

# Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gewer- beraummietrecht

*RiBGH Dr. Peter Günter*

I. Einleitung.....	1
II. Schriftformerfordernis bei Vereinbarung einer Änderung der Miethöhe (Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98).....	2
III. Miete und Nebenkosten .....	8
1. Auslegung einer Formulklausel zur Umlage der Grundsteuer (BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315).....	8
2. Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeiten durch eine mietvertragliche Formulklausel (BGH Urteil vom 6. April 2016 - XII ZR 29/15 - MDR 2016, 876) .....	10
IV. Wegfall von Ansprüchen wegen Mängeln des Mietobjekts nach Ausübung einer Vertragsverlängerungsoption durch den Mieter (BGH Urteil vom 14. Oktober 2015 - XII ZR 84/14 - NZM 2015, 861) .....	12
V. Sonstiges.....	15
1. Rechtzeitigkeit der Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Mietvertrags unter Abwesenden (BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356) .....	15
2. Mitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft.....	19

## **I. Einleitung**

Seit den Weimarer Immobilienrechtstagen 2015 war der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit einer Vielzahl von Rechtsmitteln im Gewerberaummietrecht befasst. Die überwiegende Anzahl an Verfahren waren erneut Nichtzulassungsbeschwerden, die allerdings nur in wenigen Ausnahmefällen zu einer Re-

visionszulassung geführt haben. Dennoch hatte der XII. Zivilsenat auch in diesem Berichtszeitraum die Möglichkeit, in einer Reihe von Urteilen rechtsgrundsätzliche Fragen zu beantworten, die bislang in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten waren.

## **II. Schriftformerfordernis bei Vereinbarung einer Änderung der Miethöhe (Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98)**

Probleme der Schriftform (§ 550 BGB) bei befristeten Mietverträgen beschäftigten den XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs immer wieder. Auch in diesem Berichtszeitraum stand für die Karlsruher Richter ein im Schrifttum sehr umstrittenes Problem aus diesem Themenbereich zur Entscheidung an. Dabei ging es um folgenden Sachverhalt:

Die Kläger hatten im Jahre 2001 vom Rechtsvorgänger der beiden Beklagten (im Folgenden: Erblasser) zum Betrieb einer Zahnarztpraxis Räume im Erdgeschoss seines Anwesens angemietet. Zum Zweck der Praxisvergrößerung schlossen die Kläger mit dem Erblasser am 2. Mai 2005 einen neuen schriftlichen Mietvertrag, der sich neben den Erdgeschossräumen auch auf Räume im ersten Obergeschoss bezog. Es erfolgten Umbaumaßnahmen wie ein Deckendurchbruch und der Einbau einer Verbindungstreppe zwischen den beiden Geschossen, deren Kosten die Kläger trugen. Als Vertragsende war der 30. April 2020 vereinbart, als monatliche Miete ein Betrag von 1.350 €. Knapp acht Monate nach dem Vertragsabschluss vereinbarte der Kläger zu 2 mit dem Erblasser mündlich, dass die monatliche Miete ab 1. Januar 2006 um 20 € auf 1.370 € erhöht werde, und vermerkte dies auf dem Mietvertragsexemplar der Kläger. Der Erblasser verstarb und wurde von den beiden Beklagten beerbt.

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2013 kündigten die Kläger das Mietverhältnis zum 31. Juli 2014 aus wichtigem Grund, weil die Räume nicht mehr den gestiegenen Anforderungen an den Platzbedarf der Praxis und an die Einhaltung von Hygienevorgaben entsprächen. Mit der am 20. Februar 2014 eingereichten Klage auf Feststellung der Beendigung des Mietverhältnisses erklärten die Kläger die ordentliche Kündigung zum 31. Juli 2014. Die Kläger hatten die Praxisräume inzwischen geräumt.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die vom Senat zugelassenen Revision der Kläger führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Streitentscheidend war in diesem Fall die in der Rechtsprechung<sup>1</sup> und im Schrifttum<sup>2</sup> umstrittene Frage, ob auch nachträgliche geringfügige Änderungen der Miethöhe schriftlich niedergelegt werden müssen, um dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB für Mietverträge mit einer Laufzeit von einem Jahr zu genügen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die von §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 BGB geforderte Schriftform nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt<sup>3</sup>. Von der Schriftform ausgenommen sind lediglich solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind<sup>4</sup>. Für Vertragsänderungen gilt nichts Anderes als für den Ursprungsvertrag. Sie müssen daher ebenfalls der Schriftform des § 550 BGB genügen, es sei denn, dass es sich um unwesentliche Änderungen handelt<sup>5</sup>.

Danach unterfiel zwar der Eintritt der Beklagten als Erben des Vermieters in den Mietvertrag nicht der Schriftform des § 550 BGB. Denn dieser Eigentumserwerb hatte sich aufgrund der gemäß §§ 1922, 1967 BGB erfolgenden Univer-

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa OLG Jena NZM 2008, 572, 575 f.; OLG Naumburg OLGR 2008, 225, 227 f.; OLG Hamm OLGR 2006, 138, 140; OLG Karlsruhe NZM 2003, 513, 517.

<sup>2</sup> Vgl. BeckOK BGB/Herrmann [Stand: 1. Mai 2015] § 550 Rn. 20; Erman/Lützenkirchen BGB 14. Aufl. § 550 Rn. 17; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer Gewerberaummieta § 550 BGB Rn. 61; Heile/Landwehr in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta 4. Aufl. Rn. 2508; Leo NZM 2006, 452, 453; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummieta 5. Aufl. Kap. 5 Rn. 104 f.; Staudinger/Emmerich BGB [2014; Updatestand: 22. September 2015] § 550 Rn. 29 a; Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. Rn. I 131; Timme/Hülk NJW 2007, 3313, 3316; Blank in Blank/Börstinghaus Mieta 4. Aufl. § 550 BGB Rn. 53; FA-MietRWEG/Schmid 5. Aufl. Kap. 3 Rn. 362; MünchKommBGB/Bieber 6. Aufl. § 550 Rn. 7; Schmidt-Futterer/Lammel Mieta 12. Aufl. § 550 BGB Rn. 41 f.; Soergel/Heintzmann BGB 13. Aufl. § 550 Rn. 8; Späth ZMR 2010, 585, 589.

<sup>3</sup> Vgl. etwa BGH Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 23 mwN.

<sup>4</sup> BGH Urteil vom 22. April 2015 - XII ZR 55/14 - NJW 2015, 2034 Rn. 15 mwN.

<sup>5</sup> St. Rspr. des Senats, vgl. etwa Urteile vom 13. November 2013 - XII ZR 142/12 - NJW 2014, 52 Rn. 22 mwN und vom 30. Januar 2013 - XII ZR 38/12 - NJW 2013, 1083 Rn. 22 mwN.

salsukzession kraft Gesetzes vollzogen und beruhte nicht auf einer vertraglichen Abrede, für die allein § 550 BGB gilt<sup>6</sup>.

Das Berufungsgericht hatte aber zu Unrecht angenommen, auch die nachträgliche Vereinbarung einer um 20 € - oder rund 1,5 % - höheren Monatsmiete könne schon deshalb keine Verletzung des Schriftformerfordernisses nach § 550 Satz 1 BGB begründen, weil es sich nicht um eine wesentliche Vertragsänderung handele.

Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung ausgesprochen, dass die Änderung der Miethöhe stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung darstellt<sup>7</sup>.

Denn bei der Miete handelt es sich per se um einen vertragswesentlichen Punkt, der für den von § 550 BGB geschützten potenziellen Grundstückserwerber von besonderem Interesse ist. Dies gilt umso mehr, als sich Änderungen unmittelbar auf die Möglichkeit des Vermieters zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs auswirken. So kann sich etwa die Nichtzahlung selbst eines vergleichsweise geringfügigen Erhöhungsbetrags bei einem langfristigen Mietvertrag nicht nur aufsummieren und gegebenenfalls zu einem für eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b BGB ausreichenden Rückstand führen. Vielmehr kann der Verzug mit auch nur einem solchen Erhöhungsbetrag im Zusammenspiel mit anderweitigen Zahlungsrückständen des Mieters dazu führen, dass ein wichtiger Grund i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zu bejahen ist. Mithin kann jede Mietänderung unabhängig von ihrer relativen oder absoluten Höhe "das Fass zum Überlaufen bringen" und auch sonst kündigungsrelevant sein<sup>8</sup>.

Außerdem hielt es der Bundesgerichtshof angesichts der Vielgestaltigkeit von Mietverhältnissen nicht möglich, eine feste Prozentgrenze (und noch viel weni-

---

<sup>6</sup> Vgl. Blank in Blank/Börstinghaus Miete 4. Aufl. § 550 BGB Rn. 29; jurisPK-BGB/Schur [Stand: 23. Juni 2015] § 550 Rn. 9; MünchKommBGB/Bieber 6. Aufl. § 550 Rn. 7.

<sup>7</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 17.

<sup>8</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 18.

ger eine bestimmte Änderungssumme) festzulegen, bis zu der eine Mietänderung nicht wesentlich ist. Daher spreche auch das Gebot der Rechtssicherheit gegen die Annahme einer solchen Erheblichkeitsgrenze<sup>9</sup>. Schließlich sei ist für die Formbedürftigkeit nach § 550 Satz 1 BGB ohne Bedeutung, ob die Mietänderung zu einer dem Vermieter und damit auch dem potenziellen Grundstückserwerber günstigen Erhöhung oder aber zu einer Ermäßigung geführt hat. Dies folge schon daraus, dass die Schriftform nicht nur den Grundstückserwerber, sondern auch die Vertragsparteien schützen soll. Der Formzwang des § 550 Satz 1 BGB greift mithin auch dann ein, wenn eine Vereinbarung keine Verpflichtungen für einen potenziellen Erwerber, sondern ausschließlich Verpflichtungen des Mieters zum Inhalt habe<sup>10</sup>.

Allerdings ließ sich den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend entnehmen, dass für die mithin gemäß §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 Satz 1 BGB formbedürftige Vereinbarung zur Mieterhöhung die Schriftform nicht gewahrt ist. Der Kläger zu 2 hatte auf seinem Mietvertragsformular die ursprüngliche Miete durchgestrichen und handschriftlich "1370 ab 1.1.06" darübergeschrieben und zwischen den Parteien war streitig, ob dies im Einvernehmen mit dem Erblasser erfolgte oder der Kläger zu 2 diesen Vermerk nur zu Erinnerungszwecken aufgebracht hatte. Träfe der Vortrag der Beklagten zu, der Nachtrag sei im Einverständnis der ursprünglichen Mietvertragsparteien erfolgt, würde dies den Anforderungen des § 550 BGB genügen.

Denn für die Einhaltung der Schriftform einer Urkunde ist ohne Belang, ob die Unterzeichnung der Niederschrift des Urkundentextes zeitlich nachfolgt oder vorangeht. Es bedarf deshalb für die Rechtsgültigkeit einer Änderung des Vertragstextes keiner erneuten Unterschrift, wenn die Vertragspartner sich über die Änderung einig sind und es ihrem Willen entspricht, dass die Unterschriften für den veränderten Vertragsinhalt Gültigkeit behalten sollen<sup>11</sup>. An einem solchen übereinstimmenden Willen fehlt es aber, wenn lediglich eine Partei ohne Wis-

---

<sup>9</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 19.

<sup>10</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 20.

<sup>11</sup> BGH Urteil vom 29. April 2009 - XII ZR 142/07 - NJW 2009, 2195 Rn. 32; vgl. auch BGH Beschluss vom 27. Juni 1994 - III ZR 117/93 - NJW 1994, 2300, 2301; Urteile vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88 - NJW-RR 1990, 518, 519 und vom 7. Februar 1973 - VIII ZR 205/71 - WM 1973, 386, 387

sen der anderen auf einem Vertragsexemplar eine Änderung etwa nur zur Gedächtnisstütze vornimmt. Aus diesem Grund war das Verfahren an das Berufungsgericht zurück zu verweisen.

Der Bundesgerichtshof hielt es zudem für rechtlich bedenklich, dass das Berufungsgericht in der angegriffenen Entscheidung die Auffassung vertrat, eine über den Vertragstext hinausgehende Vereinbarung zu den von den Mietern vorgenommenen und vom Vermieter gestatteten Umbauarbeiten unterfalle nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB<sup>12</sup>.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegen auch Nebenabreden der Schriftform, wenn sie den Inhalt des Mietverhältnisses gestalten und nach dem Willen der Vertragsparteien wesentliche Bedeutung haben<sup>13</sup>. Deshalb ist die Annahme naheliegend, dass Abreden der Mietvertragsparteien zu am Mietobjekt vorzunehmenden Um- und Ausbauarbeiten und dazu, wer diese vorzunehmen und wer die Kosten zu tragen hat, vertragswesentliche Bedeutung zukommt<sup>14</sup>

Im konkreten Fall enthielt der schriftlichen Mietvertrag lediglich eine Bestimmung, die regelte, dass die weitere Ausstattung und das Herrichten der Mieträume dem Mieter nach eigenem Ermessen freistünden. Mangels näherer Feststellungen zu Zeitpunkt und Inhalt der getroffenen Vereinbarungen, zu Zeitpunkt und Umfang der Um- und Ausbauarbeiten und zur Bedeutung, die die Vertragsparteien diesem Punkt beigemessen haben, war damit dem Senat weder eine abschließende Beurteilung der Formbedürftigkeit noch der Frage möglich, ob mit dieser Vertragsbestimmung die Schriftform gewahrt ist.

Revisionsrechtlich war dagegen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes i.S.d. § 543 BGB verneint hat. Wie es zutreffend ausgeführt hatte, liegt das Verwendungsrisiko für

---

<sup>12</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 28 ff.

<sup>13</sup> BGH Urteil vom 22. Dezember 1999 - XII ZR 339/97 - NJW 2000, 1105, 1106.

<sup>14</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 29.

die Mieträume bei den Klägern als den Mietern<sup>15</sup>. Dass sich im Laufe der Jahre ein erhöhter Platzbedarf für die Praxis ergeben hat, kann ebenso wenig eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen wie der von den Klägern angeführte Umstand, infolge neuer Hygienerichtlinien sei die Auflage zu erwarten, dass das Labor geschlossen werden müsste. Unabhängig davon, dass ein entsprechendes behördliches Eingreifen bislang nicht erfolgt war und ein Mangel der Mietsache damit nicht vorlag<sup>16</sup>.

Für das weitere Verfahren wies der Bundesgerichtshof darauf hin, dass - einen Schriftformverstoß unterstellt - das Mietverhältnis erst mit Ablauf des 30. September 2014 beendet worden sein konnte. Denn die Kündigungsfrist bestimmt sich nach § 580 a Abs. 2 BGB. Sofern die außerordentliche Kündigung vom 26. Oktober 2013, die sich ausschließlich mit der Nichterfüllung der gestiegenen Anforderungen befasste, in eine ordentliche Kündigung umzudeuten ist, wäre die ordentliche Kündigung mithin spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahrs zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahrs und daher frühestens zum Ablauf des 30. Juni 2014 zulässig gewesen. Die Kläger haben aber nicht zu diesem Termin, sondern zum 31. Juli 2014, also einem weder gesetzlich noch vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt, gekündigt, so dass ihre Kündigung erst mit dem nächstfolgenden Ende eines Kalendervierteljahrs, hier dem 30. September 2014, Wirksamkeit entfalten konnte. Scheidet eine Umdeutung hingegen aus, hätte die mit der Klageerhebung im Februar 2014 erfolgte ordentliche Kündigung ohnedies zu einer Beendigung des Mietverhältnisses frühestens mit Ablauf des 30. September 2014 führen können<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> St. Rspr. des BGH, vgl. etwa Urteile vom 13. Juli 2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3153 Rn. 9 mwN und vom 17. März 2010 - XII ZR 108/08 - NZM 2010, 364 Rn. 17 mwN.

<sup>16</sup> Vgl. BGH Urteil vom 20. November 2013 - XII ZR 77/12 - NZM 2014, 165 Rn. 20.

<sup>17</sup> BGH Urteil vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NZM 2016, 98 = WuM 2016, 28 Rn. 35.

### III. Miete und Nebenkosten

#### 1. Auslegung einer Formulklausel zur Umlage der Grundsteuer (BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315)

In dieser Entscheidung hatte sich der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit der Auslegung einer Formulklausel zur Umlage der Grundsteuer zu beschäftigen.

Die Klägerin hatte im März 2007 der Beklagten ein Ladenlokal in einem damals noch zu errichtenden Geschäftshaus vermietet. Der Mietvertrag enthielt folgende von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen:

„Die Grundsteuerzahl die Vermieterin, Erhöhungen gegenüber der bei Übergabe des Objekts erhobenen Grundsteuer tragen die Mieter (...).“

Nach der Übergabe der Mieträume am 1. Dezember 2008, eröffnete das Geschäftshaus mit insgesamt vier Mietern am 5. März 2009. Für das Jahr 2009 wurde die Grundsteuer durch Bescheid vom 9. Januar 2009 auf der Grundlage eines Grundsteuermessbetrags für ein unbebautes Grundstück auf 16.029,24 € festgesetzt. Mit Bescheid vom 11. Januar 2010 wurde die Grundsteuer – nunmehr aufgrund eines Grundsteuermessbetrags für ein Geschäftsgrundstück – auf 66.998,14 € festgesetzt.

Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin die Zahlung der nach ihrer Auffassung auf die Beklagte entfallenden Anteile der Grundsteuerdifferenz für die Jahre 2010 und 2011 in Höhe von insgesamt 45.310,63 €. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebte, hatte Erfolg.

Das Berufungsgericht hatte die Vertragsklausel im Gegensatz zum Landgericht dahin ausgelegt, dass sämtliche Erhöhungen der Grundsteuer, also auch die Erhöhung wegen des nach Bebauung geänderten Einheitswerts und Grundsteuermessbetrags, auf die Mieter umgelegt werden können. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Klausel.

Dieser Rechtsauffassung ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Als Allgemeine Geschäftsbedingungen konnte der XII. Zivilsenat die Klausel im Revisionsverfahren in vollem Umfang überprüfen, ohne an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden zu sein<sup>18</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt hierbei der Grundsatz der objektiven Auslegung. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind dementsprechend nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind<sup>19</sup>.

Auf dieser rechtlichen Grundlage hielt der Bundesgerichtshof die Klausel für unklar, weil aus ihr nicht klar hervorgeht, ob auch Differenzbeträge, die sich aus einer Neufestsetzung der Grundsteuer aufgrund der Bebauung und Vermietbarkeit des Grundstücks ergeben, auf den Mieter umgelegt werden können<sup>20</sup>. Zwar deutet der Verweis in der Klausel auf die „erhobene“ Grundsteuer darauf hin, dass es maßgeblich auf die behördliche Steuerfestsetzung ankommt, wie sie zum Zeitpunkt der Übergabe erfolgt ist<sup>21</sup>. In der Klausel ist aber auch von dem „Objekt“ die Rede. Dies lässt eine Auslegung der Klausel dahingehend zu, dass anstelle der tatsächlich festgesetzten Grundsteuer auch eine Erhöhung der von vornherein auf das Mietobjekt bezogenen Grundsteuer gemeint sein kann. Der Wortlaut der Klausel lässt es damit zumindest nicht fernliegend erscheinen, dass mit der erhobenen Grundsteuer diejenige gemeint ist, die für das bebaute Grundstück festzusetzen ist und mithin die später so festgesetzte Steuer die Vergleichsgröße für die auf die Mieter umzulegenden Erhöhungen darstellt<sup>22</sup>. Da nach § 305 c Abs. 2 BGB die verbleibenden Unklarheiten der Klausel zulasten der Klägerin als Verwender in der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehen, bot die Vertragsklausel keine hinreichende Grundlage, um die Umsatz-

---

<sup>18</sup> BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315 Rn. 10.

<sup>19</sup> BGH BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183, 1184 mwN.

<sup>20</sup> BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315 Rn. 11.

<sup>21</sup> BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315 Rn. 12.

<sup>22</sup> BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315 Rn. 13.

steuerverdifferenz (anteilmäßig) auf die Mieterin umzulegen<sup>23</sup>. Das Berufungsurteil konnte daher keinen Bestand haben und die erstinstanzliche Entscheidung war wiederherzustellen.

## **2. Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeiten durch eine mietvertragliche Formulklausel (BGH Urteil vom 6. April 2016 - XII ZR 29/15 - MDR 2016, 876)**

Der Kläger verlangte von der Beklagten rückständige Gewerberaummiete. Die monatlich im Voraus zu zahlende Bruttomiete beglich die Beklagte im August 2009 nur teilweise. Neben einer seit September 2005 aufgelaufenen Minderung der Miete rechnete sie mit Gegenansprüchen wegen behaupteter fehlerhafter Nebenkostenabrechnungen für 2005 bis 2009 und anderen Regressansprüchen auf. Die Miete für die Monate September bis Dezember 2009 minderte die Beklagte wegen des Wassereintritts ebenfalls.

§ 8 des formularmäßig abgeschlossenen Mietvertrags lautet:

"1. Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Hiervon ausgenommen sind Forderungen des Mieters wegen Schadenersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und andere Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind.

Die Aufrechnung oder die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist nur zulässig, wenn der Mieter seine Absicht dem Vermieter mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete schriftlich angezeigt hat.

2. Die Erstattung etwaiger im Wege der Aufrechnung geltend gemachter Gegenforderungen des Mieters aus dem Mietverhältnis erfolgt in monatlichen Teilbeträgen, die 30% der jeweiligen Monatsmiete nicht übersteigen dürfen.

3. Eine Aufrechnung gegen Nebenkosten oder eine Minderung der Nebenkosten durch den Mieter ist unzulässig."

Das Amtsgericht hatte der Zahlungsklage stattgegeben, das Landgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

---

<sup>23</sup> BGH Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NZM 2016, 315 Rn. 18.

Entscheidend für den Erfolg der Klage war die Wirksamkeit der Klausel in § 8 des Mietvertrags, die die Möglichkeit des Mieters, die Miete zu mindern oder mit Gegenansprüchen gegen die Mietforderung aufzurechnen, begrenzte. Das Berufungsgericht bejahte deren Wirksamkeit und musste sich inhaltlich daher mit den Gegenansprüchen der Beklagten nicht auseinandersetzen. Der Bundesgerichtshof sah dagegen in der Vertragsbestimmung eine unangemessene Benachteiligung des Mieters und hielt die Regelung daher nach § 307 Abs. 1 BGB für unwirksam<sup>24</sup>.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bei der Geschäftsräummieta - anders als bei der Wohnraummieta - die Mietminderung eingeschränkt werden kann. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 536 Abs. 4 BGB. Eine solche Einschränkung ist grundsätzlich auch formularmäßig möglich<sup>25</sup>. Gleiches gilt grundsätzlich für eine formularmäßige Einschränkung der Aufrechnung auf unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Gegenforderungen<sup>26</sup>. Die streitgegenständliche Klausel war im vorliegenden Fall jedoch dahingehend auszulegen, dass die Ausnahme für unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Forderungen sich ausdrücklich auf Forderungen "aus dem Mietverhältnis" beschränkt. In Bezug auf nicht aus dem Mietverhältnis stammende Forderungen blieb es nach dem Wortlaut der Klausel bei dem uneingeschränkten Aufrechnungsverbot. Danach erlaubte die Regelung keine Aufrechnung gegen die Miete mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aus einem außerhalb des Mietvertrags stehenden Rechtsverhältnis<sup>27</sup>.

Mit diesem Inhalt hielt die Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand. Nach § 309 Nr. 3 BGB ist eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Diese Bestimmung war zwar im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar, weil die Beklagte die Räume als Unternehmerin

---

<sup>24</sup> BGH Urteil vom 6. April 2016 - XII ZR 29/15 - MDR 2016, 876 Rn. 13.

<sup>25</sup> BGHZ 176, 191 = NJW 2008, 2497 Rn. 8.

<sup>26</sup> Vgl. BGH Urteil vom 14. November 2007 - VIII ZR 337/06 - WuM 2008, 152.

<sup>27</sup> BGH Urteil vom 6. April 2016 - XII ZR 29/15 - MDR 2016, 876 Rn. 15 f.

gemietet hatte (§ 310 Abs. 1 BGB i.V.m. § 14 BGB). Sie stellt aber eine konkretisierte Ausgestaltung des Benachteiligungsverbots des § 307 BGB dar, da es sich bei dem Ausschluss der Aufrechnung in den genannten Fällen um eine besonders schwerwiegende Verkürzung der Rechte des Vertragspartners handelt, die auch im Geschäftsverkehr nicht hingenommen werden kann<sup>28</sup>.

Einer inhaltlich an § 309 Nr. 3 BGB auszurichtenden Inhaltskontrolle hielt das in § 8 Ziffer 1 des Mietvertrags geregelte Aufrechnungsverbot indes nicht stand, weil es die Zulässigkeit der Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen auf solche aus dem Mietverhältnis beschränkte. Eine derartige Verkürzung der Gegenrechte des Beklagten benachteiligt diesen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher gemäß § 307 BGB unwirksam. Der Verstoß hatte zur Folge, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist. Eine geltungserhaltende Reduktion des Aufrechnungsverbots auf ein inhaltlich noch zulässiges Maß kam nicht in Betracht<sup>29</sup>.

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Da das Landgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen zu den von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüchen getroffen hatte, war der Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholen kann.

#### **IV. Wegfall von Ansprüchen wegen Mängeln des Mietobjekts nach Ausübung einer Vertragsverlängerungsoption durch den Mieter (BGH Urteil vom 14. Oktober 2015 - XII ZR 84/14 - NZM 2015, 861)**

Seit vielen Jahren wird in Rechtsprechung<sup>30</sup> und Literatur<sup>31</sup> die Auffassung vertreten, dass ein Mieter, der in Kenntnis eines Mangels der Mietsache eine ihm vertraglich eingeräumte Verlängerungsoption vorbehaltlos ausübt, die ihm zustehenden Gewährleistungsrechte nach §§ 536 und 536 a BGB verliert. Be-

---

<sup>28</sup> Vgl. BGH Urteil vom 27. Juni 2007 - XII ZR 54/05 - NJW 2007, 3421 Rn. 20 mwN.

<sup>29</sup> BGH Urteil vom 6. April 2016 - XII ZR 29/15 - MDR 2016, 876 Rn. 20 f.

<sup>30</sup> OLG Koblenz Beschl. v. 21. Juli 2014 - 2 U 901/13 - juris Rn. 6; OLG Rostock Urt. v. 12. März 2007 - 3 U 67/06 - juris Rn. 27; vgl. auch BGH Urteil vom 13. Juli 1970 - VIII ZR 230/68 - NJW 1970, 1740, 1742 zu § 539 BGB a. F.

<sup>31</sup> Vgl. etwa Bub/Treier/Kraemer/Ehlert Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. III.B Rn. 3395; Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraum-miete 3. Aufl. Kap. 14 Rn. 362; a. A. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 11. Aufl. § 536 b Rn. 5 und 37.

gründet wird diese Rechtsauffassung in der Regel mit einer analogen Anwendung des § 536 b BGB. Bereits im Jahr 2014 ist der Bundesgerichtshof in zwei Urteilen dieser Auffassung entgegengetreten und hat entschieden, dass die vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption durch den Mieter nicht zum Verlust der ihm nach §§ 536 und 536 a BGB zustehenden Rechte führt<sup>32</sup>. Zur Begründung hat der XII. Zivilsenat entscheidend darauf abgestellt, dass eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB bei vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption nicht in Betracht komme, weil es seit der Neuregelung durch das am 1. September 2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehle<sup>33</sup>. Eine entsprechende Anwendung des § 536 b BGB auf die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption durch den Mieter sei im Übrigen auch nicht im Hinblick auf den Gesetzeszweck geboten. In der Entscheidung vom 14. Oktober 2015 bestätigte der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung erneut<sup>34</sup>.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin vermietete der Beklagten mit Vertrag vom 30. April 2001 eine Gewerbeimmobilie, in der die Beklagte vereinbarungsgemäß eine Fachklinik für Suchttherapie betreibt. Mietbeginn war der 1. Juni 2001, die Mietdauer betrug zehn Jahre. Zur Vertragslaufzeit regelte § 2 Ziffer 2 das Recht der Mieterin, "die Mietzeit ... 2x um je 5 Jahre zu verlängern (Option). Diese Optionen treten jeweils stillschweigend in Kraft, wenn die Mieterin spätestens 12 Monate vor Ablauf der Mietzeit keine gegenteilige schriftliche Erklärung abgibt." Eine solche die Vertragsverlängerung verhindernde Erklärung gab die Beklagte nicht ab.

In § 13 des Vertrags war geregelt, dass die Mieterin aus Mängeln der Beschaffenheit der vermieteten Räume oder an den Inventargegenständen keine Rechte herleiten kann, "es sei denn, der Vermieter hätte die Beseitigung dieser Mängel nicht innerhalb angemessener Frist vorgenommen, nachdem die Mieterin ihn unter Setzung einer angemessenen Frist mit Einschreiben-Rückschein abgemahnt hat."

---

<sup>32</sup> BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rn. 16 ff. mwN.

<sup>33</sup> BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rn. 22 ff. mwN.

<sup>34</sup> BGH Urteil vom 14. Oktober 2015 - XII ZR 84/14 - NZM 2015, 861.

Erstmals im Juli 2007 rügte die Beklagte verschiedene Mängel. Mit Schreiben vom 25. August 2010 forderte die Beklagte die Klägerin zur Beseitigung zahlreicher Mängel auf und wiederholte diese Aufforderung mit Schreiben vom 27. Mai 2011 unter Fristsetzung. Nachdem sich ab Februar 2012 die Miete aufgrund einer vertraglichen Wertsicherungsklausel erhöht hatte, zahlte die Beklagte die Miete nur noch zur Hälfte und behielt 5.524,48 € pro Monat mit der Begründung ein, die Miete sei wegen Mängeln der Mietsache um 50 % gemindert. Die Klägerin machte mit der Klage Mietrückstände von insgesamt 27.622,40 € für die Monate Mai bis September 2012 geltend.

Das Landgericht hatte der Klage in voller Höhe stattgegeben und die Auffassung vertreten, wegen vorbehaltloser Ausübung der Option könne sich die Beklagte auf vor der Optionsausübung aufgetretene Mängel nicht mehr berufen. Das Oberlandesgericht hatte die Berufung der Beklagten gemäß § 522 Abs. 2 ZPO im Beschlusswege zurückgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Problematisch war bereits die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe eine Verlängerungsoption ausgeübt

Bei einer Verlängerungsoption handelt es sich um das der begünstigten Partei eingeräumte Recht, ein befristetes Mietverhältnis vor Ablauf der Mietzeit durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung um einen bestimmten Zeitraum zu verlängern<sup>35</sup>. Demgegenüber führt eine Verlängerungsklausel die Vertragsverlängerung allein durch Schweigen herbei. Im vorliegenden Fall haben die Mietvertragsparteien eine Kombination dieser Regelungsmöglichkeiten vorgenommen, indem sie allein der Beklagten die Möglichkeit eingeräumt haben, eine Vertragsverlängerung (um fünf Jahre) nach Ablauf der zehnjährigen Vertragslaufzeit durch schriftliche Erklärung zu verhindern. Dies ändert aber - ebenso wenig wie der Umstand, dass in der Vertragsklausel von einer "Option" die Rede ist - nichts daran, dass die Verlängerung nicht an eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern allein an die Nichtabgabe einer "gegenteiligen schriftlichen Erklärung" und damit das Schweigen der Beklagten gebunden

---

<sup>35</sup> Vgl. BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rn. 21.

ist. Das Unterbleiben der Beendigungserklärung führte mithin zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit demselben Inhalt bei Wahrung des in die Zukunft verlängerten Vertrags<sup>36</sup>.

Auf die Frage, ob die vorliegend erfolgte Vertragsverlängerung überhaupt der Ausübung einer Verlängerungsoption gleichgestellt werden kann, kam es jedoch auf der Grundlage der beiden o. g. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2014 nicht an, weil die Beklagte auch dann ihre Mängelrechte nicht verloren hätte.

## **V. Sonstiges**

### **1. Rechtzeitigkeit der Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Mietvertrags unter Abwesenden (BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356)**

Nicht immer sind es spezifisch mietrechtliche Fragestellungen, die über das Schicksal eines gewerblichen Mietverhältnisses entscheiden. Deshalb hat sich der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs immer wieder mit Fragen des Allgemeinen Teils des BGB zu beschäftigen. So auch in der Entscheidung vom 14. Februar 2016, der folgende Sachverhalt zugrunde lag.

Die Beklagte, eine Mobilfunkanbieterin, wollte auf einem Grundstück, auf dem die Klägerin als örtliches Versorgungsunternehmen lediglich einen Wasserhochbehälter unterhält, einen Mobilfunkmast errichten. Ihre Rechtsvorgängerin übersandte daher Anfang November 2003 der Rechtsvorgängerin der Klägerin einen noch nicht unterzeichneten schriftlichen Freiflächen-Mietvertragstext. Dieser sah eine 30-jährige Laufzeit beginnend ab Vertragsunterzeichnung durch beide Vertragsparteien vor sowie ein ordentliches Kündigungsrecht des Mieters nach Ablauf des 20. Vertragsjahres. Die ab dem Monat, in dem mit dem Aufbau des Mastes begonnen wird, zu zahlende Jahresmiete sollte 2.600 € zuzüglich Umsatzsteuer betragen. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin nahm im Vertragstext eine handschriftliche Änderung - drei statt der vorgesehenen zwei Freihandys - vor, unterschrieb am 9. Dezember 2003 und übersandte den Ver-

---

<sup>36</sup> BGH Urteil vom 14. Oktober 2015 - XII ZR 84/14 - NZM 2015, 861 Rn. 13 f.

trag per Post an die Rechtsvorgängerin der Beklagten. Diese unterzeichnete am 27. Januar 2004 und reichte den Vertrag zurück.

In der Folgezeit erstritt die Beklagte nach über siebenjährigem Genehmigungsverfahren im September 2011 eine Baugenehmigung. Im November 2011 teilte die Klägerin der Beklagten mit, den Vertrag für unwirksam zu halten, und kündigte ihn vorsorglich außerordentlich.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, dass zwischen den Parteien kein wirksames Mietverhältnis bestehe. Hilfsweise beantragte sie festzustellen, dass das Mietverhältnis durch Kündigung beendet sei. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Streitentscheidend war in diesem Fall allein die Frage, ob durch die Vorgänge über den Jahreswechsel 2003/2004 ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen ist. Problematisch war insoweit, dass zwischen der Unterschrift der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Unterzeichnung des Vertrags durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten ein außergewöhnlich langer Zeitraum von insgesamt 51 Tage lag.

Nach § 147 Abs. 2 BGB kann ein unter Abwesenden gemachter Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Das Oberlandesgericht hat diese Voraussetzung bejaht, dabei grundsätzlich eine Frist von vier Wochen für angemessen erachtet und im Hinblick auf die Organisationsstruktur der Beklagten und unter Berücksichtigung der Urlaubszeit zwischen den Jahren die weitere Verzögerung für unschädlich gehalten.

Dieser Rechtsauffassung vermochte der Bundesgerichtshof nicht zu folgen. Zwar unterliegt die Beantwortung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Vertragsangebot unter Abwesenden angenommen werden kann, grundsätzlich tatrichterlichem Ermessen. Im Revisionsverfahren kann die Entscheidung des Tatrichters deshalb nur darauf überprüft werden, ob das Ermessen ausgeübt worden ist, dabei alle wesentlichen Umstände rechtsfehlerfrei ermittelt und berück-

sichtigt sowie die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens richtig bestimmt und eingehalten worden sind<sup>37</sup>. Dieser begrenzten revisionsrechtlichen Überprüfung hielt die angegriffene Entscheidung jedoch nicht stand. Das Oberlandesgericht hatte sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt.

Grundsätzlich setzt sich die nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Frist des § 147 Abs. 2 BGB zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegenszeit sowie der Zeit der Übermittlung der Antwort an den Antragenden<sup>38</sup>. Sie beginnt daher schon mit der Abgabe der Erklärung und nicht erst mit deren Zugang beim Empfänger. Zu den regelmäßigen Umständen im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB gehören auch verzögernde Umstände, die der Antragende kannte oder kennen musste. Als solche kommen etwa die Organisationsstruktur großer Unternehmen, die Erfordernisse der internen Willensbildung bei Gesellschaften oder juristischen Person, aber auch absehbare Urlaubszeiten in Betracht, sofern von einem verzögernden Einfluss auf die Bearbeitungsdauer auszugehen ist<sup>39</sup>.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erwies sich die Ermessensausübung durch das Berufungsgericht revisionsrechtlich als nicht haltbar, weil es den Zeitraum vom 20. Dezember 2003 bis zum 6. Januar 2004 als in vollem Umfang nicht zu berücksichtigend und die Frist des § 147 Abs. 2 BGB daher um 18 Tage verlängern gewertet hat. Für die Annahme des Berufungsgerichts, auch Zeiträume vor Heiligabend und nach Neujahr seien herauszurechnen, fehlte es an einer Grundlage. Denn es entspricht gerade nicht den regelmäßigen, für einen Antragenden absehbaren Umständen, dass in einem großen Unternehmen in dem Zeitraum von Weihnachten bis zum Feiertag Heilige Drei Könige praktisch geschäftlicher Stillstand herrscht und keine Entscheidung erwartet werden<sup>40</sup>. Auch aus der Unternehmensstruktur ergaben sich im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine Verlängerung der Annahmefrist. Es handelte sich um einen von der Beklagten vorformulierten und von ihr mehrfach verwendeten

---

<sup>37</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 22.

<sup>38</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 20 mwN.

<sup>39</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 21.

<sup>40</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn 28.

Standardvertrag und die von der Rechtsvorgängerin vorgenommene Änderung - drei statt zwei Freihandys - war marginal.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Annahmefrist des § 147 Abs. 2 BGB bei Mietverträgen – selbst solchen über Gewerberaum mit hohen Mieten und Unternehmen mit komplexer Struktur als Annehmenden – in der Regel zwei bis drei Wochen nicht übersteigt<sup>41</sup>. Diese Frist hielt auch der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung grundsätzlich für angemessen<sup>42</sup>. Mit der Annahme, auch eine Frist von 51 Tagen genüge noch den Anforderungen des § 147 Abs. 2 BGB hatte das Berufungsgericht die Grenzen seines Ermessens damit überschritten. Hinzu kam, dass das Berufungsgericht die Beweislastverteilung für die Rechtzeitigkeit der Annahme verkannt hatte. Das Zustandekommen eines Vertrages und damit auch die Rechtzeitigkeit der Annahme eines Vertragsangebots hat grundsätzlich derjenige zu beweisen, der den Vertragsschluss behauptet und daraus Rechtsfolgen ableitet. An dieser Verteilung von Darlegungs- und Beweislast ändert auch die Umkehr der prozessualen Parteirollen nichts, die mit einer negativen Feststellungsklage – wie im vorliegenden Fall – verbunden ist<sup>43</sup>.

Eine eigene Sachentscheidung war dem Bundesgerichtshof jedoch verwehrt. Nach den bislang getroffenen Feststellungen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen den Rechtsvorgängern der Streitparteien doch noch Mietvertrag zustande gekommen ist. Zwar hielt der Senat einen Vertragsschluss nach § 150 Abs. 1 BGB oder § 151 Satz 1 BGB für ausgeschlossen, weil es den Parteien, die ja aus ihrer Sicht von einem wirksamen Vertragsschluss ausgegangen sind, an dem hierfür erforderlichen Rechtsbindungswillen fehlte. Ein wirksamer Vertragsschluss konnte sich im vorliegenden Fall jedoch aus der Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben ergeben. Zum einen könnte ein solcher ausnahmsweise durch ein Schweigen der Klägerin auf die verspätete Annahme bewirkt worden sein. Zum anderen kann insoweit auch zu berücksichtigen sein, dass sich die Klägerin erst acht Jahre nach dem angenommenen

---

<sup>41</sup> Vgl. etwa OLG Düsseldorf MDR 2009, 1385; KG ZMR 2008, 615, 616; Schmidt-Futter/Bank Mietrecht 12. Aufl. Vor § 535 BGB Rn. 24; Bub/Treier/Bub Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl., II Rn. 767.

<sup>42</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 32.

<sup>43</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 24 f.

Vertragsschluss auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen hat<sup>44</sup>. Deshalb war die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Eine Beendigung des Vertrages durch die von der Klägerin erklärten Kündigung verneinte der Bundesgerichtshof hingegen<sup>45</sup>. Sowohl die zeitliche Befristung des Mietvertrages als auch die in den von der Beklagten gestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten unterschiedlichen Kündigungsfristen für Mieter und Vermieter hielten einer Nachprüfung anhand der §§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 1 und 2 BGB stand.

## **2. Mitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft**

Gleich zweimal beschäftigte den Bundesgerichtshof im Berichtszeitraum die Frage, ob ein Mieter von Gewerberäumen in einem Einkaufszentrum vertraglich zur Mitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft verpflichtet werden kann<sup>46</sup>. Obwohl weitgehend Einigkeit darüber herrschen dürfte, dass die Errichtung einer Werbegemeinschaft eine sinnvolle Maßnahme darstellt, um Werbemaßnahmen in einem Einkaufszentrum zu koordinieren, bestehen im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen darüber, in welcher Rechtsform Werbegemeinschaften betrieben werden können. Grund hierfür ist insbesondere ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2006<sup>47</sup>, in der entschieden wurde, dass die formularmäßige Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft in Form einer GbR beizutreten, wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos des Mieters gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt. Aus dieser Entscheidung wurde vielfach in der Literatur geschlossen, dass Werbegemeinschaften grundsätzlich nicht in der Rechtsform einer GbR betrieben werden können. Betreiber von Einkaufszentren versuchen daher durch andere rechtliche Gestaltungsformen eine wirksame Verpflichtung ihrer Mieter zur Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft zu erreichen. Ein Mittel der Wahl ist dabei die Rechtsform des eingetragenen Vereins.

---

<sup>44</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 39.

<sup>45</sup> BGH Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15 - NZM 2016, 356 Rn. 40 ff.

<sup>46</sup> BGH Urteile vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 und vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492.

<sup>47</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NZM 2006, 775.

a) Eine solche Fallgestaltung war Gegenstand der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. April 2016<sup>48</sup>, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Kläger ist ein Verein, dessen Zweck die Bewerbung und Förderung eines Einkaufszentrums ist, in dem der Beklagte seit März 2003 eine Ladenfläche von 126 m<sup>2</sup> zum Betrieb einer Apotheke gemietet hat. § 20 Nr. 2 des Formularmietvertrags lautete:

"Die Mieterin verpflichtet sich, der vorgenannten Werbegemeinschaft beizutreten und die Mitgliedschaft während des Bestandes des Mietverhältnisses ununterbrochen beizubehalten (Anlage 2). Die Mieterin erkennt die Satzung der Werbegemeinschaft als Bestandteil des vorliegenden Mietvertrages an. Beschlüsse des Werbevorstandes und der Vollversammlung der Werbegemeinschaft sind für alle Mieter verbindlich."

Dem Mietvertrag war als Anlage 1 die Satzung des Klägers beigelegt. § 6.1 der Satzung sieht einen nach Größe der Mietfläche gestaffelten Mitgliedsbeitrag vor, der "von 101 - 300 qm Mietfläche € 77 pro Monat" beträgt. In § 5.4 Satz 1 der Satzung war bestimmt, dass ein Mieter mit der Beendigung seines Mietvertrags aus dem Verein ausscheidet. Nach § 5.4 Satz 2 der Satzung kann ein Mitglied mit Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Jahren aus dem Verein ausscheiden. Als Anlage 2 war dem Mietvertrag die Beitrittserklärung des Beklagten beigelegt, die dieser zeitgleich mit dem Mietvertrag unterzeichnete.

In der Mitgliederversammlung vom 29. April 2009 beschloss der Kläger bei Anwesenheit aller Mitglieder einstimmig, § 6.1 der Satzung dahingehend zu ändern, dass der Mitgliedsbeitrag nunmehr "von 101 - 300 qm Mietfläche € 105 pro Monat" beträgt. Außerdem wies der Kläger seine Mitglieder darauf hin, dass der Verein seit Januar 2009 umsatzsteuerpflichtig sei und daher zu den in der Satzung festgelegten Beiträgen noch 19 % Mehrwertsteuer hinzukomme.

Der Beklagte zahlte den Mitgliedsbeitrag einschließlich Mehrwertsteuer bis Juni 2012. Mit Schreiben vom 28. März 2013 kündigte er seine Mitgliedschaft zum nächstmöglichen Zeitpunkt.

---

<sup>48</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520.

Mit der Klage machte der Kläger die Mitgliedsbeiträge für Juli 2012 und Oktober 2012 bis August 2013 geltend. Das Amtsgericht hatte der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten war ohne Erfolg geblieben. Seine vom Berufungsgericht zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagte durch die Unterzeichnung der Beitrittserklärung dem Kläger wirksam beigetreten ist, weil der Beitritt des Beklagten in die Werbegemeinschaft nicht als Umgehungsgeschäft gemäß § 306 a BGB unwirksam war und der Beklagte seine Mitgliedschaft vor dem streitgegenständlichen Zeitraum nicht wirksam gekündigt hatte. Dem ist der Bundesgerichtshof gefolgt.

Ein Umgehungsgeschäft im Sinne des § 306 a BGB liegt vor, wenn eine als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksame Regelung bei gleicher Interessenslage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll, die nur den Sinn haben kann, dem gesetzlichen Verbot zu entgehen<sup>49</sup>. Dies kann insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Verwender missbräuchlich eine Rechtsbeziehung in der Form des Gesellschafts- oder Vereinsrecht gestaltet, um durch die in § 310 Abs. 4 BGB geregelten Bereichsausnahmen einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zu entgehen. Liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 306 a BGB vor, eröffnet die Vorschrift die Anwendbarkeit der für die Wirksamkeitskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen maßgeblichen Vorschriften<sup>50</sup>. Führt die dann vorzunehmende Inhaltskontrolle der außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffenen Regelung allerdings zu dem Ergebnis, dass diese den Geschäftspartner des Verwenders nicht gemäß § 307 BGB unangemessen benachteiligt, liegt auch kein Verstoß gegen das Umgehungsverbot vor, der zur Unwirksamkeit der Regelung führt<sup>51</sup>.

Nach diesen Grundsätzen sah der Bundesgerichtshof in der Beitrittserklärung des Beklagten kein Umgehungsgeschäft im Sinne von § 305 c BGB. Denn die

---

<sup>49</sup> Vgl. BGHZ 162, 294 = NJW 2005, 1645, 1646; BGHZ 179, 319 = NJW 2009, 1337 Rn. 20.

<sup>50</sup> Vgl. BGHZ 162, 294 = NJW 2005, 1645, 1647; BGH Urteil vom 20. November 2008 - III ZR 60/08 - NJW 2009, 1199 Rn. 20.

<sup>51</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 21 mwN.

Regelung in § 20 Nr. 2 des Mietvertrags hielt der AGB-rechtlichen Überprüfung stand<sup>52</sup>.

Dass es sich bei der formularvertraglichen Verpflichtung eines Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft beizutreten, die von allen Mietern und vom Betreiber des Einkaufszentrums gebildet wird, nicht um eine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB handelt, hatte der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. Juli 2006 entschieden<sup>53</sup>.

Nach Auffassung des XII. Zivilsenats wird im vorliegenden Fall der Beklagte durch die formularvertraglich begründete Pflicht, dem Kläger als einer in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins organisierten Werbegemeinschaft beizutreten, auch nicht aus anderen Gründen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt. Zur Begründung führt der Senat wiederholt der Senat zunächst seine entsprechenden Erwägungen aus der Entscheidung vom 12. Juli 2006.

Die vertragliche Verpflichtung des Mieters, einer Werbegemeinschaft beizutreten, diene zwar auch dem Interesse des Vermieters, durch gemeinsame Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen aller Mieter die Attraktivität des Einkaufszentrums zu erhöhen. Durch die Pflichtmitgliedschaft in der Werbegemeinschaft erhalte der Mieter hingegen zusätzlich Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die ihm bei einem reinen Umlageverfahren nicht zustünden. Außerdem trafen die jeweiligen Werbemaßnahmen, wenn sie von der aus allen Mietern bestehenden Gemeinschaft getragen werden, eine höhere Akzeptanz bei den Mietern, als wenn sie der Vermieter allein vornehme. Dies wiederum könne zu einem besseren Einvernehmen zwischen den Mietern des Einkaufszentrums und damit zu dessen Erfolg beitragen<sup>54</sup>.

Durch die Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft werden Mieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufszentrum auch nicht im Hinblick auf die durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Vereinigungsfreiheit unangemessen benach-

---

<sup>52</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 22 ff.

<sup>53</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 Rn. 10 mwN.

<sup>54</sup> Vgl. BGH Urteile vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 25 und vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 Rn. 11.

teilt. Die (negative) Vereinigungsfreiheit sei jedoch nicht schrankenlos geschützt. Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit - auch in Form einer Allgemeinen Geschäftsbedingung - sei im vorliegenden Fall jedenfalls durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Der Beklagte sei aus eigenem Entschluss Mieter in einem Einkaufszentrum geworden, in dem eine weitgehend übliche und für effektiv gehaltene Werbegemeinschaft aller Mieter besteht. Eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten ergebe sich daraus nicht<sup>55</sup>.

Anders als in dem Urteil vom 12. Juli 2006 sah der Bundesgerichtshof im vorliegenden Fall kein besonderes Haftungsrisiko des Mieters, das zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB führt. Als Gesellschafter einer GbR würde der Mieter u. a. persönlich auch für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft haften<sup>56</sup>. Ist die Werbegemeinschaft jedoch als eingetragener Verein organisiert, haften die Vereinsmitglieder für Verbindlichkeiten des Vereins grundsätzlich nicht persönlich. Eine Durchgriffshaftung einzelner Mitglieder besteht selbst dann nicht, wenn ein eingetragener Idealverein sich wirtschaftlich betätigt und dabei das Nebenzweckprivileg überschreitet<sup>57</sup>. Ein unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko für den Mieter, welches zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB führt, besteht bei einer in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins gebildeten Werbegemeinschaft folglich nicht<sup>58</sup>.

Schließlich verstößt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs die in § 20 Nr. 2 des Mietvertrags enthaltene Verpflichtung, der Werbegemeinschaft beizutreten, auch nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

An dieser Stelle lag ein entscheidender Unterschied zu dem Sachverhalt, der dem Urteil vom 12. Juli 2006 zu Grunde lag. Dort stand eine mietvertragliche Bestimmung zur Überprüfung, die den Mieter verpflichtete, auf Verlangen des Vermieters einer (noch zu gründenden) Werbegemeinschaft beizutreten, und zur Kostenbeteiligung des Mieters an der Werbegemeinschaft nur die Regelung

---

<sup>55</sup> Vgl. BGH Urteile vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 26 und vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 Rn. 12.

<sup>56</sup> Vgl. BGH Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 Rn. 13 mwN.

<sup>57</sup> Vgl. BGHZ 175, 12 = NZG 2008, 670 Rn. 14; BGH Urteil vom 2. April 1979 - II ZR 141/78 - NJW 1979, 2304, 2306.

<sup>58</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 27.

enthielt, dass die Kosten gemäß den Mietflächen abgerechnet werden. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags war also weder die Werbegemeinschaft gegründet noch bestanden sonstige Regelungen zur konkreten Höhe der Kostenbeteiligung an der Werbegemeinschaft. Für den Mieter bestanden daher bei Abschluss des Mietvertrags keinerlei Anhaltspunkte, um die wirtschaftliche Belastung, die für ihn durch den Beitritt zu der noch zu gründenden Werbegemeinschaft entstehen wird, wenigstens grob einschätzen zu können. Dies war der entscheidende Gesichtspunkt, weshalb der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung die Forderung aufstellte, dass in einem Formularymietvertrag die Höhe der Beiträge, die der Mieter in einem Einkaufszentrum an eine Werbegemeinschaft zu leisten hat, wegen der nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Transparenz bestimmbar sein müsse, zum Beispiel durch die Angabe eines bestimmten Prozentsatzes der Miete oder durch eine festgesetzte Höchstgrenze, damit der Mieter die auf ihn zukommenden Kosten kalkulieren kann<sup>59</sup>.

Im vorliegenden Fall lagen die Dinge anders. Zwar enthielt § 20 Nr. 2 des Mietvertrags ebenfalls keine Regelung zur Höhe der an die Werbegemeinschaft zu leistenden Beiträge. Jedoch waren in § 6.1 der Satzung des Klägers die monatlichen Beiträge, nach der Größe der Mietfläche gestaffelt, genau beziffert. Die Satzung des Klägers wurde von den Vertragsparteien zum Bestandteil des Mietvertrags gemacht und als Anlage 1 dem Vertrag beigelegt. Der Beklagte konnte sich daher vor Abschluss des Mietvertrags ein genaues Bild über die wirtschaftliche Belastung durch die Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft machen. Diese Angaben genügten dem Bundesgerichtshof im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>60</sup>. Eine weitere Festsetzung einer Höchstgrenze der Beiträge war daher weder im Mietvertrag noch in der Satzung des Klägers erforderlich.

Schließlich war die Verpflichtung des Beklagten, die Mitgliedsbeiträge für den mit der Klage geltend gemachten Zeitraum zu entrichten, auch nicht durch die von ihm am 28. März 2013 erklärte Kündigung "zum nächstmöglichen Zeitraum" entfallen.

---

<sup>59</sup> Vgl. BGH Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 Rn. 15.

<sup>60</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 31.

In der Satzung des Klägers war die ordentliche Frist für die Kündigung der Mitgliedschaft auf zwei Jahre festgelegt. Diese Frist ist rechtlich unbedenklich, weil nach § 39 Abs. 2 BGB in einer Vereinssatzung eine Kündigungsfrist von bis zu zwei Jahren bestimmt werden kann<sup>61</sup>.

Der Bundesgerichtshof sah den Beklagten auch verpflichtet, die auf den Mitgliedsbeitrag anfallende Umsatzsteuer zu zahlen. Dies begründete er mit einer ergänzenden Auslegung von § 6.1 der Satzung des Klägers<sup>62</sup>.

b) Eine völlig andere Form der Vertragsgestaltung wählten die Betreiber eines Einkaufszentrums in dem zweiten vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall<sup>63</sup>.

Die Klägerin beehrte im Wege der gewillkürten Prozesstandschaft von der Beklagten als Betreiberin einer Cafébar in einem Einkaufszentrum Zahlung von rückständigen Werbebeiträgen für das Jahr 2013 an die R. L. Werbegemeinschaft GbR (nachfolgend: Werbegemeinschaft).

Die Beklagte schloss im Februar 2010 als Mieterin mit der R. L. GmbH & Co. KG, die bei Vertragsschluss durch die Klägerin vertreten wurde, einen vorformulierten und von der Vermieterseite gestellten Mietvertrag über Gewerberäume zum Betrieb eines Cafés. Zeitgleich schloss die Beklagte mit der Klägerin und mit der zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegründeten Werbegemeinschaft, die ebenfalls durch die Klägerin vertreten wurde, einen vorformulierten Werbegemeinschafts-Vertrag ab, der unter anderem folgende Regelungen enthielt:

"§ 1 Beitritt zur Werbegemeinschaft

1. Der Mieter tritt hiermit der in der R. L. bestehenden Werbegemeinschaft in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des als Anlage beigefügten Gesellschaftsvertrages mit Wirkung zu dem mit dem Vermieter des Einkaufszentrums vereinbarten Mietbeginn bei und verpflichtet sich gegenüber der Werbegemeinschaft und der E. [Klägerin] die Mitgliedschaft während der Dauer des Mietvertrages aufrecht zu erhalten.

---

<sup>61</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 32 f.

<sup>62</sup> BGH Urteil vom 13. April 2016 - XII ZR 146/14 - NZM 2016, 520 Rn. 34 ff.

<sup>63</sup> BGH Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492.

2. Sollte zum Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses noch keine Werbegemeinschaft bestehen, verpflichtet sich der Mieter gegenüber der E. [Klägerin], der danach auf der Grundlage des als Anlage beigefügten Gesellschaftsvertrages noch zu gründenden Werbegemeinschaft des Einkaufszentrums beizutreten und seine Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft während der Dauer des Mietvertrages aufrechtzuerhalten.

Der Mieter erteilt der E. [Klägerin] hiermit die unwiderrufliche Vollmacht, in seinem Namen den Beitritt zur Werbegemeinschaft zu erklären. Die E. [Klägerin] wird von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. (...)

#### § 2 Werbebeitrag

1. Der Mieter verpflichtet sich, 1 % des in dem Mietobjekt erzielten jährlichen Umsatzes (...), mindestens jedoch € 3,60 monatlich pro m<sup>2</sup> angemieteter Ladenfläche als Werbebeitrag an die E. [Klägerin] oder ein anderes von der Werbegemeinschaft mit der Geschäftsbesorgung beauftragtes Unternehmen zu Zwecken der Gemeinschaftswerbung für das Einkaufszentrum zu zahlen. Dieser Werbebeitrag soll jedoch den 1,5-fachen Wert des Mindestwerbebeitrages bzw. des gemäß Ziffer 2 beschlossenen Werbebeitrages nicht überschreiten. (...)"

Nach § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags wurde die Höhe der Mindestwerbekostenbeiträge von der Gesellschafterversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen. Die Beiträge wurden gemäß § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags von den Gesellschaftern im Verhältnis der Größe ihrer Ladenfläche geleistet und waren nach § 6 Abs. 5 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags halbjährlich am 1. Januar und am 1. Juli im Voraus zu zahlen. § 6 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrags sah vor, dass ein Gesellschafter, der seine Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft kündigt, verpflichtet bleibt, für die Dauer seines Mietverhältnisses bzw. bis zu seinem Auszug aus den angemieteten Räumlichkeiten die Mindestwerbebeiträge an die Gesellschaft zu zahlen.

Die Werbegemeinschaft wurde am 2. Juli 2010 gegründet. Zwischen ihr und der Klägerin bestand ein Geschäftsbesorgungsvertrag, in dem die Klägerin ermächtigt wurde, die zu entrichtenden Beitragszahlungen im eigenen Namen, erforderlichenfalls auch gerichtlich, geltend zu machen. Die Beklagte hatte am 14. August 2013 ihre Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft gekündigt.

Das Amtsgericht hatte der Klage auf Zahlung der Werbebeiträge für die beiden Halbjahre 2013 in Höhe von jeweils 1.542,24 € nebst Zinsen stattgegeben. Die

Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die vom Landgericht zugelassenen Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Die von der Beklagten bestrittene Prozessführungsbefugnis der Klägerin wurde vom Bundesgerichtshof bejaht. Die Klägerin habe ein eigenes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Rechtsverfolgung, weil sie von der Werbegemeinschaft mit der Durchführung von Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen für das gesamte Einkaufszentrum beauftragt worden sei (§ 1 Abs. 1 lit. a des Geschäftsbesorgungsvertrags) und die hierfür notwendigen finanziellen Mittel ihr dadurch zur Verfügung gestellt würden, dass die Werbegemeinschaft die von ihren Mitgliedern geleisteten Werbebeiträge an die Klägerin zahlte (§ 2 Abs. 1 des Geschäftsbesorgungsvertrags)<sup>64</sup>.

Die Beklagte war auch nach § 706 BGB iVm § 6.5 des Gesellschaftsvertrags zur Zahlung der von der Werbegemeinschaft für das Jahr 2013 beschlossenen Werbebeiträge verpflichtet.

Dabei konnte der Senat die zwischen den Parteien heftig umstrittene und vom Berufungsgericht bejahte Frage dahinstehen lassen, ob der Beitritt der Beklagten zu der Werbegemeinschaft als Umgehungsgeschäft im Sinne von § 306 a BGB unwirksam ist.

Denn selbst wenn der Beitritt der Beklagten zur Werbegemeinschaft unwirksam sein sollte, schuldete die Beklagte die streitgegenständlichen Werbebeiträge nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft<sup>65</sup>, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch bei einem fehlerhaften Beitritt zu einer Personengesellschaft Anwendung finden<sup>66</sup>. Der fehlerhaft vollzogene Beitritt ist damit regelmäßig nicht von Anfang an unwirksam, sondern kann nur mit Wirkung für die Zukunft durch eine von dem Gesellschafter erklärte Kündigung geltend gemacht werden. Der Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, hat aber das Recht, sich jederzeit im Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen<sup>67</sup>. Bis zum Zugang der

---

<sup>64</sup> BGH Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492 Rn. 19.

<sup>65</sup> BGH Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492 Rn. 21 ff.

<sup>66</sup> Vgl. etwa BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252, 1254 mwN.

<sup>67</sup> BGH Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 198/10 - NJW 2014, 305 Rn. 13.

Kündigungserklärung ist der vollzogene Beitritt grundsätzlich voll wirksam, so dass sich die Rechte und Pflichten der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag richten. Daher bleibt der Gesellschafter bis zur Kündigung auch zur Leistung der von ihm nach dem Gesellschaftsvertrag zu erbringenden Beiträge verpflichtet. Ein Beitritt ist dann vollzogen, wenn Rechtstatsachen geschaffen worden sind, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann. Dies ist der Fall, wenn der Beitretende Beiträge geleistet oder gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt hat<sup>68</sup>.

Auf dieser rechtlichen Grundlage fanden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft im vorliegenden Fall Anwendung. Die Beklagte hatte an der Gründungsversammlung der Werbegemeinschaft teilgenommen und zumindest zeitweise Werbebeiträge geleistet. Ihr Beitritt zu der Werbegemeinschaft war damit vollzogen, so dass sie sich jedenfalls so behandeln lassen musste, als wäre sie wirksam der Werbegemeinschaft beigetreten<sup>69</sup>.

Dem stand auch die von der Beklagten mit Schreiben vom 14. August 2013 gegenüber den Prozessbevollmächtigten der Klägerin erklärte Kündigung nicht entgegen. Die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses durch einen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB ist als Gestaltungsakt in Bezug auf die Gesellschaftsgrundlagen grundsätzlich an alle Gesellschafter zu richten. Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und setzt daher den Zugang an alle Mitgesellschafter voraus. Ein Zugang gegenüber den vertretungsberechtigten Gesellschaftern reicht grundsätzlich nicht aus, weil sich deren Vertretungsbefugnis regelmäßig nicht auf Geschäfte erstreckt, die die Geschäftsgrundlage der Gesellschaft. Der Zugang gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter ist nur dann ausreichend, wenn der Gesellschaftsvertrag diesen zur Entgegennahme von Kündigungserklärungen ermächtigt oder wenn er die an die Gesellschaft gerichteten Kündigungserklärungen von sich aus an die übrigen Gesellschafter zur Kenntnisnahme weiter leitet<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> BGH Urteil vom 27. Juni 2000 - XI ZR 174/99 - NJW 2000, 3558, 3560 mwN.

<sup>69</sup> BGH Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492 Rn. 23.

<sup>70</sup> BGH Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492 Rn. 25 mwN.

Danach war die von der Beklagten erklärte Kündigung unwirksam. Vorliegend wurde die Kündigung nur gegenüber den Prozessbevollmächtigten der Klägerin ausgesprochen. Diese waren ebenso wenig wie die Klägerin selbst zur Vertretung der geschäftsführenden Gesellschafter der Werbegemeinschaft berechtigt. Dass die Kündigungserklärung an die geschäftsführenden Gesellschafter oder gar an alle Gesellschafter weitergeleitet worden wäre, hatte das Berufungsgericht nicht festgestellt<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> BGH Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14 - NJW 2016, 2492 Rn. 26.