40 € zuzüglich Zinsen eingewendet sowie die Verjährungseinrede erhoben. Widerklagend hat die Beklagte die Herausgabe eines ihr gehörenden, von der Klägerin bei der Räumung als Vermieterpfand einbehaltenen Gabelstaplers verlangt.

Das Landgericht hatte - unter Zurückweisung der weitergehenden Klagansprüche - die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 24.707,86 € nebst Zinsen zu zahlen, und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, den Gabelstapler Zug um Zug gegen Zahlung derselben Summe an die Beklagte herauszugeben. Dabei hatte es einige bestrittene Zahlungen als erwiesen erachtet, ein entgeltpflichtiges Mietverhältnis zur ortsüblichen Miete auch bezüglich Halle I angenommen, den Vogelraum als mitvermietet angesehen und ist von einer fristgerechten Rückgabe der Halle III Ende September 2009 ausgegangen. Die Aufrechnung in Höhe von "ca. 18.000 €" hatte es als zu unbestimmt und die Aufrechnungsforderung als beweisfällig erklärt, jedoch eine Aufrechnung mit Überzahlungen aus Januar bis Juni 2007 in Höhe von

²² BGH Beschluss vom 18. Februar 2015 – XII ZR 85/14 - ZMR 2015, 379.

3.669,41 € sowie aus einem (nur) in Höhe von 330,26 € noch vorhandenen Kautionsguthaben anerkannt.

Das Oberlandesgericht hatte die Berufung der Beklagten durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, wobei es hinsichtlich der Miethöhe für die Halle I von einem Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin gemäß § 315 BGB ausgegangen ist und hinsichtlich der Aufrechnung mit dem Kautionsguthaben auf ein vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot abgestellt hat. Hiergegen wendete sich die Beklagte mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte Erfolg und führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur teilweisen Aufhebung des angegriffenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Denn das Oberlandesgericht hatte den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) dadurch verletzt hat, dass es bei der Beurteilung der Frage, ob die Parteien ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Nutzungsverhältnis über die Halle I mündlich vereinbart haben, entscheidungserheblichen Vortrag der Beklagten und dafür angetretenen Zeugenbeweis in rechtsfehlerhafter Weise nicht berücksichtigt hatte²³.

Für das weitere Verfahren wies der Senat darauf hin, dass auch die vom Oberlandesgericht zugrunde gelegte Annahme, die Klägerin habe die Miethöhe gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen bestimmen dürfen, auf keiner tragfähigen Grundlage beruhe. Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen hatte die Klägerin einen Mietbetrag von 882,94 € zuzüglich Umsatzsteuer als fest vereinbart behauptet, ist damit jedoch beweisfällig geblieben. Daraus folgt kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin, sondern geschuldet wäre dann die angemessene oder ortsübliche Miete²⁴.

²³ BGH Beschluss vom 18. Februar 2015 – XII ZR 85/14 - ZMR 2015, 379 Rn. 6.

²⁴ BGH Beschluss vom 18. Februar 2015 – XII ZR 85/14 - ZMR 2015, 379 Rn. 8; vgl. auch BGH Urteil vom 2. Oktober 1991 - XII ZR 88/90 - NJW-RR 1992, 517 mwN.

2. Verwaltungskosten: Darlegungslast des Mieters bei behauptetem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Auswahl und Beauftragung eines Verwalters

Es entspricht mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass in einem gewerblichen Mietverhältnis die Kosten der Verwaltung zu den umlagefähigen Betriebskosten zählen. Entsprechende Regelungen sind auch in Formularymietverträgen wirksam. Sie sind weder überraschend i.S.v. § 305c BGB noch verstoßen sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und benachteiligen den gewerblichen Mieter auch nicht unangemessen²⁵. Gegen die Umlegung überhöhter oder nicht erforderlicher Kosten ist der Mieter durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt. Dieses bezeichnet die auf Treu und Glauben beruhende vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, den Mieter nur mit Nebenkosten zu belasten, die erforderlich und angemessen sind²⁶. Nur solche Kosten darf der Vermieter in Ansatz bringen. Für die Wohnraummiete ist diese Verpflichtung in § 556 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 BGB niedergelegt. Sie gilt gemäß § 242 BGB auch für die Geschäftsraummiete. Auch der Vermieter von Geschäftsräumen darf daher nach Treu und Glauben nur solche Kosten auf den Mieter umlegen, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen²⁷. Beanstandet ein Mieter die auf ihn umgelegten Verwaltungskosten als überhöht, stellt sich die Frage, wer für den damit behaupteten Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot die Darlegungs- und Beweislast trägt. Zu dieser Frage konnte der XII. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2014²⁸ Stellung nehmen, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die Beklagte mietete vom Rechtsvorgänger der Klägerin im Jahr 1997 Flächen zum Betrieb eines Getränkeshops in einem SB-Markt. Mit der Klage verlangte die Klägerin aufgrund von Abrechnungen für die Jahre 2002 bis 2004 Nachzahlungen auf die Nebenkosten, von denen in der Revision noch die Verwaltungskosten von jährlich (brutto) 1.299,54 € im Streit standen. Der

²⁵ Vgl. nur BGH Urteil vom 10. September 2014 – XII ZR 56/11 – NJW 2014, 830 Rn. 11 mwN.

²⁶ Vgl. BGH Urteil vom 28. November 2007 - VIII ZR 243/06 - NJW 2008, 440 Rn. 14.

²⁷ BGH Urteil vom 13. Oktober 2010 - XII ZR 129/09 - NJW 2010, 3647 Rn. 17 f. mwN.

²⁸ BGH Urteil vom 17. Dezember 2014 – XII ZR 170/13 - NZM 2015, 132.

Mietvertrag enthielt die formularmäßig vereinbarte Verpflichtung des Mieters zur Übernahme von Nebenkosten, bei denen unter den "Kosten des Betriebes" unter anderem "Verwaltungskosten" aufgeführt waren.

Das Landgericht hatte die Klage hinsichtlich der Verwaltungskosten von insgesamt 3.898,62 € abgewiesen. Ein erstes Urteil des Oberlandesgerichts, mit welchem es in Bezug auf die Verwaltungskosten die Berufung zurückgewiesen hatte, hatte der Senat durch Urteil vom 24. Februar 2010²⁹ aufgehoben. Nach Zurückverweisung der Sache hatte das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung der Verwaltungskosten in voller Höhe verurteilt. Die zugelassene Revision der Beklagten, die insoweit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebte, hatte keinen Erfolg.

Dass die abgerechneten Kosten dem vertraglichen Begriff der Verwaltungskosten unterfallen und Verwaltungskosten grundsätzlich umlagefähig sind, war zwischen den Parteien nicht mehr streitig. Die Beklagte beanstandete nur noch die Höhe, in der die Verwaltungskosten geltend gemacht wurden.

Veranlasst der Vermieter den Anfall überhöhter Kosten, so verletzt er die aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot folgende vertragliche Nebenpflicht und ist insoweit zur Freihaltung des Mieters verpflichtet³⁰. Den Vermieter trifft dementsprechend die Darlegungs- und Beweislast lediglich dafür, dass die umgelegten Kosten angefallen und von der vertraglichen Vereinbarung abgedeckt sind. Demgegenüber folgt aus der Einordnung des Wirtschaftlichkeitsgebots als vertragliche Nebenpflicht, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB auslöst, dass die Darlegungs- und Beweislast insoweit den Mieter trifft. Grundsätzlich trägt der Vermieter insoweit auch keine sekundäre Darlegungslast, die ihn zur näheren Darlegung der für die Wirtschaftlichkeit erheblichen Tatsachen, etwa eines Preisvergleichs, verpflichten würde. Die Beurteilung der Angemessenheit von Verwaltungskosten, von denen sich der Mieter durch Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen Kenntnis verschaffen kann, ist dem

²⁹ BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NZM 2010, 279.

³⁰ BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 11; vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - GuT 2011, 48 Rn. 19 und vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 14; BGH Urteil vom 28. November 2007 - VIII ZR 243/06 - NJW 2008, 440 Rn. 14.

Mieter ebenso möglich wie dem Vermieter. Für eine sekundäre Darlegungs-
last des Vermieters fehlt somit die Rechtfertigung³¹.

Allerdings darf der Tatrichter die Anforderungen an die dem Mieter oblie-
gende Darlegung der Umstände, die für einen Verstoß gegen das Wirt-
schaftlichkeitsgebot sprechen, nicht überspannen³². Insbesondere dürfen
die Anforderungen an die Darlegung nicht so weit gehen, dass sie das Ge-
richt von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache bereits überzeugen müs-
sen. Auf der anderen Seite genügt es für die Darlegung einer Nebenpflicht-
verletzung des Vermieters noch nicht, wenn der Mieter die Angemessenheit
und Üblichkeit der Kosten nur bestreitet oder lediglich pauschal behauptet,
dass die betreffenden Leistungen zu überhöhten Preisen beschafft worden
seien. Vielmehr ist von ihm die Darlegung zu erwarten, dass gleichwertige
Leistungen nach den örtlichen Gegebenheiten zu einem deutlich geringeren
Preis zu beschaffen gewesen wären. Nur dann kann dem Vermieter, dem
bei der Auswahl seiner Vertragspartner ein Ermessensspielraum zuzuge-
stehen ist, eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden³³.

Die angefochtene Entscheidung wurde diesen Maßstäben gerecht. Insbe-
sondere war revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungs-
gericht hinsichtlich der von der Beklagten benannten - von ihr an anderen
Orten angemieteten - Vergleichsobjekte keinen ausreichenden Vortrag ge-
sehen hatte, weil diese im Hinblick auf Vertragsinhalt, Größe und regionalen
Bezug nicht ohne weiteres vergleichbar seien.

³¹ BGH Urteil vom 17. Dezember 2014 – XII ZR 170/13 - NZM 2015, 132 Rn. 12.

³² Vgl. Milger NZM 2012, 657.

³³ BGH Urteil vom 17. Dezember 2014 – XII ZR 170/13 - NZM 2015, 132 Rn. 13.

IV. Sachmängelrecht

1. Minderung des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung wegen einer nach Vertragsbeendigung eingetretenen Verschlechterung des Mietobjekts

Gibt der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht zurück, schuldet er gemäß § 546a Abs. 1 BGB für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete oder die Miete, die für vergleichbare Sachen ortsüblich ist. Wird die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses mangelhaft, fragt es sich, ob der Mieter weiterhin eine Entschädigung in Höhe der vollen Miete zahlen muss oder ob der Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung einer Minderung zugänglich ist. Mit dieser Frage hat sich der XII. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 27. Mai 2015³⁴ beschäftigt.

Im Mai 2004 vermietete der Kläger dem Beklagten ein Ladenlokal zum Betrieb eines Lebensmittelgeschäfts. Zuletzt war eine monatliche Miete in Höhe von 3.436 € (2.940 € Kaltmiete zuzüglich 496 € Nebenkostenvorauszahlung) vereinbart.

Nachdem der Kläger das Mietverhältnis zum 31. Mai 2010 ordentlich gekündigt hatte, wurde der Beklagte in einem anschließenden Räumungsrechtsstreit im April 2011 rechtskräftig zur Räumung des Mietobjekts verurteilt. Der Beklagte räumte das Ladenlokal zunächst nicht, zahlte jedoch bis Dezember 2011 einen monatlichen Betrag in Höhe der vereinbarten Miete an den Kläger weiter. Danach leistete er keine Zahlungen mehr. Der Beklagte räumte das Mietobjekt Ende April 2012.

Mit seiner Klage machte der Kläger eine nach der vollen vertraglich vereinbarten Miete bemessene Nutzungsentschädigung für die Monate Januar bis März 2012 in einer Gesamthöhe von 10.308 € geltend. Der Beklagte ist der Klage entgegnet und hat behauptet, dass es zwischen September 2011 und April 2012 in den gemieteten Räumen insgesamt fünf - auf mangelhafte Dachentwässerung infolge verstopfter Fallrohre und Dachtraufen

³⁴ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795.

zurückzuführende - Wasserschäden gegeben habe, welche die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache im streitgegenständlichen Zeitraum erheblich gemindert hätten. Zudem seien durch die Wasserschäden Waren im Wert von rund 62.000 € vernichtet worden; mit entsprechenden Schadenersatzansprüchen erkläre er hilfsweise die Aufrechnung.

Das Landgericht hatte der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten hatte das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision, mit der der Beklagte sein Begehren nach Klageabweisung weiterverfolgte, hatte keinen Erfolg.

Die maßgebliche Rechtsfrage hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1960 entschieden und ausgesprochen, dass es für den Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung unerheblich sei, ob sich der Mietwert der vorenthaltenen Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses (weiter) verringert habe. Der Vermieter könne trotz weiterer Verschlechterung der ihm vorenthaltenen Mietsache den letzten Mietzins als "Mindestschaden" weiter fordern³⁵.

Die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat in jüngerer Zeit allerdings auch Kritik aus dem Schrifttum erfahren³⁶. Diese knüpft im rechtlichen Ausgangspunkt vor allem daran an, dass der Bundesgerichtshof den Nutzungsentschädigungsanspruch gemäß § 546 a BGB (früher § 557 BGB a.F.) in den Gründen seiner Entscheidung aus dem Jahr 1960 noch ausdrücklich als "reinen Schadensersatzanspruch" angesehen habe, während er in späterer Zeit von dieser Sichtweise abgerückt sei und den Anspruch auf Nutzungsentschädigung in seiner nunmehr ständigen Rechtsprechung als einen vertraglichen Anspruch eigener Art behandle, der an die Stelle des weggefallenen Anspruches auf Miete getreten sei³⁷.

³⁵ BGH Urteil vom 7. Dezember 1960 - VIII ZR 16/60 - NJW 1961, 916 f.

³⁶ Vgl. MünchKommBGB/Bieber 6. Aufl. § 546 a Rn. 10; Soergel/Heintzmann BGB 13. Aufl. § 546 a Rn. 13; Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 11. Aufl. § 546 a Rn. 69; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard Mietrecht 3. Aufl. § 546 a Rn. 21; Kossmann/Mayer-Abich Handbuch der Wohnraummiete 7. Aufl. § 96 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Zehelein [Stand: Oktober 2014] § 546 a Rn. 66; Derleder WuM 2011, 551, 555).

³⁷ Vgl. BGHZ 68, 307, 310 = NJW 1977, 1335, 1336; BGHZ 90, 145, 151 = NJW 1984, 1527, 1528; BGHZ 104, 285, 290 = NJW 1988, 2665, 2666; BGH Beschluss vom 20. November 2002 - VIII ZB 66/02 - NJW 2003, 1365).

Wenn aber der Anspruch auf Nutzungsentschädigung vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur sei, müsse nach Ansicht der Gegenmeinung auch das Prinzip der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung im Grundsatz erhalten bleiben³⁸. Zwar sei es zutreffend, dass es nach Ende des Mietverhältnisses keine erzwingbare Rechtspflicht des Vermieters zur Beseitigung von nachträglichen Mängeln der vorenthaltenen Mietsache mehr gebe. Für den Vermieter bestehe allerdings eine Obliegenheit, auch nachträglich entstandene Mängel der Mietsache zu beseitigen; dies sei das notwendige Äquivalent zur weiterhin als Entschädigung erhaltenen Miete³⁹. Entscheide sich der Vermieter dafür, die Mängel nicht zu beseitigen und sein Leistungsniveau entsprechend bewusst zu verringern, müsse er konsequenterweise auch die daraus resultierenden Folgen für die Höhe seines Nutzungsentschädigungsanspruches hinnehmen. Alles andere liefe auf eine Bestrafung des Mieters und damit auf eine unzulässige Druckausübung hinaus.

Dieser Auffassung ist der Senat nicht gefolgt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet⁴⁰.

Das Mietverhältnis habe sich nach seiner Beendigung in ein gesetzliches Schuldverhältnis verwandelt, in dem Rechte und Pflichten bestehen, die sich inhaltlich aus dem bisherigen Mietverhältnis ergeben. Da dieses Schuldverhältnis aber vorübergehender Natur und gerade auf Abwicklung angelegt sei, ergäben sich in der Vorenhaltungszeit beträchtliche Einschränkungen gegenüber den früheren mietvertraglichen Rechtsbeziehungen. Mit Beendigung des Mietverhältnisses erlösche insbesondere die Pflicht des Vermieters, die Mietsache gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Der frühere Mieter habe daher im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich keinen Anspruch auf Mangelbeseitigung gegen den Vermieter mehr.

Die Auffassung, dass den Vermieter im Falle einer (weiteren) Verschlechterung der Mietsache während der Vorenhaltungszeit eine Obliegenheit zur Mangelbeseitigung treffe, deren Verletzung eine Minderung der Nutzungs-

³⁸ Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 11. Aufl. § 546 a Rn. 69.

³⁹ Kandelhard in Herrlein/Kandelhard Mietrecht 3. Aufl. § 546 a Rn. 21.

⁴⁰ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 17 ff.

entschädigung entsprechend § 536 Abs. 1 BGB nach sich ziehen müsse, lasse sich mit dem Zweck des § 546 a Abs. 1 BGB nicht vereinbaren.

§ 546 a Abs. 1 BGB solle dem Vermieter einen leicht durchsetzbaren Ersatzanspruch gewähren, der in seiner Höhe weder davon abhängig ist, ob und inwieweit dem Vermieter aus der Vorenthaltung der Mietsache ein wirtschaftlicher Schaden erwachsen ist, noch davon, ob der Mieter aus der vorenthaltenen Mietsache einen dem Wert der von ihm zu entrichtenden Nutzungsentuschädigung entsprechenden Nutzen hat ziehen können⁴¹. Damit stünde es nicht in Einklang, wenn sich der Vermieter in der Vorenthaltungszeit generell mit der Einwendung auseinandersetzen müsste, dass der frühere Mieter wegen einer nachträglichen mangelbedingten Verschlechterung der Mietsache keinen ausreichenden Gegenwert für die von ihm verlangte Nutzungsentuschädigung mehr erhalte.

Der Bundesgerichtshof habe vor diesem Hintergrund auch in späteren Entscheidungen ausdrücklich betont, dass durch die Regelung des § 546 a Abs. 1 BGB (§ 557 BGB a.F.) durchaus zusätzlicher Druck auf den früheren Mieter ausgeübt werden soll, die vertraglich geschuldete Rückgabe der Mietsache zu vollziehen⁴². Insoweit würden gegenläufige Anreize gesetzt werden, wenn es dem Mieter in jedem Fall der (weiteren) Verschlechterung der Mietsache gestattet wäre, sich auf die Minderung der Nutzungsentuschädigung in entsprechender Anwendung mietrechtlicher Gewährleistungsvorschriften berufen zu können. Durch den Ausschluss der Minderung werde dem Anspruch auf Nutzungsentuschädigung kein Sanktionierungs- oder Bestrafungscharakter beigelegt, der mit seiner vertraglichen oder vertragsähnlichen Natur nicht in Einklang zu bringen wäre. Vielmehr sei das schuldrechtliche Verhältnis der Vertragsparteien in der Vorenthaltungszeit nur noch auf Abwicklung und damit auf Rückgabe der Mietsache angelegt, die vom Willen des Mieters abhängig sei. Könne sich der Mieter in der Vorenthaltungszeit auf jede weitere Verschlechterung der Mietsache berufen, um eine Kürzung des Anspruchs auf Nutzungsentuschädigung zu erreichen, würde

⁴¹ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 20 mwN.

⁴² BGHZ 107, 123, 128 = NJW 1989, 1730, 1732; BGH Urteil vom 5. Oktober 2005 - VIII ZR 57/05 - NZM 2006, 52.

ihn dies in seinem Willen zur weiteren - widerrechtlichen - Vorenthaltung der Mietsache nur bestärken und damit gerade den Zweck des schuldrechtlichen Abwicklungsverhältnisses gefährden⁴³.

Der Senat hat in dieser Entscheidung aber auch ausgesprochen, dass im Fall einer nachträglichen Verschlechterung der Mietsache in der Vorenthaltungszeit eine Herabsetzung des Nutzungsentschädigungsanspruchs unter entsprechender Anwendung des mietvertraglichen Gewährleistungsrechts nicht schlechthin ausgeschlossen ist⁴⁴.

Dies kann etwa der Fall sein, wenn durch das Unterlassen von Maßnahmen zur Instandhaltung oder Instandsetzung der Mietsache akute und schwerwiegende Gefahren für Leben, Gesundheit oder hohe Eigentumswerte des Mieters drohen⁴⁵. Als Ausfluss nachvertraglicher Pflichten nach Treu und Glauben kann eine Mangelbeseitigungspflicht des Vermieters daher nur in solchen Konstellationen angenommen werden, in denen die fortgesetzte Vorenthaltung der Mietsache durch den früheren Mieter in einem milderen Licht erscheint. Davon wird jedenfalls dann auszugehen sein, wenn und soweit gesetzliche Regeln - insbesondere die Vollstreckungsschutzvorschriften (§§ 721, 765 a ZPO) - dem Mieter eine Weiterbenutzung der Mietsache gestatten. Es ist aber auch an solche Fälle zu denken, in denen der Mieter - etwa während eines Streits um die Wirksamkeit einer von dem Vermieter ausgesprochenen Kündigung - mit nachvollziehbaren Erwägungen davon ausgehen durfte, weiterhin zum Besitz der Mietsache berechtigt zu sein⁴⁶.

Da den Kläger im hier zu entscheidenden Fall in Bezug auf die hier streitgegenständlichen Mängel keine nachvertragliche Verpflichtung zur Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs traf, kam eine Kürzung der Nutzungsentschädigung in entsprechender Anwendung von § 536 BGB nicht in Betracht.

In dieser Entscheidung hat der Senat auch nochmals betont, dass zur vereinbarten Miete, die gemäß § 546 a BGB als Nutzungsentschädigung zu

⁴³ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 21.

⁴⁴ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 22 ff.

⁴⁵ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 26 mwN.

⁴⁶ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 27.

zahlen ist, neben der Nettokaltmiete auch die Nebenkostenvorauszahlung oder die Nebenkostenpauschale gehört⁴⁷.

V. Wegfall eines Mietminderungsrechts wegen unberechtigter Verweigerung von Mängelbeseitigungsmaßnahmen durch Verhinderung von Erhaltungsmaßnahmen; Ersatzfähigkeit von Aufwendungen des Mieters für Erhaltungsmaßnahmen und eines Umsatzausfalls; Kündigung wegen eines erheblichen Mietrückstands bei Zahlungsverzug mit einer Monatsmiete oder weniger

In der Entscheidung vom 13. Mai 2015⁴⁸ musste sich der XII. Zivilsenat gleich mit mehreren interessanten und umstrittenen Rechtsfragen beschäftigen. Insbesondere war zu klären, ob dem Mieter für die Zeit, in der vom Vermieter notwendige Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchgeführt werden, ein Anspruch auf Ersatz von Umsatzausfall zusteht und welche Konsequenzen sich ergeben, wenn ein Mieter unberechtigt die Durchführung von Mängelbeseitigungsmaßnahmen verhindert.

Mit im April 2003 schriftlich geschlossenem Mietvertrag vermietete die Klägerin an die Beklagten zu 1 und zu 2 (im Folgenden: die Mieter) Gewerberäume zum Betrieb eines Restaurants. Es war eine Vertragslaufzeit bis zum 30. September 2013 vereinbart und den Mietern eine Option zur Vertragsverlängerung bis zum 30. September 2018 eingeräumt. Die monatlich im Voraus bis zum dritten Werktag des jeweiligen Monats zu zahlende Bruttomiete betrug zuletzt 19.453,49 €. Die Mieter vermieteten das Objekt an die Beklagte zu 3 unter, deren geschäftsführender Alleingesellschafter der Beklagte zu 1 ist.

An dem Mietobjekt traten Mängel auf, derentwegen die Mieter ab Juli 2011 die Miete minderten. Mit Schreiben vom 22. Januar 2013 kündigte die Klägerin gegenüber den Mietern die Mängelbeseitigung an und bat um Bestätigung. Diese verweigerten die Mieter jedoch und erklärten, das Mietobjekt für die Sanierungsmaßnahmen nur zur Verfügung zu stellen, wenn vorab die für

⁴⁷ BGH Urteil vom 27. Mai 2015 – XII ZR 66/13 - NJW 2015, 2795 Rn. 32.

⁴⁸ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538.

eine sechswöchige Schließung des Restaurants zu erwartenden "Umsatzausfälle sprich Fixkosten, Gewinnverluste etc. pp. ... geprüft und finanziert bzw. geregelt" seien. Eine solche Regelung unterblieb ebenso wie eine Mangelbeseitigung.

Die Mieter bezahlten ab März 2013 jeweils nur eine um 7.799,55 € geminderte Miete. Am 4. Juli 2013 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung, weil sich die Mieter ihrer Meinung nach zu diesem Zeitpunkt mit mehr als zwei Monatsmieten im Verzug befanden. Die Mieter vertraten demgegenüber die Auffassung, zur Minderung berechtigt zu sein, und beriefen sich auf ein Zurückbehaltungsrecht.

Das Landgericht hatte der von der Klägerin erhobenen Räumungs- und Herausgabeklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hatte die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, während der die Tauglichkeit der Mietsache durch Mängel gemindert ist, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Verhindert er jedoch unberechtigt die Mangelbeseitigung durch den Vermieter, folgt aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB (und hierbei aus dem Verbot des *venire contra factum proprium*), dass der Mieter grundsätzlich wieder die ungeminderte Miete zu entrichten hat⁴⁹. Eine treuwidrige Verhinderung der Mangelbeseitigung durch den Mieter ist etwa dann anzunehmen, wenn er entgegen seiner aus § 555 a Abs. 1 BGB bzw. früher § 554 Abs. 1 BGB folgenden Pflicht, Maßnahmen zur Instandhaltung oder Instandsetzung (Erhaltungsmaßnahmen) zu dulden, Einwirkungen auf die Mietsache nicht zulässt oder ihre Duldung von ungerechtfertigten Forderungen abhängig macht⁵⁰.

Fraglich ist jedoch in diesen Fällen, ab wann der Mieter wieder die ungeminderte Miete schuldet. Nach Auffassung des XII. Zivilsenats kann sich der

⁴⁹ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 17 mwN.

⁵⁰ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 18 mwN.

Mieter erst ab dem Zeitpunkt nicht mehr auf die Minderung berufen, ab dem die Mangelbeseitigung ohne sein verhinderndes Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussichtlich abgeschlossen gewesen wäre und der Vermieter wieder die ungeminderte Miete hätte verlangen dürfen. Denn der Vermieter soll hinsichtlich der geschuldeten Miete nur so gestellt werden, als ob er die Mangelbeseitigung durchgeführt hätte⁵¹.

Im vorliegenden Fall hatten die Mieter treuwidrig die Mangelbeseitigung verhindert, weil sie ihre Bereitschaft, die Mängelbeseitigung zuzulassen, unberechtigt davon abhängig gemacht hatten, dass ihnen der Vermieter Ersatz für die zu erwartenden Umsatzeinbußen leistet. Denn ein solcher Ersatzanspruch stand ihnen nicht zu.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagen die Voraussetzungen des - erst mit Ablauf des 30. April 2013 außer Kraft getretenen und gemäß § 578 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. auch für gewerbliche Mietverhältnisse anwendbaren - § 554 Abs. 1 BGB (jetzt §§ 578 Abs. 2 Satz 1, 555 a Abs. 1 BGB), nach dem der Mieter Maßnahmen zu dulden hatte, die zur Erhaltung (Instandsetzung und Instandhaltung) der Mietsache erforderlich sind, im Februar 2013 vor. Insbesondere hatte die Klägerin ihrer sich seinerzeit aus § 242 BGB ergebenden, jetzt in § 555 a Abs. 2 BGB geregelten Pflicht genügt, die geplante Maßnahme rechtzeitig anzukündigen.

Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus §§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., 554 Abs. 4 BGB (jetzt §§ 578 Abs. 2 Satz 1, 555 a Abs. 3 BGB), wonach der Vermieter Aufwendungen, die der Mieter infolge einer Erhaltungsmaßnahme machen muss, in angemessenem Umfang zu ersetzen und auf Verlangen Vorschuss zu leisten hat. Denn bei der infolge einer Erhaltungsmaßnahme erlittenen Umsatzeinbuße handelt es sich nicht um eine Aufwendung im Sinn von § 554 Abs. 4 BGB bzw. jetzt § 555 a Abs. 3 BGB⁵².

Der von den Mietern als Gegenrecht gegen die Duldung eingewandte Anspruch folgt auch nicht aus § 536 a Abs. 1 Alt. 1 BGB. Die insoweit beste-

⁵¹ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 19.

⁵² BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 24 - 26.

hende Garantiehafung des Vermieters greift nur bei anfänglichen Mängeln ein. Solche lagen nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht vor⁵³.

Allerdings ist streitig, ob der Vermieter auch für Schäden des Mieters infolge der Erhaltungsmaßnahme allein deshalb gemäß § 536 a Abs. 1 Alt. 2 BGB haftet, weil er die Maßnahme veranlasst hat.

Die Streitfrage, die der Bundesgerichtshof bislang ausdrücklich offen gelassen hat⁵⁴, ist vom XII. Zivilsenat nunmehr dahingehend entschieden worden, dass in diesem Fall eine Haftung des Vermieters nicht besteht⁵⁵.

Nach Auffassung des Senats lässt sich § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, der dem Vermieter die Pflicht auferlegt, die Mietsache während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten, nicht entnehmen, dass der Vermieter im Wege einer Garantiehafung immer dann und ohne Hinzutreten weiterer Umstände auf Schadensersatz haftet, wenn er dieser Verpflichtung vorübergehend nicht genügen kann. Vielmehr sieht das Gesetz eine solche Garantiehafung in § 536 a Abs. 1 Alt. 1 BGB für anfängliche Mängel vor, was den Umkehrschluss erlaubt, dass sie ansonsten ausscheidet.

Für ausschlaggebend hielt der Senat vielmehr, dass § 536 a Abs. 1 Alt. 2 BGB ein Vertretenmüssen und damit ein - gegebenenfalls über § 278 BGB zuzurechnendes - Verschulden des Vermieters im Sinn des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt. Der Vorwurf schuldhaften Verhaltens beinhaltet aber ein Werturteil, indem dem Handelnden vorgeworfen wird, er habe vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen. Verschulden setzt daher Rechtswidrigkeit voraus. Unabhängig davon, ob man insoweit auf das Verhaltens- oder das Erfolgsunrecht abstellt, scheidet ein Schuldvorwurf aus, wenn es an einem Rechtsverstoß fehlt.

⁵³ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 27.

⁵⁴ BGHZ 109, 205 = NJW 1990, 453, 454.

⁵⁵ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 32 ff.

So liegt es jedoch, wenn der Vermieter lediglich die Erhaltungsmaßnahme veranlasst. Damit handelt er in Erfüllung seiner ihm aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB erwachsenden Verpflichtung zum Erhalt der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand, mit der die Pflicht des Mieters zur Duldung dieser Erhaltungsmaßnahme in § 555 a Abs. 1 BGB korrespondiert. Sofern die Erfüllung der Erhaltungspflicht eine vorübergehende Einschränkung oder Unterbindung des Gebrauchs der Mietsache durch den Mieter bedingt, führt dies zwar zu der - auf eine willentliche Entscheidung des Vermieters zurückzuführenden - vorübergehenden Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht des Vermieters zur Gewährung des Mietgebrauchs. Dies begründet aber keinen Schuldvorwurf, wenn es - wie hier - gerade notwendige Folge der Erfüllung dieser Pflicht ist⁵⁶.

Den Interessen des Mieters wird durch die - jetzt in § 555 a Abs. 2 BGB geregelte, früher sich aus § 242 BGB ergebende - Pflicht des Vermieters, die Erhaltungsmaßnahme rechtzeitig anzukündigen, Rechnung getragen, so dass sich der Mieter nach Möglichkeit darauf einstellen kann.

Schließlich hat der Senat auch einen Anspruch aus § 536 a Abs. 1 Alt. 3 BGB verneint. Denn § 536 a Abs. 1 BGB knüpft für die Schadensersatzpflicht des Vermieters an das sachliche Vorliegen der dort beschriebenen Mängel oder den Verzug mit der Mangelbeseitigung und einen dadurch verursachten Schaden an. Die Umsatzeinbuße wäre hier jedoch - wie auch die Revision selbst erkennt - nicht Folge der Mängel der Mietsache, hinsichtlich deren Beseitigung die Beklagten einen Verzug der Klägerin behaupten, sondern notwendige Folge der Beseitigung selbst⁵⁷.

Gleichwohl hatte das Berufungsgericht im Streitfall zu Unrecht das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b BGB angenommen. Denn es hatte nämlich die Frage, wie lange die Mangelbeseitigung voraussichtlich gedauert hätte, nicht erörtert und daher auch keinerlei Feststellungen hierzu getroffen. Diese war jedoch entscheidungserheblich. Bereits wenn die Instandsetzungsarbeiten auch nur einen Tag in den März

⁵⁶ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 37 f.

⁵⁷ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 42.

2013 hinein angedauert hätten, wäre nach der von den Mietern geltend gemachten Minderung der für § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b BGB erforderliche Rückstand von mindestens zwei Monatsmieten im Zeitpunkt der Kündigung vom 4. Juli 2013 nicht erreicht gewesen.

Der Senat hat daher geprüft, ob die außerordentliche fristlose Kündigung der Klägerin vom 4. Juli 2013 sich auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB stützen ließ⁵⁸. Aber auch das war nicht der Fall.

Der nicht unerhebliche Rückstand muss dabei, wie sich aus Wortlaut, systematischer Stellung und Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt, bei monatlicher Zahlweise der Miete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultieren; es genügt nicht, dass sich der Rückstand aus Einzelbeiträgen zusammensetzt, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind⁵⁹.

Mangels trichterlicher Feststellung, wie lange die Mangelbeseitigung gedauert hätte, stand im Streitfall jedoch bereits nicht fest, ab wann sich die Mieter nicht mehr auf die Minderung berufen konnten, so dass zumindest fraglich war, ob sie sich im Kündigungszeitpunkt bereits für zwei aufeinander folgende Termine mit der Miete teilweise im Verzug befanden.

Die bisherigen trichterlichen Feststellungen erlaubten auch nicht den rechtlichen Schluss, dass es sich bei den Mietrückständen um einen nicht unerheblichen Teil der Miete im Sinn des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB gehandelt hat.

Die Aufnahme der Erheblichkeitsschwelle in das Gesetz trägt dem von der Rechtsprechung für alle Mietverhältnisse unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelten Grundsatz Rechnung, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht fristlos gekündigt werden kann⁶⁰. Wann von einem

⁵⁸ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 46 ff.

⁵⁹ BGH Urteil vom 23. Juli 2008 - XII ZR 134/06 - NJW 2008, 3210 Rn. 34 ff. mwN auch zur Gegenauffassung; vgl. auch BGH Urteil vom 15. April 1987 - VIII ZR 126/86 - NJW-RR 1987, 903.

⁶⁰ Vgl. BGH Urteil vom 15. April 1987 - VIII ZR 126/86 - NJW-RR 1987, 903, 905.

nicht unerheblichen Teil der Miete im Sinn dieser Bestimmung auszugehen ist, ist lediglich für Wohnraummietverhältnisse in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausdrücklich geregelt. Da es sich hierbei um eine Schutzvorschrift zugunsten des Wohnraummieters handelt, ist nach einhelliger Auffassung ein Mietrückstand von über einer Monatsmiete bei gewerblichen Mietverhältnissen erst recht erheblich⁶¹.

Nach Auffassung des Senats kann jedoch bei Mietverhältnissen, die nicht Wohnraum betreffen, ein Rückstand von einer Monatsmiete oder weniger auch - und nur dann - erheblich sein, wenn besondere Einzelfallumstände hinzutreten. In der Gewerberaummiете werden hierfür neben der Kreditwürdigkeit des Mieters insbesondere die finanzielle Situation des Vermieters und die Auswirkungen des konkreten Zahlungsrückstands auf diese Bedeutung erlangen können⁶².

Nachdem das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - zu solchen besonderen Einzelfallumständen bislang keine Feststellungen getroffen und der Gesamtrückstand lediglich rund 80 % einer Monatsmiete erreicht hatte, konnte der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB vom Senat nicht bejaht werden. Die angefochtene Entscheidung war daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Auswirkungen der vorbehaltlosen Ausübung der Verlängerungsoption durch den Mieter und der einvernehmlichen Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung auf Ansprüche wegen Mängeln der Mietsache (Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84)

Übt ein Mieter eine ihm vertraglich eingeräumte Verlängerungsoption aus, ohne sich seine Rechte wegen vorhandener Mängel vorzubehalten, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Mieter in entsprechender Anwendung des § 536 b BGB

⁶¹ BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 50 mwN.

⁶² BGH Urteil vom 13. Mai 2015 – XII ZR 65/14 - NZM 2015, 538 Rn. 57.

seine Mängelrechte verliert⁶³. Auch der Bundesgerichtshof hat in einer früheren Entscheidung in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. ein Rechteverlust angenommen, wenn der Mieter in Kenntnis von vorhandenen Mängeln eine Verlängerungsoption ausübt, ohne sich seine Rechte vorzubehalten⁶⁴. Mit Urteil vom 5. November 2014 hat der XII. Zivilsenat nunmehr entschieden, dass die vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption nicht gemäß oder entsprechend § 536b BGB dazu, dass der Mieter für die Zukunft mit seinen Rechten aus §§ 536, 536a BGB ausgeschlossen ist⁶⁵. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit Mietvertrag vom 15. Dezember 1988 vermieteten die Beklagten beginnend ab dem 1. April 1989 an den späteren Ehemann der Klägerin zu 1 Räume in einem 1974 erbauten Geschäftshaus zum Betrieb einer Arztpraxis. Das Mietverhältnis war auf zehn Jahre befristet; dem Mieter war die Möglichkeit eingeräumt, die Mietzeit viermal um jeweils fünf Jahre durch schriftliche, spätestens zwölf Monate vor Ende der Mietdauer erfolgende Willenserklärung gegenüber dem Vermieter zu verlängern. Vor dem Mietbeginn waren in Absprache mit dem Mieter abgehängte Decken eingebaut und außerdem mit seinem Wissen und Einverständnis die bereits in den Räumen befindliche raumluftechnische Anlage (im Folgenden: RLT-Anlage) teilweise umgestaltet worden. Ende 1996 traten die beiden Kläger in das Mietverhältnis ein, der ursprüngliche Mieter schied zum 1. März 2003 aus dem Mietverhältnis aus.

Die Mieter übten sowohl die erste Option (bis 31. März 2004) als auch die zweite Option (bis 31. März 2009) zur Verlängerung des Mietvertrags aus, ohne einen Vorbehalt wegen Mietmängeln zu erklären. Im Jahr 2005 einigten sich die Vertragsparteien auf eine Erhöhung der monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen.

Spätestens seit Juni 2006 rügten die Kläger Mängel im Zusammenhang mit den raumklimatischen Bedingungen der Mieträume. Sie zahlten ab August

⁶³ Vgl. die umfangreichen Nachweise in BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 17.

⁶⁴ BGH Urteil vom 13. Juli 1970 – VIII ZR 230/68 – NJW 1970, 1740, 1742.

⁶⁵ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Leitsatz 1.

2006 die Miete nur noch unter Vorbehalt und leiteten im Juli 2006 ein selbständiges Beweisverfahren ein. Auf der Grundlage der dortigen Ergebnisse rügten sie, in den Praxisräumen komme es zu Zuglufterscheinungen wegen undichter Fenster und im Bereich der abgehängten Decken. Die RLT-Anlage sei nur unzureichend leistungsfähig und aus hygienischer Sicht nicht mehr vertretbar, weil sie stark verschmutzt sei sowie keine Revisionsöffnungen und Reinigungsmöglichkeiten aufweise.

Mit Schreiben vom 3. März 2008 übte die Klägerin zu 1 die dritte Option zur Vertragsverlängerung bis 31. März 2014 aus. Der Kläger zu 2 kündigte das ihn betreffende Mietverhältnis mit Schreiben vom 31. März 2008 zum 31. März 2009 und schied zu diesem Zeitpunkt aus dem Mietvertrag aus.

Die Kläger waren der Auffassung, die Bruttomiete von monatlich 5.138,78 € sei seit Juli 2006 um 45 % gemindert. Mit ihrer Anfang 2009 erhobenen Klage hatten sie die Rückzahlung der ihrer Meinung nach überzahlten Miete verlangt, einen Vorschuss in Höhe von 395.463 € für die Beseitigung der Mietmängel begehrt sowie die Feststellung, dass sie bis zur Mängelbeseitigung zur Mietminderung in Höhe von 45 % berechtigt und die Beklagten verpflichtet seien, ihnen sämtliche durch die Mängelbeseitigung entstehenden Schäden, insbesondere Verdienstaufschlag, zu ersetzen. In der Berufungsinstanz hatte der Kläger zu 2 den Rechtsstreit bis auf die bis Ende März 2009 aufgelaufenen Rückforderungsansprüche in Höhe von 76.311,04 € für erledigt erklärt. Die Beklagten hatten der Erledigung nicht zugestimmt. Die Klägerin zu 1 hatte für den Zeitraum bis einschließlich August 2010 Rückzahlung in Höhe von 36.742,43 € an sich beantragt und die weiteren Anträge ebenfalls allein weiterverfolgt.

Das Landgericht hatte eine Rückzahlungsforderung auf der Grundlage einer 30 %igen Minderung zuerkannt sowie eine zukünftige Minderungsberechtigung der Klägerin zu 1 in Höhe von 10 % festgestellt. Das Oberlandesgericht hatte die Berufung der Kläger zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision der Kläger führte zur Aufhebung des Berufungsurteils, als zum Nachteil der Kläger erkannt worden ist und im Umfang der Aufhe-

bung zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

Nach Auffassung des Senats findet § 536 b BGB auf die Ausübung einer Verlängerungsoption keine unmittelbare Anwendung, weil es sich dabei nicht um einen Vertragsschluss im Sinn dieser Vorschrift handelt⁶⁶.

Eine Option, die einer oder beiden Parteien das Recht einräumt, das bestehende Mietverhältnis durch einseitige Erklärung um eine bestimmte Zeit zu verlängern, ist ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht. Durch ihre Ausübung kommt kein neuer Vertrag zustande. Vielmehr wirkt sie unmittelbar auf das bestehende Mietverhältnis ein, indem sie mit ihrer Gestaltungswirkung lediglich die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert und ihr einen neuen Zeitabschnitt hinzufügt. Im Übrigen wird der Mietvertrag aber - ebenso wie bei der Fortsetzung eines Mietverhältnisses aufgrund eines Verlängerungsmechanismus - mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt und die Identität des Vertrags bleibt erhalten. Mithin bewirkt die Ausübung einer Verlängerungsoption keine Änderung der vertraglichen Beziehungen, die einen Neuabschluss des Mietvertrags darstellt.

Aber auch eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB bei vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption hat der Senat verneint⁶⁷.

Insbesondere sieht der Senat seit dem Inkrafttreten der §§ 536 b, 536 c BGB durch das am 1. September 2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) keine für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke⁶⁸.

§ 536 b BGB ist hinsichtlich Sachmängeln die Nachfolgebestimmung zu § 539 BGB a.F., der einen vergleichbaren Regelungsgehalt hatte. Für diese Vorschrift war anerkannt, dass der Mieter das Recht zur Mietminderung we-

⁶⁶ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 20 f.

⁶⁷ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 22 ff.

⁶⁸ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 24.

gen eines nachträglich eingetretenen oder ihm bekannt gewordenen Mangels der Mietsache in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. verlor, wenn er die Miete ungekürzt, über einen längeren Zeitraum und ohne Vorbehalt weiterzahlte⁶⁹.

Im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, eine Regelung für den Fall zu treffen, dass der Mieter den Mangel erst nach Vertragsschluss erkennt und trotz Kenntnis des Mangels die Miete über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos in voller Höhe weiterzahlt. Vielmehr hat er bereits die analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. mit Blick auf § 545 BGB a.F. und die durch §§ 242, 814 BGB zusätzlich zur Verfügung stehende rechtliche Handhabe als nicht gerechtfertigt erachtet und klargestellt, dass es sich bei § 536 c BGB um die abschließende Regelung für nachträglich sich zeigende Mängel handeln soll. Dies hat er im Gesetz auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die beiden Vorschriften unmittelbar aufeinanderfolgend angeordnet sind und ihr Anwendungsbereich durch die Überschriften deutlicher gekennzeichnet worden ist⁷⁰.

Die gesetzliche Regelung, die in § 536 b BGB nur für bei Vertragsschluss bzw. Annahme der Mietsache vorliegende und dem Mieter bekannte (bzw. unter den Voraussetzungen des Satz 2 unbekante) Mängel die für den Mieter einschneidende Folge des Ausschlusses der Rechte aus den §§ 536 und 536 a BGB anordnet, für alle anderen Mängel in § 536 c BGB aber eine andere Regelung trifft, ist nicht nur sprachlich eindeutig. Es entspricht auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, dass bei nachträglich eintretenden oder bekannt werdenden Mängeln der für die Zukunft wirkende Rechtsverlust des § 536 b BGB nicht eintritt.

Im Übrigen wäre eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB auf die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption durch den Mieter auch nicht in Ansehung des Gesetzeszwecks geboten.

⁶⁹ Vgl. z.B. BGH Urteile vom 26. Februar 2003 - XII ZR 66/01 - NJW-RR 2003, 727 f. und vom 31. Mai 2000 - XII ZR 41/98 - NJW 2000, 2663 f.

⁷⁰ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 26 mwN.

Die vorbehaltlose Optionsausübung des Mieters während des laufenden Mietverhältnisses ist von der Situation des Vertragsschlusses bzw. Vertragsbeginns verschieden. Die Grundentscheidung für das Mietverhältnis und den konkreten Zustand der Mietsache als vertragsgemäß ist gefallen, die mietvertraglichen Rechte und Pflichten sind festgelegt und das Dauer-schuldverhältnis von Mieter und Vermieter besteht (oft seit längerer Zeit). Der Mieter setzt sich daher nicht dem Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens aus, dergestalt, dass er eine mangelhafte Sache von vorneherein als vertragsgerecht akzeptiert, hiervon abweichend aber zu einem späteren Zeitpunkt die Rechte aus §§ 536 und 536 a BGB geltend machen will⁷¹.

Der Senat weist in der Entscheidung jedoch auch ausdrücklich darauf hin, dass die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB es ermöglicht, dem jeweiligen Verhalten des Mieters im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung unter Berücksichtigung etwaiger vermierterseitiger Vertrauenstatbestände im Einzelfall rechtlich angemessen auch für die Zukunft Rechnung zu tragen⁷². Die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption stellt allerdings für sich genommen kein widersprüchliches Verhalten des Mieters dar, das es nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB rechtfertigen könnte, dass der Mieter seine Rechte aus §§ 536, 536 a BGB für die Zukunft verliert⁷³.

Schließlich stellte der Senat auch klar, dass eine einvernehmliche Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung die entsprechende Anwendung des § 536 b BGB ebenfalls nicht rechtfertigen kann⁷⁴.

Insoweit gilt gleichermaßen, dass der Gesetzgeber mit § 536 b BGB und § 536 c BGB eindeutig zwischen den Situationen bei Vertragsschluss bzw. Vertragsbeginn einerseits und während eines laufenden Mietverhältnisses andererseits unterschieden, die weitreichende Rechtsfolge eines in die Zukunft wirkenden Rechtsverlusts des Mieters nur für erstere angeordnet hat und eine planwidrige Regelungslücke nicht besteht. Zudem gebietet weder

⁷¹ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 30.

⁷² BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 32.

⁷³ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 34.

⁷⁴ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 35 ff.

der Gesetzeszweck eine Analogie noch ist die einvernehmliche Mieterhöhung dem Vertragsschluss i.S.d. § 536 b Satz 1 BGB vergleichbar. Wie die Vertragsverlängerung durch Optionsausübung bewirkt sie eine Änderung nur hinsichtlich einer einzelnen Vertragsbestimmung, lässt die rechtlichen Beziehungen der Vertragsparteien im Übrigen aber unberührt.

Der Senat wies jedoch auch in diesem Zusammenhang darauf hin, dass damit die Anwendung des § 242 BGB im Einzelfall nicht ausgeschlossen ist⁷⁵. Bei einer einvernehmlichen Erhöhung einer Betriebskostenvorauszahlung kommt sie allerdings nicht in Betracht, zumal eine solche nichts daran ändert, dass nach Ende des Abrechnungszeitraums über die Betriebskosten abzurechnen ist.

Da die angefochtene Entscheidung jedenfalls zum Teil von diesem Rechtsfehler beeinflusst war, hob der Senat das Berufungsurteil teilweise auf und verwies die Sache wieder an das Oberlandesgericht zurück.

VI. Sonstiges

1. Vermieterpfandrecht des Grundstückserwerbers bei Sicherungsübereignung des Inventars vor dem veräußerungsbedingten Vermieterwechsel; Gleichrang der Vermieterpfandrechte des Veräußerers und des Erwerbers

Im Oktober 2014 beschäftigten den XII. Zivilsenat Fragen des Vermieterpfandrechts. Der Entscheidung⁷⁶ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin nahm den beklagten Insolvenzverwalter auf Schadensersatz in Anspruch mit der Begründung, er habe unter Missachtung ihres Vermieterpfandrechts den Erlös aus der Verwertung des Mieterinventars an Dritte ausgekehrt.

⁷⁵ BGH Urteil vom 5. November 2014 – XII ZR 15/12 - NZM 2015, 84 Rn. 38.

⁷⁶ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904.

Der Beklagte war der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Mieterin von Gewerberaum (im Folgenden: Schuldnerin). Deren Rechtsvorgängerin schloss am 31. August 2006 einen Mietvertrag mit der damaligen Grundstückseigentümerin. Zu diesem Zeitpunkt befand sich bereits das Mieterinventar in den Mieträumen. Die Klägerin kaufte das Objekt mit notariellem Vertrag vom 22. Dezember 2006 und wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Nachdem am 1. Februar 2008 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt worden war, machte die Klägerin geltend, ihr stehe das Vermieterpfandrecht an dem Inventar und daher insoweit ein Absonderungsrecht zu. Der Beklagte verwies auf einen Raumsicherungsübereignungsvertrag, der am 6. Oktober 2006 zwischen der Schuldnerin und der H.-Bank zustande gekommen sei, sowie auf eine Vereinbarung zwischen den ursprünglichen Mietvertragsparteien und der H.-Bank, die ebenfalls vom 6. Oktober 2006 stamme und mit der die Vermieterin auf ihr Vermieterpfandrecht verzichtet habe. In dieser Vereinbarung war zudem ein Sicherungsübereignungsvertrag zwischen der Schuldnerin und der H.-Bank vom 30. August 2006 in Bezug genommen. Die Klägerin stellte eine wirksame Sicherungsübereignung und die Wirksamkeit des Verzichts in Abrede. Gleichwohl zahlte der Beklagte aus dem durch die Veräußerung des Inventars erzielten Erlös einen Betrag von 782.000 € an die H.-Bank aus. In dieser Höhe nahm die Klägerin ihn auf Schadensersatz in Anspruch.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, weil es jedenfalls an einer schuldhaften Pflichtverletzung des Beklagten fehle. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Die vom Senat zugelassenen Revision der Klägerin hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

Gemäß §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Grundstücks anstelle des Veräußerers als Vermieter in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis - hier mit der Schuldnerin - ergebenden Rechte und Pflichten ein. Nach ständiger Recht-

sprechung des Senats entsteht mit dem Eigentumsübergang ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, jedoch mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat⁷⁷. Dies rechtfertigt aber nicht, den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, dem der Klägerin zustehenden Vermieterpfandrecht gemäß §§ 578 Abs. 1, 562 Abs. 1 Satz 1 BGB unterfielen nur die im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch im Eigentum der Schuldnerin stehenden Sachen⁷⁸.

Durch den Eigentumsübergang und das Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber gemäß § 566 BGB tritt zwar hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche eine Zäsur. Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu⁷⁹, weshalb die Wirkung der Zäsur auch mit dem Begriff "Fälligkeitsprinzip" umschrieben wird⁸⁰.

Diese Zäsur bewirkt aber keinen Einschnitt dergestalt, dass der vor ihr liegende Zeitraum bei der Bestimmung des Inhalts der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten i.S.d. § 566 Abs. 1 BGB unberücksichtigt bliebe.

Mit Hilfe des Fälligkeitsprinzips wird die Frage beantwortet, welche mietvertraglichen Rechte und Pflichten infolge eines Eigentumsübergangs dem Erwerber und welche dem Veräußerer zuzurechnen sind. Für den Inhalt der so als dem Erwerber zuzurechnend ermittelten Rechte und Pflichten bleibt die Zäsur hingegen ohne Auswirkung. Insoweit ordnet § 566 Abs. 1 BGB an, dass der Erwerber an die Stelle des Veräußerers tritt, so dass seine Rechte und Pflichten inhaltlich mit denen übereinstimmen, die dem Veräußerer bei Hinwegdenken des Eigentumsübergangs zustünden bzw. ihn trafen.

⁷⁷ Vgl. nur BGH Urteil vom 25. Juli 2012 - XII ZR 22/11 - NJW 2012, 3032 Rn. 25 mwN).

⁷⁸ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 - XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 12.

⁷⁹ St. Rspr., vgl. BGH Urteil vom 25. Juli 2012 - XII ZR 22/11 - NJW 2012, 3032 Rn. 32 mwN; zur Ausnahme bei Nebenkosten vgl. BGH Urteil vom 29. September 2004 - XII ZR 148/02 - NZM 2005, 17.

⁸⁰ Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 11. Aufl. § 566 BGB Rn. 86 mwN.

Soweit es für den Inhalt der mietvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Erwerber und Mieter auf den Beginn des Mietverhältnisses ankommt, ist deshalb auf den Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses zwischen Veräußerer und Mieter abzustellen⁸¹.

Folglich ist der Eigentumsübergang auch nicht der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine in die Mieträume eingebrachte Sache dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers unterfällt. Vielmehr kommt es gemäß § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB auch insoweit auf den Zeitpunkt der Einbringung der Sache in die Mieträume an. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum zwischen ihrer Einbringung in die Mieträume und dem Eigentumswechsel verhindert daher nicht, dass das Vermieterpfandrecht des Erwerbers die Sache erfasst⁸².

Das gesetzliche Vermieterpfandrecht entsteht gemäß § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Einbringung der dem Mieter gehörenden Sache in die Mieträume. Dies gilt auch, soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert. Der Zeitpunkt der Einbringung bestimmt daher entsprechend §§ 1257, 1209 BGB den Rang des Vermieterpfandrechts im Verhältnis zu anderen Pfandrechten. Dabei gelten auch solche Sachen des Mieters als eingebracht, die sich schon vor Beginn des Mietverhältnisses in den Mieträumen befunden haben und die der Mieter dann in den Mieträumen belässt. Eine erst nach der Einbringung - auch durch Raumsicherungsübereignungsvertrag - erfolgende Sicherungsübereignung der Sache des Mieters lässt das bereits entstandene Pfandrecht des Vermieters unberührt. Dieses genießt insoweit Vorrang⁸³.

Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hatte, geht das Vermieterpfandrecht des Veräußerers nicht auf den Erwerber über. Denn der Erwerber ist nicht der Rechtsnachfolger des Veräußerers, sondern es findet ein unmittelbarer Rechtserwerb kraft Gesetzes statt. Daher entsteht

⁸¹ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 15.

⁸² BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 18.

⁸³ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 20 mwN.

neben dem Vermieterpfandrecht des Veräußerers, das dessen Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert, ein eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers. Dieses Vermieterpfandrecht bleibt seinem Umfang nach nicht hinter demjenigen des Veräußerers zurück und wird insbesondere nicht durch eine Sicherungsübereignung nach Einbringung der Sache berührt. Vielmehr ist für die Frage, ob dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers die bei Eigentumsübergang in den Mieträumen befindlichen Sachen unterfallen, ebenfalls der Zeitpunkt von deren Einbringung maßgeblich, so dass die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber insoweit dieselben Sachen erfassen⁸⁴.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass das im Augenblick des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes entstehende neue Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter hat uneingeschränkt denselben Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat⁸⁵, und übernimmt dabei auch Überlassungszeitpunkt, Vertragsbeginn und vertragliche Fristläufe. Daher ist es folgerichtig, als Zeitpunkt der Entstehung auch des Vermieterpfandrechts des Erwerbers den des ursprünglichen Einbringens i.S.d. § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen⁸⁶.

Dieses Ergebnis entspricht zudem Sinn und Zweck des § 566 Abs. 1 BGB. Bei dieser Norm handelt es sich um eine mieterschützende Vorschrift. Sie bezweckt, dem Mieter gegenüber dem neuen Vermieter die Rechtsposition zu erhalten, die er aufgrund des Mietvertrages hätte, wenn der frühere Vermieter Eigentümer geblieben wäre. Dagegen soll sie keine Besserstellung des Mieters, dessen Vermieter veräußerungsbedingt gewechselt hat, gegenüber dem Mieter ohne Vermieterwechsel bewirken. Eine derartige Besserstellung wäre aber die Folge der vom Berufungsgericht vertretenen Rechtsauffassung. Denn diese würde dazu führen, dass die sicherungsübereigneten Sachen für die ab dem Eigentumsübergang entstehenden Neuverbindlichkeiten nicht mehr dem Vermieterpfandrecht unterfielen.

⁸⁴ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 22 mwN.

⁸⁵ BGH Urteil vom 3. Mai 2000 - XII ZR 42/98 - NJW 2000, 2346.

⁸⁶ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 23.

Demgegenüber hat eine nachträgliche Sicherungsübereignung der eingebrachten Sachen bei unverändertem Vermieter keinen Einfluss auf den Umfang des Vermieterpfandrechts⁸⁷ (Senatsurteil BGHZ 117, 200 = NJW 1992, 1156, 1157; BGH Urteile vom 20. Juni 2005 - II ZR 189/03 - NJW-RR 2005, 1328, 1329 und vom 4. Dezember 2003 - IX ZR 222/02 - NJW-RR 2004, 772, 773), das auch erst zukünftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert (BGHZ 170, 196 = NZM 2007, 212 Rn. 11 mwN und BGH Urteil vom 20. März 1986 - IX ZR 42/85 - NJW 1986, 2426, 2427).

Darüber hinaus besteht Einigkeit darüber, dass die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber gleichrangig nebeneinander stehen. Denn ein solcher Gleichrang kann nur bestehen, wenn beide Pfandrechte den gleichen Entstehungszeitpunkt haben. Andernfalls müsste das Vermieterpfandrecht des Veräußerers nach dem gemäß §§ 1257, 1209 BGB geltenden Prioritätsprinzip Vorrang genießen⁸⁸.

Für einen solchen Vorrang ist auch kein durchgreifender Grund ersichtlich. Das Vermieterpfandrecht trägt dem Sicherheitsbedürfnis des Vermieters Rechnung. Dieses ist für Veräußerer und Erwerber nicht unterschiedlich, nachdem sich die vor und nach dem Eigentumsübergang bestehenden Mietverhältnisse inhaltlich entsprechen.

Aus der in § 566 a BGB enthaltenen Regelung für vom Mieter geleistete vertragliche Sicherheiten, folgt nichts anderes. Mit dieser - hinsichtlich des Eintritts des Erwerbers im Wesentlichen § 572 BGB a.F. entsprechenden - Bestimmung wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass der Anspruch des Mieters auf Rückgabe der Sicherheit nicht zu den von § 571 BGB a.F. (als der Vorgängervorschrift des § 566 BGB) erfassten Rechten und Pflichten gehörte. Für das Vermieterpfandrecht als gesetzliche Sicherheit bedurfte es keiner gesonderten Regelung, weil es zu den sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechten gehört, die schon von der Bestimmung des § 566 Abs. 1 BGB erfasst sind. Mithin verbleibt es mangels Sonderrege-

⁸⁷ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 26 mwN.

⁸⁸ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 27.

lung insoweit bei den allgemeinen Grundsätzen zum Eintritt des Erwerbers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten⁸⁹.

Schließlich gebietet auch der Grundsatz, dass das Vermieterpfandrecht nicht zu einer übermäßigen Benachteiligung der übrigen Gläubiger des Mieters führen und deshalb der Begriff der durch das Vermieterpfandrecht gesicherten Forderungen nicht ausdehnend ausgelegt werden darf (BGHZ 60, 22 = WM 1973, 148, 149), kein anderes rechtliches Ergebnis. Denn die übrigen Gläubiger werden dadurch, dass auch für das Vermieterpfandrecht des Erwerbers auf den Zeitpunkt des Einbringens der Sachen abgestellt wird, nicht schlechter gestellt als ohne Vermieterwechsel⁹⁰.

Mit der vom Berufungsgericht gewählten Begründung ließ sich daher der auf § 60 Abs. 1 InsO gestützte klagegegenständliche Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Verletzung ihres behaupteten Absonderungsrechts nach §§ 50 Abs. 1, 170 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht verneinen. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif war, hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

2. Pflicht des Pfandgläubigers zur Herausgabe des durch eigenmächtige Fruchtziehung Erlangten

Im September 2014 befasste sich der XII. Zivilsenat ein weiteres Mal mit Problemen des Vermieterpfandrechts⁹¹. In diesem Fall ging es um die Frage, ob das Vermieterpfandrecht auch zur Nutzung der Pfandsache berechtigt.

Die S. GmbH mietete von ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer M. Geschäftsräume, in denen sie mit eigenem Inventar ein Fitness-Studio betrieb. Nachdem sie den Betrieb eingestellt hatte, kündigte M. das Mietverhältnis

⁸⁹ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 29.

⁹⁰ BGH Urteil vom 15. Oktober 2014 – XII ZR 163/12 - BGHZ 202, 354 = NZM 2014, 904 Rn. 30.

⁹¹ BGH Urteil vom 17. September 2014 – XII ZR 140/12 - NZM 2014, 865.

wegen Zahlungsverzugs. Unter Berufung auf sein Vermieterpfandrecht an den von der S. GmbH eingebrachten Sachen vermietete er das Fitness-Studio mitsamt dem vorhandenen Betriebsinventar seit Juli 2009 an einen Dritten, wobei ein Mietanteil von monatlich 476 € einschließlich Umsatzsteuer auf das der S. GmbH gehörende Inventar entfällt.

Nach Eröffnung von Insolvenzverfahren über die Vermögen beider Vertragsparteien verlangt der Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen der S. GmbH vom Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen des M. rückständiges und fortlaufendes Nutzungsentgelt in Höhe von monatlich 476 € seit Juli 2009 bis zur Herausgabe der Betriebsausstattung, solange die Gegenstände an einen Dritten vermietet sind.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Durch Teilurteil hatte das Oberlandesgericht die Zahlungspflicht des Beklagten ab dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der S. GmbH am 27. Januar 2010 bestätigt; später hatte es durch Schlussurteil die weitergehende Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Gegen das Teilurteil richtete sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten, mit der er die Klageabweisung auch insoweit verfolgte. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Der Senat hat den rechtlichen Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts bestätigt, wonach die gezogenen Nutzungen wirtschaftlich dem Kläger zustehen⁹².

Gemäß § 1257 BGB finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht - hier auf das nach § 562 BGB entstandene Vermieterpfandrecht - die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfand erfolgt nach eingetretener Pfandreife durch Verkauf (§ 1228 BGB). Nutzungen aus der Pfandsache stehen dem Pfandgläubiger zur Anrechnung auf die besicherte Forderung nur zu, wenn ein Nutzungspfand vereinbart ist (§ 1213 BGB). In dem Fall wird der Reinertrag der Nutzungen auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf die-

⁹² BGH Urteil vom 17. September 2014 – XII ZR 140/12 - NZM 2014, 865 Rn. 9.

se angerechnet (§ 1214 Abs. 1, 2 BGB). Eine solche Vorabbefriedigung ist - auch vor dem Hintergrund des in § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO normierten Aufrechnungsverbots - insolvenzfest, weil sich der Insolvenzgläubiger auf diese Weise nicht nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine zuvor nicht vorhandene Befriedigungsmöglichkeit verschafft, sondern bereits mit der Bestellung eines solchen Pfandrechts und somit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine die Nutzungen umfassende Sicherheit und das daraus resultierende Vorabbefriedigungsrecht entstanden waren⁹³.

Im vorliegenden Fall haben die Vertragsparteien jedoch kein Nutzungspfand vereinbart. Das hat das Oberlandesgericht verfahrensfehlerfrei festgestellt.

Durch die Annahme, dass der Vermieter M. nicht durch eine Sicherungsabrede mit der Mieterin S. GmbH ermächtigt gewesen sei, Nutzungen aus dem Inventar zu ziehen, hat das Oberlandesgericht nicht das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt. Das Oberlandesgericht hat den Vortrag des Beklagten hinsichtlich der Vereinbarung über die Nutzung zu Recht nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückgewiesen. Es handelte sich nämlich um neuen Vortrag in der Berufungsinstanz, der aus Nachlässigkeit nicht in erster Instanz eingeführt worden war. Bereits in der Klageschrift war ausgeführt worden, dass dem Beklagten die Nutzungen nicht zustünden. Das hätte diesen veranlassen müssen, zu einer der gesetzlichen Regel entgegenstehenden Individualvereinbarung der Parteien bezüglich der Nutzung bereits in erster Instanz vorzutragen.

Zieht der Pfandgläubiger Nutzungen aus dem Pfand, ohne dass ein Nutzungsrecht oder ein Nutzungspfand vereinbart war, so ist anerkannt, dass die gezogenen Nutzungen wirtschaftlich dem Pfandschuldner zustehen⁹⁴. Allerdings ist in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, ob dies auf § 1214 Abs. 2 BGB beruht, sei es, dass die Vorschrift auf die unberechtigte Früchteziehung analoge Anwendung findet, oder dass die Vorschrift unmittelbar anwendbar ist, weil der Pfandschuldner durch seine Klage auf Auskehrung des Reinertrags der Nutzungen das an sich gesetzeswidri-

⁹³ BGH Urteil vom 17. September 2014 – XII ZR 140/12 - NZM 2014, 865 Rn. 12.

⁹⁴ So schon RGZ 105, 408, 409 f.

ge Früchteziehen nachträglich genehmigt hat oder darauf, dass der Pfandgläubiger mit der Vermietung des Inventars ein fremdes Geschäft besorgt und das Erlangte nach den §§ 681, 667 BGB herauszugeben hat⁹⁵.

Der Senat hat sich in dieser Entscheidung der bereits vom Reichsgericht⁹⁶ erwogenen Herleitung aus den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag angeschlossen⁹⁷ und zur Begründung ausgeführt, dass es ohne vereinbartes Nutzungspfand dem Pfandgläubiger nicht zustehe, Nutzungen aus der Pfandsache zu ziehen, weil dies der Verwahrungspflicht nach § 1215 BGB widerspreche. Ziehe der Pfandgläubiger gleichwohl ihm nicht zustehende Nutzungen, besorge er ein Geschäft des Pfandschuldners entweder für diesen (§ 677 BGB) oder als eigenes Geschäft (vgl. § 687 Abs. 2 BGB). In jedem Fall habe er das dadurch Erlangte gemäß §§ 681 Satz 2, 667 BGB an den Pfandschuldner herauszugeben. Der Pfandgläubiger könne das Herausgebende nicht gemäß § 1214 Abs. 2 BGB auf die Forderung anrechnen, weil der Ertrag der Nutzungen ohne eine hierüber getroffene Vereinbarung (§ 1213 Abs. 1 BGB) weder zur Erhöhung der Sicherheit noch zur Vorabbefriedigung des Pfandgläubigers bestimmt sei.

Diese Herausgabepflicht trifft auch den Insolvenzverwalter, der die Fruchtziehung als Pfandgläubiger fortsetzt und die Erträge für die Masse einnimmt. Der auf §§ 681 Satz 2, 667 BGB gründende Herausgabeanspruch gehört, soweit er nach Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Pfandgläubigers entsteht, zu den Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO)⁹⁸.

⁹⁵ Vgl. die Nachweise bei BGH Urteil vom 17. September 2014 – XII ZR 140/12 - NZM 2014, 865 Rn. 16.

⁹⁶ RGZ 105, 408, 409 f.

⁹⁷ BGH Urteil vom 17. September 2014 – XII ZR 140/12 - NZM 2014, 865 Rn. 19.

⁹⁸ BGH Urteil vom 17. September 2014 – XII ZR 140/12 - NZM 2014, 865 Rn. 20.