

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gewer- beraummietrecht

RiBGH Dr. Peter Günter

I.	Einleitung.....	2
II.	Auslegung einer Mietanpassungsklausel	2
III.	Vermieterhaftung bei Schadensverursachung durch einen Bauhandwerker; Regressverzicht des Gebäudeversicherers	5
IV.	Schriftform, § 550 BGB.....	9
1.	Einhaltung der Schriftform bei Unterschrift eines GbR-Gesellschafters mit hinzugesetztem Firmenstempel	9
2.	Einhaltung der Schriftform bei einem Mieterwechsel.....	11
V.	Betriebskosten.....	15
1.	Verzugszinsen bei verspäteter Auszahlung eines Betriebskostenguthabens.....	15
2.	Korrektur der Betriebskostenabrechnung nach vorbehaltloser Erstattung eines Guthabens.....	18
VI.	Sachmängelrecht.....	22
1.	Minderung bei Verstoß gegen eine Konkurrenzschutzklausel	22
2.	Duldungspflicht des Mieters bei umfangreichen Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters	26
VII.	Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters bei Insolvenz eines von mehreren Mitmietern	30
VIII.	Zur Statthaftigkeit des Urkundenprozesses für die Klage auf Zahlung rückständiger Miete bei vom Mieter vorbehaltener Rechte wegen eines anfänglichen Mangels der Mietsache	33

I. Einleitung

Wie auch in den Jahren davor ist der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seit den Weimarer Immobilienrechtstagen 2012 mit einer Vielzahl von Rechtsmitteln im Gewerberaummietrecht befasst gewesen. Neben Fragen zur Einhaltung der Schriftform bei langfristigen Mietverträgen beschäftigten den Bundesgerichtshof vor allem Probleme der Betriebskostenabrechnung und das Sachmängelrecht. Dabei konnten auch im vergangenen Jahr rechtsgrundsätzliche Fragen beantwortet werden, die bislang in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten waren.

II. Auslegung einer Mietanpassungsklausel

Am 7. November 2012¹ hatte der Bundesgerichtshof über die Anpassung einer in einem gewerblichen Mietvertrag enthaltenen Wertsicherungsklausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu entscheiden.

Die Klägerin beehrte von der Beklagten Mieterhöhungsbeträge aus einem gewerblichen Mietverhältnis. Der im Jahre 1985 geschlossene Mietvertrag enthielt folgende Wertsicherungsklausel:

"Für die ersten drei Mietjahre nach Bezugsfertigkeit ist der in § 2 vereinbarte Mietzins fest vereinbart.

Nach Ablauf dieser Zeit kann sich auf Verlangen einer Seite der Mietzins um 60% der prozentualen Indexveränderung ändern, wenn nach dem dritten Mietjahr der Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland (Basis 1980 = 100) um 10 Prozent oder mehr steigt bzw. fällt. Die ersten drei Jahre (...) sind indexneutral. Feststellungsgrundlage dafür sind die monatlichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden. Die Mietzinsveränderung gilt ab dem zweiten Monatsersten, der dem begründeten Antrag folgt.

¹ BGH Urteil vom 7. November 2012 - XII ZR 41/11 – NZM 2013, 148.

Jeweils frühestens drei Jahre nach der Mietzinsänderung kann sich der Mietzins erneut um 60% der prozentualen Indexveränderung verändern, wenn der genannte Lebenshaltungsindex abermals um 10 Prozent oder mehr steigt oder fällt.

Wenn sich entsprechend dieser Regelung der ursprüngliche Mietzins nach oben oder unten um mehr als insgesamt 50 Prozent verändert hat, hat bei Ermäßigung der Vermieter, bei Erhöhung der Mieter das Kündigungsrecht jeweils mit einer Frist von einem Jahr."

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung einer um monatlich 781,10 € zzgl. Umsatzsteuer erhöhten Miete stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Die Problematik des Falles bestand darin, dass das statische Bundesamt den Preisindex für die Lebenshaltungskosten von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittleren Einkommen ab dem 1. Januar 2000 nicht mehr weitergeführt und ihn zum 31. Dezember 2002 endgültig eingestellt hatte. An dessen Stelle trat ab dem 1. Januar 2000 der sog. „Verbraucherindex“. Damit war die Frage zu klären, wie die hierdurch entstandene Regelungslücke in dem Mietvertrag zu schließen ist.

Der Bundesgerichtshof teilte die Auffassung des Oberlandesgerichts, dass die Regelungslücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung dahingehend zu schließen ist, dass - jedenfalls wenn der der Anpassung zugrunde liegende Zeitraum ab dem 1. Januar 2000 beginnt - für die automatische Anpassung der Miethöhe auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex bereits ab dem Basisjahr 2000 abzustellen ist.

Der Bundesgerichtshof hatte bereits früher entschieden, dass die Parteien eines gewerblichen Mietvertrages, wenn sie den Fall bedacht hätten, dass der von ihnen in Bezug genommene und auf einen bestimmten Haushaltstyp (4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen) zugeschnittene Lebenshaltungsindex nicht fortgeschrieben wird, wohl aber der für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland geltende Index (jetzt: "Verbrau-

cherpreisindex"), redlicher Weise diesen Index als Maßstab für künftige Anpassungen des Mietzinses vereinbart hätten².

Der Auffassung der Revision, die die Frage, ob die Steigerung des Preisniveaus den im Mietvertrag geforderten Prozentsatz übersteigt, erst ab dem Zeitpunkt nach dem Verbraucherpreisindex beurteilen wollte, von dem an der bisherige Index nicht mehr berechnet worden ist (Ende 2002), folgte der Bundesgerichtshof nicht.

Zwar hielt der XII. Zivilsenat die Annahme der Revision für plausibel, die Vertragsparteien hätten bei Kenntnis des notwendigen Indexwechsels die Fortdauer des bisherigen Index bis zum längst möglichen Zeitpunkt, hier also bis zu dessen endgültigem Wegfall zum Jahresende 2002 vereinbart mit der Folge, dass für die notwendige Umrechnung nicht auf das Verhältnis der im Zeitpunkt der Einführung des neuen Index (1. Januar 2000) maßgebenden Werte abzustellen wäre, sondern auf das Verhältnis der im Zeitpunkt des endgültigen Wegfalls des bisherigen Index (31. Dezember 2002) maßgebenden Werte. Eine solche Annahme beruhe jedoch auf einem Missverständnis der statistischen Grundlagen. Der von den Parteien mit der vereinbarten Prozentklausel herangezogene Lebenshaltungskostenindex mit dem Basisjahr 1980 als solcher bereits sei tatsächlich seit Mitte der 1980er Jahre nicht mehr ermittelt worden. Denn in den Jahren 1985, 1991, 1995, 2000 und 2005 sei das jeweils maßgebliche Wägungsschema anhand der geänderten Verbrauchsgewohnheiten umbasiert worden³.

Vor diesem Hintergrund müsse die von den Parteien getroffene Vereinbarung dahin umgedeutet werden, dass mit der Prozentklausel nicht der Lebenshaltungskostenindex nach dem fixen Wägungsschema und Basisjahr 1980 in Bezug genommen sei, sondern der Lebenshaltungskostenindex nach dem jeweils gültigen Basisjahr. Seien die Indexreihen für ein neues Basisjahr veröffentlicht, hätten allein sie Gültigkeit für die Prozentklausel, während die früher

² Senatsurteil vom 4. März 2009 - XII ZR 141/07 - ZMR 2009, 591 Rn. 19 mwN.

³ BGH Urteil vom 7. November 2012 - XII ZR 41/11 – NZM 2013, 148 Rn. 18 ff.

veröffentlichten Indexreihen auf einem statistisch überholten Wägungsschema beruhten und allein deshalb nicht länger herangezogen werden könnten⁴.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung musste außerdem für den Zeitpunkt des Übergangs vom früheren Lebenshaltungskostenindex zum heutigen Verbraucherpreisindex eine Regelung gefunden werden, welche die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall eines Wegfalls des gewählten Index bedacht hätten.

Hierzu nahm der Bundesgerichtshof an, dass die Parteien sich redlicher Weise bereits ab Einführung des neuen Verbraucherpreisindex auf die Geltung des aktuelleren Wägungsschemas ab dem Basisjahr 2000 geeinigt hätten, anstelle der weiteren Mietentwicklung ein statistisch überholtes Wägungsschema zugrunde zu legen und weitere Verfälschungen durch einen Methodenwechsel in Kauf zu nehmen⁵.

III. Vermieterhaftung bei Schadensverursachung durch einen Bauhandwerker; Regressverzicht des Gebäudeversicherers

Am 12. Dezember 2012⁶ hatte der Senat über die Frage zu entscheiden, ob sich eine Haftungsprivilegierung des Vermieters für eine infolge leichter Fahrlässigkeit beschädigte Mietsache ergibt, wenn der Mieter durch eine entsprechende Klausel in einem Gewerbemietvertrag verpflichtet wird, für seinen Betrieb eine Geschäftsversicherung abzuschließen.

Die Klägerin verlangte als Feuerversicherer des Mieters der Beklagten (im Folgenden Mieter) Schadensersatz aus gemäß § 67 Abs. 1 VVG aF (jetzt § 86 VVG) übergegangenem Recht wegen eines Brandschadens.

Die Beklagte vermietete 2001 in ihrem Wohn- und Geschäftshaus Räume zum Betrieb eines Fitness-Studios. Gemäß § 9 Nr. 11 des Mietvertrages war der Mieter verpflichtet, u.a. eine Feuer-, Einbruch-, Diebstahl- und Leitungswas-

⁴ BGH aaO Rn. 25.

⁵ BGH aaO Rn. 27 ff.

⁶ BGH Ur. v. 12. Dezember 2012 – XII ZR 6/12 – NZM 2013, 191.

erversicherung als Versicherungsnehmer und Versicherungsbegünstigter abzuschließen. Der Mieter schloss diese Versicherungen als Geschäftsversicherung einschließlich einer Betriebsunterbrechungsversicherung bei der Klägerin ab. Bei der Geschäftsversicherung handelt es sich um eine Versicherung der technischen und kaufmännischen Betriebseinrichtung des Fitness-Studios einschließlich der Gebrauchsgegenstände der Betriebsangehörigen und branchenüblicher Waren und Vorräte sowie des Betriebsunterbrechungsschadens.

Im Januar 2007 kam es zu einem Brand in der Tiefgarage des Gebäudes, durch den die über der Garage gelegenen Mieträume und die darin befindlichen Geräte und Einrichtungsgegenstände beschädigt wurden. Ursache des Brandes war eine Brandstiftung an Styroporplatten, die von der Streithelferin der Beklagten zwei Tage zuvor in der Garage gelagert worden waren und bei der bevorstehenden von der Beklagten in Auftrag gegebenen Sanierung des Flachdaches des Anwesens verbaut werden sollten. Die frei zugängliche nach drei Seiten hin offene Garage hat eine Größe von mehr als 100 m².

Die Klägerin behauptete, sie habe an den Mieter zur Regulierung des Brandschadens 71.155,39 € zahlen müssen. Mit der Klage verlangte sie von der Beklagten Ersatz dieses Schadens aus übergegangenem Recht des Mieters.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Es vertrat die Ansicht, der Mieter habe schon keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte, der auf die Klägerin hätte übergehen können. Darüber hinaus stehe einer Haftung der Beklagten § 9 Nr. 11 des Mietvertrages entgegen, aus dem sich ergebe, dass die Beklagte für von ihr oder ihren Erfüllungsgehilfen verursachte Schäden nur dann aufzukommen habe, wenn sie diese Schäden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht habe.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat wie das Oberlandesgericht dem Grunde nach einen Anspruch der Klägerin aus gemäß § 67 VVG aF⁷ übergegangenem Recht bejaht, weil der Mieter gegen die Beklagte gemäß §§ 535, 280, 278 BGB wegen Verletzung der mietvertraglichen Fürsorgepflicht einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Brand verursachten Schadens hatte.

Grundsätzlich trifft den Vermieter trifft der Hauptpflicht, dem Mieter den ungestörten Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, die vertragliche Nebenpflicht, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von diesem eingebrachten Sachen zu⁸. Aus dieser Fürsorgepflicht folgt, dass der Vermieter keine zusätzliche Gefahrenquelle schaffen darf, die die Brandgefahr für die Mieträume erhöht. Eine solche Gefahrenquelle hatte der Vermieter im hier zu entscheidenden Fall aber dadurch geschaffen, dass der von ihm beauftragte Handwerker, dessen Verschulden er sich gemäß § 278 Abs. 1 BGB zurechnen lassen musste, die Styroporplatten in der Garage gelagert hatte. Diese Form der Lagerung der brennbaren Materialien verstieß gegen § 14 Abs. 2 GaVO BW, einer Vorschrift, die dem Brandschutz dient und für die Beurteilung, welche gefahrbe gründenden Handlungen der Vermieter zu unterlassen hat, als öffentlich-rechtliche Betriebsvorschrift, die dem Brandschutz dient, herangezogen werden konnte⁹.

Der von der Beklagten mit der Sanierung des Daches beauftragte Handwerker hatte dadurch, dass er Styroporplatten vorübergehend in der Garage des Gebäudes gelagert hatte, die Brandlast und damit die Brandgefahr in der Garage und für die darüber gelegenen Mieträume erhöht. Diese Pflichtverletzung musste sich die Beklagte gemäß § 278 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, weshalb die Beklagte dadurch die ihr gegenüber ihrem Mieter obliegende mietvertragliche Fürsorgepflicht fahrlässig verletzt hatte.

⁷ Auf das Versicherungsverhältnis war das bis zum 31. Dezember 2007 geltende Recht anwendbar, weil es sich um einen vor dem 31. Dezember 2008 eingetretenen Versicherungsfall aus einem Altvertrag handelte (Art. 1 Abs. 2 EGVVG).

⁸ Vgl. BGH vom 22. Oktober 2008 - XII ZR 148/06 - NJW 2009, 142; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 535 BGB Rn. 91 f.

⁹ BGH Ur. v. 12. Dezember 2012 - XII ZR 6/12 - NZM 2013, 191 Rn. 18; vgl. hierzu auch Blank in Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 535 Rn. 306

Die Revision vertrat jedoch die Auffassung, der Anspruch des Mieters gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen leicht fahrlässiger Schadensverursachung sei durch einen stillschweigenden mietvertraglichen Haftungsverzicht ausgeschlossen. Es sei auch im vorliegenden Fall die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Regressverzicht des Feuerversicherers heranzuziehen, wonach sich aus einer ergänzenden Auslegung des von einem Vermieter abgeschlossenen Gebäudeversicherungsvertrages ein konkludenter Regressverzicht des Versicherers für die Fälle ergibt, in denen der Mieter einen Brandschaden durch nur einfache Fahrlässigkeit verursacht hat (versicherungsrechtliche Lösung)¹⁰.

Dem ist der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nicht gefolgt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auf die sich die Beklagte berief, beruht darauf, dass dem Vermieter für den Versicherer erkennbar daran gelegen ist, den Mieter in den Schutz des Gebäudeversicherungsvertrags einzubeziehen. Der Vermieter hat ein Interesse daran, dass der Mieter, auf den er in der Regel die Kosten der Versicherung abwälzt, in seiner Erwartung, er sei bei fahrlässiger Schadensverursachung durch die Versicherung geschützt, nicht enttäuscht wird. Auch liegt es nicht im wirtschaftlichen Interesse des Vermieters, wenn das Vermögen seines Mieters mit Regressforderungen belastet wird, weil sich diese Belastungen auf die Mietzahlungen auswirken können¹¹.

Eine vergleichbare Interessenlage wurde vom Bundesgerichtshof verneint. Gegenstand der Versicherung sei nicht das Gebäude der Beklagten, sondern seien ausweislich des Versicherungsscheins die in den Geschäftsräumen befindliche technische und kaufmännische Betriebseinrichtung einschließlich der Gebrauchsgegenstände von Betriebsangehörigen und branchenübliche Waren und Vorräte sowie der Betriebsunterbrechungsschaden. Die versicherten Gegenstände und die Betriebsunterbrechungsversicherung stünden in keinem Bezug zu der Beklagten als Vermieterin. Vielmehr diene die Geschäftsversicherung der Absicherung des eigenen wirtschaftlichen Interesses des Mieters. Ein

¹⁰ Vgl. hierzu BGHZ 145, 393 = NJW 2001, 1353, 1354; BGH Urteile vom 14. Februar 2001 - VIII ZR 292/98 - NZM 2001, 638 und vom 3. November 2004 - VIII ZR 28/04 - NZM 2005, 100, 101; BGH Beschluss vom 12. Dezember 2001 - XII ZR 153/99 - NJW-RR 2002, 1243.

¹¹ BGH Urt. v. 12. Dezember 2012 – XII ZR 6/12 – NZM 2013, 191 Rn. 33

für die Klägerin erkennbares Interesse des Mieters daran, die Beklagte durch die Geschäftsversicherung vor einem Regress wegen eines von dieser leicht fahrlässig verursachten Schadens an den versicherten Gegenständen zu schützen, bestehe danach nicht¹².

IV. Schriftform, § 550 BGB

1. Einhaltung der Schriftform bei Unterschrift eines GbR-Gesellschafters mit hinzugesetztem Firmenstempel

Am 23. Januar 2013¹³ hatte sich der Senat erneut mit einem Fall zur Einhaltung der Schriftform für langfristige Mietverträge gemäß § 550 Satz 1 BGB zu befassen, bei dem es um die erforderliche Unterschriftsleistung ging. Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, eine als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geführte überörtliche Sozietät von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Rechtsanwälten, mietete von der Rechtsvorgängerin der Beklagten Kanzleiräume mit Wirkung vom 1. August 2002. In dem schriftlich abgefassten Mietvertrag vom 9. August 2002, der eine feste Laufzeit von zehn Jahren vorsah, war als Mieter die "R. W. & Partner Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte GbR, H-Straße 16, E." bezeichnet; einzelne Gesellschafter waren nicht aufgeführt. Unterschrieben war der Mietvertrag auf Mieterseite nur von dem Gesellschafter B. Der Unterschrift beigefügt war ein Stempelabdruck der "R. W. & Partner Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte GbR, H-Straße 16, E.". Auf dieselbe Weise unterschrieben und stempelten die Vertragsparteien am selben Tag einen "Nachtrag 1 zum Vertrag vom 9. August 2002", mit dem sie nähere Einzelheiten über den Austausch von Fußböden sowie die Mietfreiheit einer Vorabnutzung der Räumlichkeiten im Juli 2002 regelten. Vor Ablauf der Zehnjahresfrist kündigte die Klägerin den Mietvertrag mit Schreiben vom 15. September 2009, welches von sämtlichen 15 Gesellschaftern der Klägerin unterzeichnet war, zum 31. März 2010.

¹² BGH aaO Rn. 34.

¹³ BGH Urteil vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 - NZM 2013, 271.

Mit ihrer Klage hatte die Klägerin die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis zum 31. März 2010 beendet sei. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hatte das Oberlandesgericht die Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. März 2010 festgestellt. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Der Bundesgerichtshof bestätigte in dieser Entscheidung zunächst seine ständige Rechtsprechung¹⁴, wonach das Schriftformerfordernis des § 550 BGB nicht erfüllt ist, wenn der für eine GbR abzuschließende Mietvertrag nur von einem einzelnen Gesellschafter unterzeichnet ist. Für die Einhaltung der Schriftform ist es nämlich erforderlich, dass alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Nur dann ergibt sich aus der Urkunde, dass ein Vertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter den Mietvertrag, muss dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Ohne einen solchen Zusatz wäre nämlich nicht auszuschließen, dass die Unterschriften der übrigen Gesellschafter noch fehlen¹⁵.

Der Bundesgerichtshof hielt es in dem konkreten Fall jedoch für ausreichend, dass das Vertretungsverhältnis für die Gesellschaft durch den der Unterschrift beigefügten Stempelabdruck angezeigt wurde, ohne dass es dazu weiterer Unterschriften der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter bedurft hätte¹⁶. Zur Begründung führte er aus, der Senat habe zwar entschieden, dass wenn eines der zur gemeinschaftlichen Vertretung berufenen Organmitglieder der Gesellschaft den Vertrag unterzeichne, die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt sei, wenn auch die übrigen Organmitglieder unterzeichnen oder die Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Organmitglied auch diejenigen Organmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben¹⁷. Dies gelte aber nur, wenn dem Erscheinungsbild der Urkunde nach die Unterschrift

¹⁴ BGHZ 125, 175, 179 = NJW 1994, 1649, 1650; BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 25 f. mwN und BGH Urteile vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389, 3390 ff.

¹⁵ BGH Urteil vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 – NZM 2013, 271 Rn. 10.

¹⁶ BGH aaO Rn. 11.

¹⁷ Vgl. hierzu BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453; BGH Urteile vom 16. Juli 2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053, 3054 und vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389, 3390 ff.

des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben sei. Nur dann erwecke die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen¹⁸.

Anders liege der Fall, wenn dem Erscheinungsbild der Urkunde nach der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nehme und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz kenntlich mache. Ein solcher Zusatz liege in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weise denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschriftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Denn der Geschäftsverkehr messe dem Firmen- oder Betriebsstempel eine Legitimationswirkung bei. Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiere im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung werfe keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Daher erfülle sie die Schriftform¹⁹.

Schließlich betonte der Bundesgerichtshof auch in dieser Entscheidung erneut, dass es für die Frage der Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB unerheblich ist, ob die mit Stempelzusatz geleistete Unterschrift von einer sie tragenden Vertretungsmacht gedeckt war²⁰.

2. Einhaltung der Schriftform bei einem Mieterwechsel

Am 30. Januar 2013 entschied der Bundesgerichtshof über die Frage, welche formalen Voraussetzungen die Vereinbarung eines Mieterwechsels erfüllen

¹⁸ BGH Urteil vom 23. Januar 2013 - XII ZR 35/11 - NZM 2013, 271 Rn. 13.

¹⁹ BGH aaO Rn. 14.

²⁰ BGH aaO Rn. 15.

muss, damit die Schriftform des Mietvertrages nach § 550 Satz 1 BGB gewahrt bleibt²¹.

Der Entscheidung lag (zum besseren Verständnis etwas vereinfacht) folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Klägerin vermietete mit Vertrag vom 20. Mai 1996 an die J. GmbH ein Gewerbeobjekt zum Betrieb eines Logistikunternehmens mit einer festen Mietdauer von 15 Jahren und einer Verlängerungsoption für die Mieterin von einmal fünf Jahren. Nach Ablauf der Mietzeit sollte sich das Mietverhältnis jeweils um ein Jahr verlängern, wenn nicht der Mieter oder Vermieter binnen sechs Monaten vor Ablauf der Mietzeit schriftlich kündigt.

Am 26. April 2001 schloss die J. GmbH mit der Beklagten einen "Kauf- und Übertragungsvertrag über einen Geschäftsbetriebsteil". In Ziffer 3.1 vereinbarten die Vertragsparteien, dass die Käuferin anstelle der Verkäuferin in sämtliche Rechte und Pflichten aus den in einer dem Vertrag beigefügten Anlage 3.1 aufgeführten Verträgen und Vertragsangeboten eintrete. Dauerschuldverhältnisse wurden ausdrücklich in die Vereinbarung mit eingeschlossen. In dieser Anlage 3.1 fand sich eine mit der Bezeichnung "Raummieten 2000" überschriebene tabellarische Aufstellung von Mietobjekten, eingeteilt in Standorte, Bezeichnung der Vermieter und Angabe der zu zahlenden Mieten, die unter anderem folgende Angabe beinhaltet: "Standort: Hamburg; Vermieter: G. GbR; Mietzins 22.900".

In dem Rechtsstreit begehrte die Klägerin als Vermieterin u. a. die Feststellung, dass zwischen den Parteien hinsichtlich der vertragsgegenständlichen Gewerbeobjekts ein befristetes Mietverhältnis bis zum 31. Mai 2016 besteht, das bis dahin nicht ordentlich kündbar ist. Mit der Widerklage verlangte die Beklagte die Feststellung, dass das Mietverhältnis aufgrund einer Kündigung vom 30. März 2011 zum 30. September 2011 beendet worden ist. Im Termin vor dem Landgericht vom 31. März 2011 überreichte die Beklagte der Klägerin ein auf den 30. März 2011 datiertes Schreiben, mit dem sie das Mietverhältnis zum 30. September 2011 kündigte.

²¹ BGH Urteil vom 30. Januar 2013 - XII ZR 38/12 – NZM 2013, 269.

Das Landgericht hatte der Feststellungswiderklage teilweise stattgegeben und eine Beendigung des Mietvertrages aufgrund der Kündigung vom 30. März 2011 zum 31. Mai 2012 festgestellt. Gegen dieses Urteil hatten beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hatte das erstinstanzliche Urteil abgeändert und auf die Widerklage hin festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis aufgrund der Kündigung vom 30. März 2011 zum 30. September 2011 endete. Die Berufung der Klägerin hatte es insoweit zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlichen Feststellungsantrag weiterverfolgte, blieb ohne Erfolg.

Ausgangspunkt der Überlegungen war in diesem Fall, dass der "Kauf- und Übertragungsvertrag über einen Geschäftsbetriebsteil" vom 26. April 2001 nicht dazu führte, dass die Beklagte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in den Mietvertrag eingetreten war. Die Vertragsparteien wollten den Betriebsteil nämlich in Form eines sog. „asset-deals“ veräußern. Die Beklagte sollte nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen nicht Gesellschaftsanteile der J. GmbH erwerben, sondern die einzelnen Vermögensgegenstände des Betriebs der J. GmbH sollten Gegenstand des Kaufs sein. Folgerichtig enthielt der „Kauf- und Übertragungsvertrag“ auch die Vereinbarung, dass die Käuferin in die von der Verkäuferin geschlossenen Verträge und damit auch in den streitgegenständlichen Mietvertrag eintreten sollte. Für die in diesem Fall streitentscheidende Frage, ob der Mietvertrag von der Beklagten noch vor Ende der vereinbarten Laufzeit wirksam gekündigt werden konnte, war deshalb von Bedeutung, ob die in dem „Kauf- und Übertragungsvertrag über einen Geschäftsbetriebsteil“ enthaltene Vereinbarung über den Eintritt der Beklagten in den Mietvertrag wirksam war und der Mietvertrag danach noch die Schriftform des § 550 Satz 1 BGB gewahrt hat.

Grundsätzlich ist die Vertragsübernahme ein einheitliches Rechtsgeschäft, das der Zustimmung aller Beteiligten bedarf²². Die Vertragsübernahme kann als dreiseitiger Vertrag oder durch Vertrag zwischen zwei Beteiligten geschlossen werden, der durch den dritten Beteiligten genehmigt wird²³. Wird ein

²² Vgl. BGHZ 96, 302 = NJW 1986, 918; BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158.

²³ BGH Urteil vom 20. April 2005 - XII ZR 29/02 - NZM 2005, 584.

Mieterwechsel - wie hier - in Form einer Vereinbarung zwischen dem Vormieter und dem neuen Mieter vorgenommen, bedarf es der Genehmigung durch den Vermieter, die auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann. Für die Schriftform des § 550 Satz 1 BGB hatte der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass bei einem zwischen dem früheren und einem neuen Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel für die Aufrechterhaltung der Schriftform des § 550 BGB die notwendige Zustimmung des Mieters nicht der Schriftform bedarf²⁴. Auch bei einem vom Vermieter und früheren Mieter vereinbarten Mieterwechsel hat der Senat die Zustimmung des neuen Mieters formfrei für wirksam gehalten²⁵. Diese Entscheidungen bezogen sich jedoch nur auf die Formbedürftigkeit der erforderlichen Zustimmung des Dritten bei einer nur von zwei Beteiligten vereinbarten Vertragsübernahme. In dem hier zu entscheidenden Fall war jedoch maßgeblich, ob die Nachtragsvereinbarung über den Wechsel des Vermieters oder Mieters als solche formbedürftig ist.

Der Bundesgerichtshof stellte in dieser Entscheidung klar, dass - auch wenn die Zustimmung des Dritten formfrei möglich ist - die nachträgliche Vereinbarung über einen Vermieter- oder Mieterwechsel hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug nehmen muss, um die Schriftform aufrechterhalten²⁶, da die Angabe der Mietvertragsparteien zu den wesentlichen Vertragsbedingungen zähle, die von dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB erfasst werden. Der Mieterwechsel müsse zur Wahrung der Schriftform dergestalt beurkundet sein, dass sich die vertragliche Stellung des neuen Mieters im Zusammenhang mit dem zwischen dem vorherigen Mieter und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag ergebe.

Diesen Anforderungen genügten die im Streitfall vorliegenden, über den Mieterwechsel erstellten Urkunden nicht. Insbesondere fehlte es an einem hinreichend deutlichen Bezug in dem Kauf- und Übertragungsvertrag vom 26. April 2001 auf den ursprünglichen Mietvertrag. In diesem selbst waren die Vertragsverhältnisse, in die die Beklagte im Wege der Einzelrechtsnachfolge eintreten sollte, nicht benannt. Die Angaben, die in einer Anlage, auf die in dem Übertra-

²⁴ Vgl. BGHZ 154, 171 = NZM 2003, 476, 478.

²⁵ BGH Urteil vom 20. April 2005 - XII ZR 29/02 - NZM 2005, 584, 585.

²⁶ BGH Urteil vom 30. Januar 2013 - XII ZR 38/12 - NZM 2013, 269 Rn. 23.

gungsvertrag verwiesen wurde, enthalten waren, waren äußerst knapp und ungenau, weshalb sie nicht ausreichten, um die erforderliche Bezugnahme zu dem ursprünglichen Mietvertrag herzustellen. Wegen des unzureichenden Bezugs wäre es der Beklagten mit der Urkunde über den Kauf- und Übertragungsvertrag und der Anlage auch im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Mietvertrag gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks ihre Mieterstellung nicht nachweisen. Damit fehlte es an dem für die Wahrung der Schriftform erforderlichen lückenlosen Zusammenhang aller Schriftstücke, aus denen sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ergeben.

Die Beklagte konnte daher den Mietvertrag wirksam innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen, § 550 Satz 2 BGB.

V. Betriebskosten

1. Verzugszinsen bei verspäteter Auszahlung eines Betriebskostenguthabens

Am 5. Dezember 2012²⁷ hatte der XII. Zivilsenat die Gelegenheit, zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, ob der Vermieter, der verspätet eine Betriebskostenabrechnung erstellt, auf das zugunsten des Mieters errechnete Guthaben Verzugszinsen nach § 288 BGB entrichten muss.

Die Beklagte hatte von der Klägerin Gewerberäume angemietet. Das Mietverhältnis endete am 31. Dezember 2009. Neben der Nettomiete für die angemieteten Räume vereinbarten die Parteien Betriebskostenvorauszahlungen. Nach § 13 des Mietvertrags sollten die entstandenen Nebenkosten "in einem Zeitraum von zwölf Monaten in tatsächlicher Höhe abgerechnet" werden.

Die Klägerin rechnete die Betriebskosten für die Jahre 2002 bis 2007 nicht binnen zwölf Monaten seit dem Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraums ab. Erst nach einer schriftlichen Aufforderung durch die Beklagte vom 25. August 2009 erstellte sie die Betriebskostenabrechnungen, aus denen sich ein erhebliches Guthaben zu Gunsten der Beklagten ergab. Dieses wurde von der Klägerin sodann vollständig ausgeglichen.

²⁷BGH Urteil vom 5. Dezember 2012 - XII ZR 44/11 – BGHZ 196, 1 = NZM 2013, 188.

Mit der Klage hatte die Klägerin rückständige Miete für den Monat November 2009 geltend gemacht. Mit der Widerklage verlangte die Beklagte wegen der verspäteten Abrechnung für die Guthaben aus den Abrechnungszeiträumen 2004 bis 2007 jeweils vom ersten Tag des Folgejahres an bis zum Zeitpunkt der Abrechnung die Zahlung gesetzlicher Verzugszinsen.

Im Revisionsverfahren stritten die Parteien nur noch darüber, ob die Beklagte im Rahmen der Widerklage von der Klägerin Verzugszinsen wegen der verspäteten Abrechnung von Betriebskosten verlangen konnte. Das Landgericht hatte der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Widerklage abgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Der Bundesgerichtshof verneinte einen Anspruch der Beklagten auf Verzugszinsen für das zwischenzeitlich an sie ausbezahlte Betriebskostenguthaben sowohl in direkter als auch in entsprechender Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB.

Nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Geldschuld, mit der der Schuldner in Verzug geraten ist, zu verzinsen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift lagen bereits deshalb nicht vor, weil die Klägerin in dem Zeitraum, für den die Beklagte Verzugszinsen verlangte, nur zur Erstellung einer Betriebskostenabrechnung verpflichtet war und daher keine Geldschuld vorlag. Die Beklagte konnte in dem genannten Zeitraum von der Klägerin weder die Erstattung eines Betriebskostenguthabens noch die Rückerstattung der geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangen²⁸.

In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum wird allerdings teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Vermieter, der schuldhaft nicht fristgerecht über die Betriebskosten abgerechnet habe, ein etwaiges Guthaben des Mieters in entsprechender Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB verzinsen müsse²⁹.

²⁸ BGH aaO Rn. 12 ff.

²⁹ AG Berlin-Mitte GE 2005, 805; Staudinger/Weitemeyer BGB [2010] § 556 Rn. 135; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 4. Aufl. Rn. 1056; Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Rn. 145; Kirsch/Leonhard GE 2010, 1306. A. A.

Der Bundesgerichtshof lehnte dagegen eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall ab³⁰. Zur Begründung stellte er auf Zweck der Regelung des § 288 BGB ab. § 288 Abs. 1 BGB gewähre dem Gläubiger einer Geldschuld einen Anspruch auf Verzugszinsen in der durch die Vorschrift festgelegten Höhe, ohne dass ein konkreter Verzugsschaden dargelegt werden müsse. Damit trage das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Vorenthaltung geschuldeten Geldes stets einen Schaden darstelle, weil die mit dem Besitz von Geld verbundenen Nutzungsmöglichkeiten regelmäßig geldwerte Vorteile bieten, die dem Gläubiger durch die Nichterfüllung einer Geldschuld genommen würden. Außerdem solle der Schuldner durch die in § 288 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB bestimmte Höhe der Verzugszinsen auch dazu angehalten werden, eine Geldschuld pünktlich zu erfüllen³¹.

Aufgrund dieses gerade auf den Verzug mit einer Geldschuld bezogenen Schutzzwecks des § 288 Abs. 1 BGB könne diese Vorschrift nicht entsprechend angewendet werden, wenn der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung nicht fristgerecht erfüllt und in der Folge ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausgezahlt werde. Der Vermieter sei nach Ablauf der Abrechnungsfrist zunächst nur dazu verpflichtet, eine Betriebskostenabrechnung zu erstellen. Erst nach der Erstellung der Abrechnung und unter der Voraussetzung, dass die vom Mieter im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen die Höhe der abrechnungsfähigen Betriebskosten übersteigen, erlange der Mieter einen auf die Zahlung von Geld gerichteten Anspruch. Entsprechen die abrechnungsfähigen Betriebskosten den geleisteten Vorauszahlungen oder übersteigen sie diese sogar, stehe dem Mieter auch bei einer verspäteten Abrechnung kein Zahlungsanspruch zu³². Hinzu komme, dass der Mieter - anders als der Gläubiger einer "echten" Geldschuld - über ausreichende Möglichkeiten verfüge, den Vermieter zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung zu veranlassen. Während eines laufenden Mietverhältnisses könne er die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern. Im be-

Beuermann GE 2010, 1306, 1307; Kinne GE 2005, 768; Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 12. Aufl. Rn. 3187; vgl. dazu auch Schmid GE 2005, 905 f.

³⁰ BGH Urteil vom 5. Dezember 2012 - XII ZR 44/11 – BGHZ 196, 1-11 = NZM 2013, 188 Rn. 20.

³¹ BGH aaO Rn. 21.

³² BGH aaO Rn. 25.

endeten Mietverhältnis könne der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist sofort die Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorschüsse verlangen und diese gegebenenfalls auch im Wege einer Klage geltend machen, ohne zuvor auf die Erstellung der Betriebskostenabrechnung klagen zu müssen. Darüber hinaus habe der Mieter auch die Möglichkeit, den Vermieter in Verzug zu setzen und einen konkreten Schaden, der ihm aufgrund der verspäteten Abrechnung entstanden ist, nach §§ 280 Abs. 2, 286, 249 BGB geltend zu machen, etwa wenn der Mieter einen Überziehungskredit in Anspruch nimmt. Schließlich könne der Mieter auch eine abstrakte Schadensberechnung nach § 252 BGB vornehmen, wenn er zum Beispiel geltend machen könne, er habe das Guthaben gewinnbringend anlegen können³³.

Soweit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verschiedentlich eine entsprechende Anwendbarkeit von § 288 Abs. 1 BGB angenommen worden sei³⁴, habe dies jeweils auf den Besonderheiten der geltend gemachten Ansprüche beruht, weshalb sich diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht übertragen ließe³⁵.

2. Korrektur der Betriebskostenabrechnung nach vorbehaltloser Erstattung eines Guthabens

In seinem Urteil vom 10. Juli 2013³⁶ befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, ob die vorbehaltlose Erstattung eines Betriebskostenguthabens durch den Vermieter als ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu werten ist, mit der Folge, dass der Vermieter danach die Betriebskostenabrechnung nicht mehr korrigieren könnte.

Der Beklagte mietete vom Kläger ein Ladengeschäft mit Stellplatz. In dem Mietvertrag verpflichtete sich der Kläger, über die vom Beklagten zu zahlenden Betriebskosten unter Berücksichtigung der geleisteten Vorauszahlungen

³³ BGH aaO Rn. 25.

³⁴ BGHZ 74, 231 = NJW 1979, 1494; BGH Urteil vom 15. September 2005 - III ZR 28/05 - NJW 2005, 3709, 3710 und BGHZ 167, 268 = NJW 2006, 2398.

³⁵ BGH, Urteil vom 05. Dezember 2012 – XII ZR 44/11 – BGHZ 196, 1 = NZM 2013, 188 Rn. 30.

³⁶ BGH Urteil vom 10. Juli 2013 - XII ZR 62/12 – NZM 2013, 648.

jährlich abzurechnen. Mit Schreiben vom 26. September 2010 übersandte der Kläger die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2009 an den Beklagten. Die Abrechnung schloss mit einem Guthaben des Beklagten in Höhe von 53,75 €, welches der Kläger sofort an den Beklagten überwies. Nachdem der Beklagte Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung erhoben hatte, erstellte der Kläger am 25. Oktober 2010 eine neue Abrechnung, die unter Berücksichtigung einer zuvor vom Kläger vergessenen Grundsteuerzahlung eine vom Beklagten zu zahlende Differenz in Höhe von 375,76 € auswies.

Mit der Klage verlangte der Kläger den vorgenannten Betrag, die Rückzahlung des bereits an den Beklagten ausbezahlten Guthabens in Höhe von 53,75 € sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten.

Das Amtsgericht hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war erfolglos geblieben. Seine Revision hatte Erfolg.

Bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) wurde in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, dass durch die Übersendung der Betriebskostenabrechnung und den vorbehaltlosen Ausgleich einer sich daraus ergebenden Nachforderung durch den Mieter zwischen den Mietvertragsparteien ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande komme, das den errechneten Saldo verbindlich werden lasse und spätere Nachforderungen des Mieters und auch des Vermieters ausschließe³⁷. Gleiches sollte gelten, wenn der Vermieter ein sich aus der Abrechnung ergebendes Guthaben vorbehaltlos an den Mieter auskehrte. Im Hinblick auf die durch das Mietrechtsänderungsgesetz eingeführten ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Satz 5 und 6 BGB wurde im Schrifttum kein Bedürfnis mehr für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses durch den vorbehaltlosen Ausgleich des Betriebskostensaldos gesehen, weil durch die Neuregelung - anders als nach bisherigem Recht - eine rasche Abwicklung der Betriebskosten gewährleistet werde³⁸.

³⁷ Vgl. Staudinger/Weitemeyer BGB [2010] § 556 Rn. 133 mit umfangreichen Nachweisen

³⁸ Vgl. Langenberg in Schmidt-Futterer Mietrecht 11. Aufl. § 556 BGB Rn. 404; Emmerrich/Sonnenschein/Weitemeyer Mieta 10. Aufl. § 556 BGB Rn. 85; Sternel Mietrecht aktuell 4.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat sich bereits im Jahr 2011 für den Bereich der Wohnraummiete dieser Auffassung angeschlossen³⁹. Zur Begründung hat er darauf abgestellt, dass ein Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses deshalb nicht mehr bestehe, weil nunmehr die ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen in § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Satz 5 und 6 BGB der Abrechnungssicherheit dienen und eine zeitnahe Abrechnung der Betriebskosten gewährleisten.

Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung jetzt auch für den Bereich des Gewerberaummietrechts angeschlossen⁴⁰. Allerdings konnte der XII. Zivilsenat nicht auf die Begründung abstellen, mit der der VIII. Zivilsenat für die Wohnraummiete die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses abgelehnt hat, da die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB bei der Gewerberaummieta keine Anwendung findet⁴¹. Ebenso wenig gilt die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB für die Möglichkeit des Mieters, Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung zu erheben, weil diese Vorschrift nur für die Wohnraummiete gilt. Die Grenze für die Korrektur einer Betriebskostenabrechnung ergibt sich daher im gewerblichen Mietrecht nur durch den Eintritt der Verjährung oder in Ausnahmefällen aufgrund von Verwirkung (§ 242 BGB)⁴².

Der XII. Zivilsenat hat seine Entscheidung aber damit begründet, dass es bereits an den allgemeinen Voraussetzungen für das Entstehen eines wirksamen Vertrages fehle. Das deklaratorische Schuldanerkenntnis setze als vertrag-

Aufl. Rn. V 453; Blank in Blank/Börstinghaus *Miete* 3. Aufl. § 556 BGB Rn. 159; MünchKommBGB/Schmid 6. Aufl. § 556 Rn. 103; Bamberger/Roth BGB 3. Aufl. § 556 Rn. 71 f; Palandt/Weidenkaff BGB 72. Aufl. § 556 Rn. 13; Langenberg *Betriebskosten- und Heizkostenrecht* 6. Aufl. Rn. H 231 f.; Sternel ZMR 2010, 81, 82; Flatow WuM 2010, 606, 609; Milger NZM 2009, 497, 499; Blank NZM 2008, 745, 751; aA Beyerle in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann *Geschäftsraummiete* 3. Aufl. Kap. 11 Rn. 233; Eisenschmid in *Betriebskostenkommentar* 3. Aufl. Rn. 1973; Fritz NJW 2012, 980, 981; Streyll WuM 2005, 505, 508)

³⁹ BGH Urteil vom 12. Januar 2011 - VIII ZR 296/09 - NJW 2011, 843 Rn. 18; noch offen gelassen in BGH Urteil vom 18. Januar 2006 - VIII ZR 94/05 - NJW 2006, 903, 904.

⁴⁰ BGH Urteil vom 10. Juli 2013 - XII ZR 62/12 – NZM 2013, 648 Rn. 12.

⁴¹ BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rn. 17 ff. und BGH Urteil vom 17. November 2010 - XII ZR 124/09 - NJW 2011, 445 Rn. 12.

⁴² BGH Urteil vom 10. Juli 2013 - XII ZR 62/12 – NZM 2013, 648 Rn. 13.

liches kausales Schuldanerkenntnis das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen voraus (§§ 145 ff. BGB)⁴³. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Kehre der Vermieter nach Übersendung der Betriebskostenabrechnung vorbehaltlos ein errechnetes Guthaben an den Mieter aus, gebe er aus der maßgeblichen Sicht des Mieters (§§ 133, 157 BGB) keine auf den Abschluss eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses gerichtete Willenserklärung ab. Die Betriebskostenabrechnung sei eine reine Wissensklärung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen. Durch die Auszahlung des Guthabens an den Mieter erbringe der Vermieter eine reine Erfüllungshandlung (§ 363 BGB), der kein weiterer rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukomme. Insbesondere erkläre der Vermieter hiermit nicht, den sich aus der Abrechnung ergebenden Saldo unstreitig stellen zu wollen. Auch der Mieter, der zunächst vorbehaltlos eine Betriebskostennachforderung begleiche, erbringe damit eine reine Erfüllungshandlung, ohne dass daraus geschlossen werden kann, der Mieter erkenne den Abrechnungssaldo endgültig für verbindlich an⁴⁴. Außerdem spreche gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens, dass der Vermieter selbst bei einem Mietverhältnis über Wohnraum innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB die Betriebskostenabrechnung auch zulasten des Mieters abändern könne⁴⁵.

Abschließend wies der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung noch darauf hin, dass es allerdings nicht ausgeschlossen sei, dass die Mietvertragsparteien im Einzelfall hinsichtlich des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgeben und damit den Saldo für beide Seiten als verbindlich ansehen wollten. Hierzu bedürfe es jedoch weiterer Umstände, aus denen auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen der Mietvertragsparteien geschlossen werden könne. Die Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldverhältnisses könne danach in Betracht kommen, wenn die Parteien zunächst über einzelne Positionen der Betriebskostenabrechnung gestritten haben und dann der Saldo von einer der beiden Vertragsparteien

⁴³ BGH aaO. Rn. 15.

⁴⁴ BGH aaO. Rn. 16.

⁴⁵ BGH aaO. Rn. 17.

ausgeglichen wurde oder wenn die Parteien eine Ratenzahlungs- bzw. Stundungsvereinbarung getroffen haben⁴⁶.

VI. Sachmängelrecht

1. Minderung bei Verstoß gegen eine Konkurrenzschutzklausel

Am 10. Oktober 2012⁴⁷ hatte der XII. Zivilsenat die Gelegenheit, zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, ob der Mieter bei einem Verstoß gegen eine vertraglich vereinbarte Konkurrenzschutzklausel zur Minderung der Miete berechtigt ist.

Der Kläger - ein Facharzt für Orthopädie - schloss am 26. April 2002 mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten einen Mietvertrag über Räume in der "Praxisklinik am J." zur Nutzung als "Arztpraxis für die Fachdisziplin Orthopädie (Prävention, Erkennung und Behandlung von angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Funktionsstörungen, Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane und die Rehabilitation) unter Einschluss der laut Sächsischer Weiterbildungsordnung damit verbundenen Zusatzqualifikationen" (§ 1 Ziffer 1 Abs. 3 des Mietvertrages). Gemäß Ziffer 2 der Vorbemerkung des Mietvertrages beabsichtigte der Kläger operative Eingriffe in dem dafür im Projekt vorgesehenen OP-Zentrum durchzuführen. Der Mietvertrag wurde ab 1. Juni 2002 für zehn Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption von jeweils fünf Jahren zu Gunsten des Klägers abgeschlossen.

In § 9 des Mietvertrages hieß es zum Konkurrenzschutz:

"Der Vermieter gewährt für die Fachrichtung Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie des Mieters Konkurrenzschutz im Projekt, ausgenommen ist die Traumatologie für Kinder und Jugendliche und die Chirotherapie Kinder und Jugendlicher. Der Vermieter kann an einen Arzt derselben Fachdisziplin mit demselben Schwerpunkt, die bereits im Projekt vertreten ist, nur dann eine

⁴⁶ BGH aaO. Rn. 20.

⁴⁷ BGH Urteil vom 10. Oktober 2012 - XII ZR 117/10 – NZM 2013, 52.

Vermietung an einen solchen Kollegen vornehmen, wenn der Mieter sein Einverständnis hierzu schriftlich erklärt hat. ..."

Im Sommer 2003 schloss der Rechtsvorgänger der Beklagten mit dem Facharzt für Chirurgie Dr. H. einen Mietvertrag über Räume im selben Haus zur Nutzung als Arztpraxis für die Fachdisziplin Chirurgie/Unfallchirurgie, in den im Sommer 2004 der Facharzt für Chirurgie mit Schwerpunktbezeichnung Unfallchirurgie Dr. S. als weiterer Mieter eintrat. Die Gemeinschaftspraxis Dr. H. und Dr. S. (im Folgenden: Gemeinschaftspraxis) bezeichneten sich in ihrem Internetauftritt als Schwerpunktpraxis für Arthroskopie und Gelenkchirurgie. Sie führten u.a. operative und nicht operative Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen durch. Darüber hinaus waren sie auf dem Gebiet der Unfallchirurgie tätig.

Der Kläger war der Ansicht, die operativen und nicht operativen Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen fielen unter den in § 9 des Mietvertrages vereinbarten Konkurrenzschutz. Darüber hinaus umfasse die Konkurrenzschutzklausel die Traumatologie für Erwachsene, weshalb insoweit auch ein Konkurrenzverhältnis zu der von der Gemeinschaftspraxis angebotenen Unfallchirurgie bestehe.

Der Kläger hatte im August 2005 einen Verstoß der Beklagten gegen die vertragliche Konkurrenzschutzklausel gerügt, sie zur Beseitigung der Konkurrenzsituation aufgefordert und erklärt, dass er Minderungsansprüche geltend mache und die Miete nur noch unter Vorbehalt zahle.

Mit der Klage verlangte der Kläger von der Beklagten Beseitigung der eingetretenen Konkurrenzsituation zum nächstmöglichen Zeitpunkt und Unterlassung der Vermietung weiterer Räumlichkeiten an die Gemeinschaftspraxis ohne den Konkurrenzschutz des Klägers wiederherzustellen. Ferner begehrte er Feststellung, dass die Miete wegen der bestehenden Konkurrenzsituation um 50 % der Warmmiete gemindert ist und verlangte Rückzahlung der infolge der Minderung überzahlten Miete für die Zeit von August 2005 bis September 2007, hilfsweise Schadensersatz für den ihm durch die Konkurrenz entgangenen Gewinn.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hatte das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die

Klage teilweise abgewiesen. Die des Klägers hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die Anschlussrevision der Beklagten war unbegründet.

Da die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Gemeinschaftspraxis in Bereichen tätig ist, für die die Beklagte dem Kläger gemäß § 9 des Mietvertrages Konkurrenzschutz gewährt hat, den Angriffen der Revision stand hielt, war streitentscheidend, ob der Mieter bei einem Verstoß gegen eine vertraglich vereinbarte Konkurrenzschutzklausel in einem Gewerberaummietvertrag die Miete mindern kann. Dies war bislang höchstrichterlich nicht entschieden⁴⁸. Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur ging davon aus, dass ein Verstoß gegen die Pflicht, Konkurrenzschutz zu gewähren, einen Sachmangel begründe⁴⁹.

Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung angeschlossen und zur Begründung ausgeführt, bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts gehöre es auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gemäß § 535 BGB, in anderen Räumen des Hauses oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen (sogenannter vertragsimmanenter Konkurrenzschutz)⁵⁰. Die Verpflichtung des Vermieters zum Schutz des Mieters vor Konkurrenz auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung beruhe auf der Erwägung, dass es zur Gewährung des vertragsge-

⁴⁸ Offen gelassen in BGH Beschluss vom 9. August 2006 - XII ZR 165/05 - NJW 2006, 3060, 3061 und in BGH Urteil vom 11. Januar 2012 - XII ZR 40/10 - NZM 2012, 196.

(BGH, Urteil vom 10. Oktober 2012 – XII ZR 117/10 –, BGHZ 195, 50-64)

⁴⁹ RGZ 119, 353, 355 f.; OLG Koblenz NZM 2008, 405; KG NZM 2007, 566; OLG Frankfurt NZM 2004, 706, 707; OLG Düsseldorf NZM 2001, 1033 f., NZM 1998, 307; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 1234, 1235; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 536 BGB Rn. 183; MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 536 Rn. 19, § 535 Rn. 143; Staudinger/Emmerich BGB [Neubearb. 2011] § 535 Rn. 23; Soergel/Heintzmann [Stand 2003] § 535 BGB Rn. 74; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummieta 3. Aufl. Rn. 1037; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta 3. Aufl. III B 1250; Jendrek NZM 2000, 1116, 1120; einschränkend für den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann 3. Aufl. Geschäftsraummieta Kap. 14 Rn. 182 f. mwN; aA: Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 729; Leo/Ghassemi-Tabar NZM 2009, 337, 342 ff.); aA: Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 729; Leo/Ghassemi-Tabar NZM 2009, 337, 342 ff.)

⁵⁰ BGHZ 70, 79 ff. = NJW 1978, 585 zur Vermietung von Arztpraxisräumen; BGH Urteil vom 24. Januar 1979 - VIII ZR 56/78 - NJW 1979, 1404, 1405)

mäßigen Gebrauchs gehöre, dass der Vermieter den Mieter in dem vertraglich vereinbarten Gebrauch zum Betrieb des vereinbarten Geschäfts bzw. Gewerbes nicht behindere. Dabei sei der Vermieter allerdings nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr sei nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten sei⁵¹. In diesem vertragsgemäß geschuldeten Gebrauch werde der Mieter durch die Verletzung des sogenannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung stelle sich für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen wolle, als Mangel dar⁵².

Für einen vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz könne nichts anderes gelten. Durch die ausdrückliche Vereinbarung der Verpflichtung werde der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch dahin konkretisiert, dass dem Mieter der von bestimmter Konkurrenz ungestörte Gebrauch der Mieträume eingeräumt werde. In diesem ausdrücklich vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch werde der Mieter durch die vertragswidrige Konkurrenz unmittelbar beeinträchtigt⁵³.

Der Bundesgerichtshof betonte jedoch in dieser Entscheidung, dass neben einer objektiven Verletzung des Konkurrenzschutzes die Minderung der Miete stets voraussetzt, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird⁵⁴. Da das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen getroffen hatte, wurde das Verfahren zurückverwiesen. Das Berufungsgericht wird jetzt zu prüfen haben, in welchem Umfang das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung durch das Bestehen der Konkurrenzsituation gestört ist.

⁵¹ BGH Urteil vom 10. Oktober 2012 - XII ZR 117/10 – NZM 2013, 52 Rn. 37.

⁵² BGH aaO. Rn. 39.

⁵³ BGH aaO. Rn. 40.

⁵⁴ BGH aaO. Rn. 41.

2. Duldungspflicht des Mieters bei umfangreichen Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters

In seinem Urteil vom 31. Oktober 2012⁵⁵ befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, inwieweit der Mieter von Gewerberäumen zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen gemäß § 554 Abs. 2 BGB verpflichtet ist. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Im Mai 2002 schloss die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit der Klägerin einen Mietvertrag über Räume in einem Gebäudekomplex zur Nutzung als Praxis für Neurologie und Psychiatrie. Der Gebäudekomplex stammte aus den fünfziger/sechziger Jahren und umfasst 33 Gewerbe- und Wohneinheiten. Die Beklagte plante eine umfassende Sanierung und Aufstockung der Gebäude zur Schaffung neuen Wohnraums.

In § 8 der Vertragsbestandteil gewordenen allgemeinen Vertragsvereinbarungen "Gewerbemietvertrag Büro (AVG)" haben die Parteien für bauliche Maßnahmen des Vermieters vereinbart:

"1. Der Vermieter kann Arbeiten und bauliche Maßnahmen zur Erhaltung oder zur Verbesserung der Mietsache oder sonstiger Teile des Gebäudes, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums, zur Abwendung drohender Gefahren oder zur Schadensbeseitigung auch ohne Zustimmung des Mieters vornehmen. Der Mieter hat die in Betracht kommenden Räume zugänglich zu halten und darf die Ausführung der Arbeiten nicht behindern oder verzögern. § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach der Mieter in diesem Fall zur Kündigung berechtigt ist, ist ausgeschlossen.

2. Soweit der Mieter die Maßnahmen zu dulden hat, kann er Ersatz seiner Aufwendungen nicht verlangen. Schadensersatz kann der Mieter nur verlangen, wenn durch die Maßnahmen der Gebrauch der Mietsache nicht nur unerheblich beeinträchtigt oder unmöglich gemacht wird.

..."

⁵⁵ BGH Urteil vom - XII ZR 126/11 – NZM 2013, 122.

Mit Schreiben vom 5. März 2010 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass der Baubeginn für Anfang Mai 2010 und das Bauende für Ende Januar 2011 vorgesehen sei. Die in dem Schreiben angekündigten Um- und Ausbaumaßnahmen umfassten den Abriss der bestehenden Garagenanlage, den Neubau einer Tiefgarage, den Anbau von Aufzugsanlagen, den teilweisen Abriss und Neubau der Balkone, den Abriss der bestehenden Dächer und deren Neubau und Erweiterung, die eventuelle Modernisierung der Fenster, die Anbringung eines Wärmeverbundsystems und die Neugestaltung der Fassade und des Treppenhauses sowie die Neuinstallation sämtlicher Versorgungsleitungen für Gas, Wasser und Strom. Die Baukosten wurden mit ca. 3,5 Mio. Euro beziffert.

Nachdem die Klägerin Ende Januar 2010 einen am 1. April 2010 beginnenden Mietvertrag über neue Praxisräume abgeschlossen hatte, kündigte sie mit Schreiben vom 12. März 2010 den Mietvertrag mit der Beklagten außerordentlich gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB wegen Gebrauchsentziehung zum 1. April 2010 und räumte das Mietobjekt. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Baumaßnahmen noch nicht begonnen. Die Beklagte widersprach der Kündigung.

Mit der Klage verlangte die Klägerin Ersatz des ihr durch die vorzeitige Beendigung des Mietvertrages entstandenen Schadens, u.a. Ersatz der Umzugskosten, der Renovierungskosten und Erstattung der Mietdifferenz für die Restlaufzeit des Mietvertrages.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, weil zum Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung mit den Baumaßnahmen noch nicht begonnen worden sei und deshalb noch keine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vorgelegen habe. Auf die Berufung der Klägerin hatte das Oberlandesgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Der Bundesgerichtshof führte in dieser Entscheidung zunächst aus, dass für die von der Klägerin geltend gemachten Schäden § 554 Abs. 4 BGB i. V. m. § 578 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage ausscheidet. Aufwendungen im Sinne dieser Norm seien nicht die mit einem Umzug verbundenen Kosten, die

dem Mieter entstehen, der kündigt und auszieht, weil er die Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen nicht dulden möchte. § 554 Abs. 4 BGB erfasse nur die Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung der Duldungspflicht entstünden. Denn der Aufwendungsersatzanspruch knüpfe von seinem Sinn- und Regelungsgehalt her an die Fortsetzung des Mietverhältnisses an⁵⁶.

Der Anspruch der Klägerin könne auch nicht auf § 8 Ziffer 2 "Gewerbemietvertrag Büro (AVG)" gestützt werden. Diese Klausel gewähre, wie sich aus dem Kontext ergebe, ebenfalls nur einen Schadensersatzanspruch für den hier nicht vorliegenden Fall, dass der Mieter eine Maßnahme, zu deren Duldung er verpflichtet ist, dulde⁵⁷.

Ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des ihr durch die außerordentliche Kündigung des Mietvertrags entstandenen Schadens dem Grunde nach ergebe sich jedoch aus § 536 a Abs. 1 BGB. Der Klägerin habe aufgrund der bevorstehenden Baumaßnahmen eine nicht duldungspflichtige Gebrauchsentziehung der Mieträume sicher bevor gestanden und sie sei aufgrund dieses Mangels auch ohne Fristsetzung oder Abmahnung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen⁵⁸.

Zwar handele es sich bei den Umbauarbeiten überwiegend um Modernisierungsmaßnahmen und um Maßnahmen zur Schaffung von Wohnraum im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB, die der Mieter grundsätzlich dulden müsse. Dies gelte jedoch gemäß § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht, wenn die Maßnahmen insbesondere unter Berücksichtigung der vorzunehmenden Arbeiten für ihn eine Härte bedeuten würden, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen sind.

Diese Voraussetzung hielt der Bundesgerichtshof im hier zu entscheidenden Fall für erfüllt⁵⁹. Die Klägerin hätten für die mit zunächst neun Monaten angesetzte Dauer der Baumaßnahmen eine Nichtbenutzbarkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch hinnehmen müssen. Das hätte für sie zur Fol-

⁵⁶ BGH aaO. Rn. 18.

⁵⁷ BGH aaO. Rn. 19.

⁵⁸ BGH aaO. Rn. 21.

⁵⁹ BGH aaO. Rn. 25 ff.

ge gehabt, dass sie ihre Patienten hätte verlieren und keine neuen Patienten hätte gewinnen können. Die Auferlegung eines solchen existenzbedrohenden wirtschaftlichen Risikos bedeutet für die Klägerin eine Härte, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen der Beklagten an einer Steigerung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Mietobjekts nicht zu rechtfertigen ist.

Unabhängig vom Bestehen eines Kündigungsgrundes hing im vorliegenden Fall die Wirksamkeit der von der Klägerin erklärten Kündigung aber auch davon ab, ob eine vorherige Abmahnung oder Fristsetzung erforderlich war und ob die Kündigung bereits vor Beginn der Bauarbeiten ausgesprochen werden konnte. Beide Fragen entschied der Bundesgerichtshof zugunsten der Klägerin.

Eine vorherige Abmahnung oder Fristsetzung hielt der XII. Zivilsenat im Hinblick auf den sicher bevorstehenden Beginn der Baumaßnahmen und die fehlende Bereitschaft der Beklagten zur Verschiebung oder Unterlassung der Bauarbeiten gemäß § 543 Abs. 3 Nr. 1 BGB für entbehrlich⁶⁰.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs durfte die Kläger auch bereits vor Beginn der Baumaßnahmen die außerordentliche Kündigung aussprechen. Aufgrund des Verhaltens der Beklagten konnte die Klägerin davon ausgehen, dass diese ohne Rücksicht auf die Beeinträchtigungen der Klägerin die Baumaßnahmen durchführt. Die Kündigung war deshalb auch nicht unwirksam, weil sie bereits zum 1. April 2010 erfolgt ist, obwohl der angekündigte Baubeginn erst für Anfang Mai 2010 vorgesehen war. Denn die Kläger waren, nachdem es ihnen gelungen war Ersatzräume ab dem 1. April 2010 zu finden, im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht berechtigt, diese zu mieten und zur Vermeidung einer doppelten Mietzahlungspflicht den Mietvertrag mit der Beklagten zum 31. März 2010 zu kündigen⁶¹.

Im Ergebnis darf nach dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs der Mieter bei einer sicher bevorstehenden Gebrauchsbeeinträchtigung, die ihn zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, die erforderlichen Maßnahmen ergrei-

⁶⁰ BGH aaO. Rn. 33.

⁶¹ BGH aaO. Rn. 32.

fen. Er muss schon zur Schadensminderung damit nicht abwarten bis die Gebrauchsbeeinträchtigung tatsächlich eintritt⁶².

VII. Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters bei Insolvenz eines von mehreren Mitmietern

Im März 2013⁶³ beschäftigte den XII. Zivilsenat eine insolvenzrechtliche Fragestellung, zu der in der Rechtsprechung und im Schrifttum sehr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde.

Der Kläger schloss mit Wirkung zum 1. Januar 2000 mit Dr. R. (nachfolgend: Insolvenzschuldner) einen Mietvertrag über gewerblich genutzte Räume, in den der Beklagte mit Wirkung zum 1. Juli 2002 als weiterer Mieter eintrat. Nachdem im Februar 2009 über das Vermögen des Insolvenzschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, kündigte der zum Insolvenzverwalter bestellte Streithelfer mit Schreiben vom 28. April 2009 das Mietverhältnis unter Berufung auf § 109 InsO zum 31. Juli 2009. Mit Schreiben vom 14. September 2009 teilte der Kläger dem Beklagten mit, dass er von seinem Vermieterpfandrecht Gebrauch mache. Am 30. Oktober 2009 verschaffte sich der Kläger Zutritt zu den Räumlichkeiten und verwertete die in den Räumlichkeiten vorgefundenen Gegenstände.

Mit der Klage verlangte der Kläger die rückständige Miete für September 2009. Hilfsweise begehrte er Nutzungersatz bzw. Schadensersatz in Höhe der entgangenen Miete.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Auch mit der Revision hatte der Kläger keinen Erfolg.

Das Ergebnis des Falles hing von der Frage ab, ob die vom Insolvenzverwalter auf § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO gestützte Kündigung das Mietverhältnis auch mit Wirkung für den Beklagten als Mitmieter beendet hatte. Nach dieser

⁶² BGH aaO. Rn. 36.

⁶³ BGH Urteil vom 13. März 2013 - XII ZR 34/12 – NZM 2013, 366.

Vorschrift kann der Insolvenzverwalter ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer ein Mietverhältnis über Räume, das der Schuldner als Mieter eingegangen ist, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Nach ganz herrschender Meinung gilt dies auch dann, wenn der Insolvenzschuldner nicht alleiniger Mieter der Räume war. Zwar kann bei einer Mehrheit von Mietern ein Mietvertrag grundsätzlich nur einheitlich von allen oder gegenüber allen Mietern gekündigt werden⁶⁴. § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO räumt dem Insolvenzverwalter jedoch ein Sonderkündigungsrecht ein, um die Masse vor einem weiteren Anwachsen von Verbindlichkeiten aufgrund eines laufenden Mietvertrags zu schützen, wenn eine wirtschaftlich angemessene Nutzung des Mietobjekts nicht mehr möglich ist. Dieser Zweck der Vorschrift gebietet es, dass der Insolvenzverwalter auch einen Mietvertrag, der von einer Mietermehrheit abgeschlossen worden ist, ohne Mitwirkung der übrigen Mieter kündigen kann.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen jedoch dazu, ob durch die vom Insolvenzverwalter erklärte Kündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO nur der Insolvenzschuldner aus dem Mietvertrag ausscheidet oder das Mietverhältnis insgesamt, also auch mit Wirkung für die übrigen Mitmieter endet. Teilweise wird die Auffassung vertreten, mit der Kündigung durch den Insolvenzverwalter scheidet nur der insolvent gewordene Mieter aus dem Mietverhältnis aus. Hinsichtlich der weiteren Mieter bleibe der Mietvertrag von der Kündigung unberührt⁶⁵. Nach anderer Auffassung soll der Kündigung nur dann eine Gesamtwirkung zukommen, wenn das Nutzungsrecht der Mitmieter von dem des Insolvenzschuldners abhängt oder die Mitmieter dem Mietvertrag nur aus Gründen der Mithaftung beigetreten seien und sie deshalb kein eigenes Interesse an der Gebrauchsüberlassung hätten. Sollten die Mitmieter hingegen durch den Mietvertrag ein eigenständiges Nutzungsrecht erhalten, bewirke die Kündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO nur das Ausscheiden des Insolvenzschuldners und der Mietvertrag bleibe im Übrigen aufrechterhalten⁶⁶. Die überwiegende

⁶⁴ Vgl. BGHZ 26, 102 = NJW 1958, 421; BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133, 3135 für einen Leasingvertrag

⁶⁵ MünchKommInsO/Eckert 2. Aufl. § 109 Rn. 37 f.; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 1589.

⁶⁶ OLG Köln ZIP 1995, 46; KPB/Tintelnot InsO [Stand: November 2012] § 109 Rn. 46; Andres in Andres/Leithaus InsO 2. Aufl. § 109 Rn. 6; Hörndler in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 3. Aufl. Kap. 20 Rn. 72 f.; vgl. dazu auch Steinicke ZMR 2001, 160 ff.

Ansicht in Rechtsprechung und Literatur vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die Kündigung durch den Insolvenzverwalter stets das gesamte Mietverhältnis beende⁶⁷.

Der letztgenannten Ansicht hat sich nunmehr auch der Bundesgerichtshof angeschlossen⁶⁸. Zur Begründung hat der XII. Zivilsenat im Wesentlichen darauf abgestellt, dass sich § 109 Abs. 1 InsO zu der Frage, ob durch die Kündigung bei einem Mietvertrag, an dem eine Mehrheit von Mietern beteiligt ist, das Mietverhältnis insgesamt beendet werde, nicht verhalte und sich die Wirkung der Kündigung nach § 109 Abs. 1 InsO bei Mietverträgen, die auf Mieterseite von weiteren Personen neben dem Insolvenzschuldner abgeschlossen worden sind, daher nach allgemeinen mietrechtlichen Grundsätzen bestimme. Danach könne ein Mietverhältnis, wenn auf Mieterseite mehrere Personen beteiligt sind, grundsätzlich nur mit Wirkung für sämtliche Mieter gekündigt werden. Auch bei Beteiligung von mehreren Mietern entstehe durch den Abschluss des Mietvertrages nur ein einheitliches Rechtsverhältnis zum Vermieter, bei dem alle Mitmieter gemeinschaftlich die Mieterseite des bestehenden Mietverhältnisses bilden. Der Vermieter könne seine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB nur einheitlich gegenüber sämtlichen Mietern erfüllen. Der Mietgebrauch stelle eine im Rechtssinne unteilbare Leistung dar und könne daher durch eine Kündigung nur einheitlich gegenüber sämtlichen Mietern beendet werden. Eine Kündigung mit Wirkung nur für einen der Mieter würde das Mietverhältnis grundlegend zu Lasten des oder der anderen Vertragsparteien umgestalten und wäre als eine Teilkündigung grundsätzlich unzulässig. Die Kündigung eines Mietvertrages kann daher nur einheitlich für alle oder gegenüber allen Mietern ausgeübt werden⁶⁹. Auch aus dem Schutzzweck des § 109 Abs. 1 InsO ergebe sich nichts anderes⁷⁰. Die Wirkung

⁶⁷ OLG Celle NJW 1974, 2012; OLG Düsseldorf ZMR 1987, 423, 424; RGZ 141, 391, 392 f. zu § 19 KO; Uhlenbruck/Wegener InsO 13. Aufl. § 109 Rn. 3; MünchKommBGB/Bydlinski 6. Aufl. § 425 Rn. 7; FK-InsO/Wegener 6. Aufl. § 109 Rn. 17; Braun/Kroth InsO 5. Aufl. § 109 Rn. 24; HambKomm/Ahrendt 3. Aufl. § 109 InsO Rn. 19; Nerlich/Römermann/Balthasar InsO [Stand: August 2012] § 109 Rn. 10; Blank in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 542 Rn. 140; Rolfs in Emmerich/Sonnenschein Miete 10. Aufl. § 542 Rn. 56; Belz in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. VIII B Rn. 218.

⁶⁸ BGH Urteil vom 13. März 2013 - XII ZR 34/12 – NZM 2013, 366 Rn. 17 ff.

⁶⁹ BGH aaO. Rn. 18.

⁷⁰ BGH aaO. Rn. 19.

der Kündigung nach § 109 Abs. 1 InsO könne auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Mitmieter ein eigenes Nutzungsinteresse an der Mietsache haben oder ob der Abschluss des Mietvertrages nur auf Gründen der Mithaftung beruht. Dieses Verständnis von der Wirkung einer auf § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO gestützten Kündigung sei mit der Rechtsnatur der Kündigung als Gestaltungsrecht ist nicht vereinbar⁷¹. Schließlich stünde auch § 425 Abs. 1 und 2 BGB einer Gesamtwirkung der vom Insolvenzverwalter erklärten Kündigung nicht entgegen. Diese Vorschrift erfasse nur die Fälligkeitkündigung, etwa von Darlehensverträgen. Ob und in welchem Umfang eine Beendigungskündigung von Dauerschuldverhältnissen Wirksamkeit entfaltet, die nur von einem Gesamtschuldner erklärt wurde, regle die Vorschrift nicht⁷².

VIII. Zur Statthaftigkeit des Urkundenprozesses für die Klage auf Zahlung rückständiger Miete bei vom Mieter vorbehaltener Rechte wegen eines anfänglichen Mangels der Mietsache

In seiner Entscheidung vom 12. Juni 2013⁷³ befasste sich der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ein weiteres Mal mit Fragen des Urkundenverfahrens als einer prozessualen Möglichkeit, rückständige Miete gerichtlich geltend zu machen.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Ansprüche auf rückständige Miete oder auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB können grundsätzlich im Urkundenprozess geltend gemacht werden. Dabei steht der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nicht entgegen, dass der beklagte Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB erhebt⁷⁴. Denn nach den auch im Urkundenprozess geltenden allgemeinen Beweislastgrundsätzen muss der Vermieter zur Begründung des Anspruchs auf Mietzahlung neben der Vorlage eines wirksamen Mietvertrages, aus dem sich

⁷¹ BGH aaO. Rn. 21.

⁷² BGH aaO. Rn. 22.

⁷³ BGH Urteil vom 12. Juni 2013 - XII ZR 38/12 – NZM 2013, 614.

⁷⁴ Vgl. BGH Beschluss vom 10. März 1999 - XII ZR 321/97 - NJW 1999, 1408.

die Höhe der geschuldeten Miete ergibt, nur mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln (§ 592 Satz 1 ZPO) nachweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat⁷⁵, sofern dies nicht unstreitig ist⁷⁶. Nach der Überlassung der Mietsache trägt dagegen der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat.

Nicht entschieden war vom Bundesgerichtshof bislang, wie es sich auf die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses auswirkt, wenn der Mieter behauptet, die Mietsache sei schon bei der Übergabe fehlerhaft gewesen. In seinem Urteil vom 12. Juni 2013 nahm der XII. Zivilsenat hierzu Stellung. Der Entscheidung lag folgender (hier vereinfacht dargestellter) Sachverhalt zugrunde.

Die Streithelferin der Beklagten verkaufte an die Klägerin unbebauten Grundbesitz. Die Streithelferin beabsichtigte die Bebauung des Grundbesitzes u.a. mit vier Messehallen mit ca. 76.000 qm Bruttogrundfläche.

Am 6. August 2004 schloss die Klägerin als Vermieterin mit der Beklagten als Mieterin einen auf 30 Jahre befristeten Mietvertrag über die Anmietung des Grundstücks mit den vier noch zu errichtenden Messehallen zu einer monatlichen Miete von 1.725.000,00 € zuzüglich Umsatzsteuer in jeweils gesetzlicher Höhe und Mietnebenkosten. Mit Untermietvertrag vom 11. August 2004 vermietete die Beklagte die von der Klägerin zu errichtenden 4 Messehallen nebst Nebengebäuden an die Streithelferin.

Die Klägerin beauftragte die E. GmbH mit der Durchführung des Bauvorhabens, die ihrerseits die H. AG mit Generalunternehmervertrag vom 6. August 2004 mit den erforderlichen Planungs- und Bauleistungen beauftragte.

Am 30. November 2005 erfolgte die Übernahme des Mietobjektes durch die Beklagte und die Streithelferin, wobei das Mietobjekt Mängel aufwies. In einem von der E. GmbH eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren gegen

⁷⁵ vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 11. Aufl. § 535 Rdn. 48; Palandt/Weidenkaff BGB 72. Aufl. § 535 Rn. 33

⁷⁶ vgl. Thomas/Putzo/Reichold ZPO 34. Aufl. § 592 Rn. 6

die H. AG stellte der Sachverständige einen Mangel an der Kälteanlage und Defizite der Regelung der Verbraucherkreise der Kälteanlage fest. Die erforderlichen Sanierungskosten gab der Sachverständige mit 318.500,00 € netto an.

Nachdem der Gerichtshof der Europäischen Union festgestellt hatte, dass bei Abschluss des Mietvertrages gegen europarechtliche Vergabebestimmungen verstoßen worden war, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 14. Juli 2010 gegenüber der Klägerin die Beendigung, hilfsweise die Kündigung des Mietvertrages mit sofortiger Wirkung und kündigte an, die Mietzahlungen zum 31. Juli 2010 einzustellen. Ab dem 1. August 2010 leistete die Beklagte keine Mietzahlungen mehr an die Klägerin. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 kündigte die Klägerin ihrerseits das Mietverhältnis gegenüber der Beklagten fristlos wegen Verzugs mit Mietzahlungen von August bis Oktober 2010.

Mit ihrer im Urkundenprozess erhobenen Klage verlangte die Klägerin unter Berücksichtigung erbrachter Teilzahlungen restliche Miete bzw. Nutzungsentschädigung für die Monate August 2010 bis Juni 2011. Das Landgericht hatte die Klage gemäß § 597 Abs. 2 ZPO als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Das Berufungsgericht bestätigte das landgerichtliche Urteil. Die Revision hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Stützt der Mieter die Minderung oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages auf die Behauptung, die Mietsache sei schon bei der Übergabe fehlerhaft gewesen, hat der Bundesgerichtshof für die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses hat aus den allgemeinen Regeln zur Beweislastverteilung abgeleitet, dass eine Klage auf Zahlung von Miete oder Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB im Urkundenprozess nur dann statthaft ist, wenn entweder unstreitig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen, oder wenn der Vermieter ein solches Verhalten des Mieters durch Urkunden beweisen kann⁷⁷. Diese Voraussetzungen sah der Senat im Streitfall für nicht erfüllt an, weil die Klägerin durch die von ihr vorgelegten Urkunden nicht nachweisen konnte, dass die Beklagte die Mietsache als Erfüllung i.S.d. § 363 BGB angenommen hatte.

⁷⁷ BGH Urteil vom 12. Juni 2013 - XII ZR 38/12 – NZM 2013, 614 Rn. 35.

Dabei ging der Senat davon aus, dass bei der Übergabe einer Mietsache dann eine Annahme als Erfüllung vorliegt, wenn der Mieter durch sein Verhalten bei und nach Entgegennahme der Leistung zum Ausdruck bringt, dass er die Mietsache als im Wesentlichen vertragsgemäß ansieht. Dies muss der Mieter freilich nicht ausdrücklich erklären. Ob eine Annahme als Erfüllung vorliegt, ist vielmehr aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Erklärt der Mieter nur einen allgemeinen Vorbehalt, dass die Vertragsmäßigkeit der Leistung nicht anerkannt werde, schließt das die Annahme als Erfüllung nicht aus⁷⁸. Anders ist es jedoch, wenn der Mieter wegen eines konkreten Mangels der Mietsache einen Vorbehalt erklärt. Denn damit bringt er zum Ausdruck, dass er die ihm überlassene Mietsache nicht als vertragsgemäße Leistung ansieht. Auf eine Annahme der vom Schuldner erbrachten Leistung als Erfüllung i.S.v. § 363 BGB kann dann aus dem Verhalten des Gläubigers nicht geschlossen werden⁷⁹.

Das Berufungsgericht hatte aus dem Inhalt der Übernahmeprotokolle vom 30. November 2005 geschlossen, dass die Beklagte die Mietsache nicht als vertragsgemäße Leistung angesehen und sie diese nur unter Vorbehalt der späteren Beseitigung der gerügten Mängel übernommen hat. Dies hielt der revisionsrechtlichen Überprüfung durch den Senat stand⁸⁰.

Der Bundesgerichtshof folgte auch nicht der Auffassung der Revision, der Klägerin stünde der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) zu, weil der Aufwand für die Beseitigung der möglichen Mängel der Heizungs- und Kälteanlage im Verhältnis zur jährlichen Nettomiete gering sei. Für die Beurteilung, ob ein Mangel so unwesentlich ist, dass der Gläubiger sich treuwidrig verhält, wenn er die Annahme der Leistung verweigert, kann nicht allein auf die voraussichtlichen Kosten der Mangelbeseitigung abgestellt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob es dem Gläubiger zumutbar ist, trotz des

⁷⁸ BGH Urteil vom 15. November 2006 - XII ZR 120/04 - NJW 2007, 2394 Rn. 25.

⁷⁹ BGH Urteil vom 12. Juni 2013 - XII ZR 38/12 – NZM 2013, 614 Rn. 37.

⁸⁰ BGH aaO. Rn. 39 ff.

Mangels die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen und sich mit den Mängelrechten zu begnügen⁸¹.

⁸¹ BGH aaO. Rn. 46 ff.