

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion, insbesondere von ZfR-, ZIP- und EWIR-Fundstellen, sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Vertragsrecht

BGB § 536 Abs. 1, § 536a Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1, § 249

Ersatz von Umzugskosten nach außerordentlicher Kündigung des Mieters wegen behördlicher Nutzungsuntersagung ohne Erheblichkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens wegen möglicher Kündigung durch den Vermieter

BGH, Urt. v. 2. 11. 2016 – XII ZR 153/15 (LG Oldenburg)

Leitsätze des Gerichts:

1. Die Erheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens im Rahmen der Zurechnung des Schadenerfolgs richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm. Voraussetzung ist zudem, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus (im Anschluss an BGHZ 120, 281, 287 = NJW 1993, 520, 522 und BGH, Urt. v. 9. 3. 2012 – V ZR 156/11, NJW 2012, 2022).

2. Zum Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens gegenüber dem auf Erstattung von Umzugskosten als Kündigungsfolgeschaden gerichteten Schadenersatzanspruch des Mieters.

Tatbestand:

[1] Die Parteien streiten um Forderungen aus einem Mietvertrag über Geschäftsräume.

[2] Im Mai 2012 mietete der Kläger – ein Betreuungsverein – von der Beklagten einen Büroraum im Erdgeschoss eines Gebäudes, das sich in deren Miteigentum befand. Die vereinbarte monatliche Bruttomiete einschließlich Umsatzsteuer und Nebenkostenpauschale betrug 416,50 €.

[3] Im Rahmen einer bauordnungsrechtlichen Prüfung stellte die Stadt B. an dem Gebäude verschiedene Mängel im Brandschutz fest. Insbesondere war bei der Anbringung des Wärmedämmverbundsystems an der Außenfassade bauordnungswidrig brennbares Material (Polystyrol) verwendet worden. Mit Schreiben vom 24. 4. 2013 setzte die Stadt B. den Kläger von den Brandschutzmängeln und davon in Kenntnis, dass sie den Gebäudeeigentümern zur Behebung der Mängel am Wärmedämmverbundsystem eine Frist bis zum 31. 5. 2013 gesetzt habe, nach deren fruchtlosen Ablauf eine Untersagung der Nutzung des gesamten Gebäudes beabsichtigt sei. Mit Bescheid vom 7. 6. 2013 sprach die Stadt B. gegenüber dem Kläger wegen der nicht brandschutzgerechten Dämmung der Außenfassade und der Nichtbehebung dieses Mangels durch die Gebäudeeigentümer eine Nutzungsuntersagung für die Mieträume aus. Zugleich wurde die sofortige Vollziehung angeordnet und angekündigt, die Nutzungsuntersagung

durch Versiegelung durchzusetzen, wenn das Gebäude und die darin befindlichen Räume ab dem 1. 8. 2013 weiterhin benutzt würden.

[4] Nachdem der Kläger am 11. 6. 2013 ein fernmündliches Angebot der Beklagten zum Bezug von Ersatzräumen abgelehnt hatte, kündigte er durch Anwaltsschreiben vom 12. 6. 2013 das Mietverhältnis „fristlos zum 30. Juni 2013“ und zog am 28. 6. 2013 in von ihm angemietete neue Büroräume um. Seit Juni 2013 leistete der Kläger keine Mietzahlungen an die Beklagte mehr.

[5] Mit seiner Klage hat der Kläger Schadenersatz für verschiedene Umzugskosten (Möbeltransport, Abbau und Neuinstallation der EDV-Anlage, Reinigungskosten) i. H. v. 2.375 € verlangt. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat widerklagend rückständige Miete für die Monate Juni und Juli 2013 i. H. v. 833 € geltend gemacht. Das Amtsgericht hat der Klage i. H. v. 1.675 € nebst Zinsen und der Widerklage i. H. v. 83,30 € nebst Zinsen stattgegeben; im Übrigen hat das Amtsgericht die wechselseitigen Zahlungsanträge abgewiesen. Mit ihrer dagegen gerichteten Berufung hat die Beklagte weiterhin auf eine vollständige Abweisung der Klage angetragen und mit der Widerklage (nur) noch die restliche Miete für den Monat Juni 2013 begehrt. Das Landgericht hat die angefochtene Entscheidung auf das Rechtsmittel geringfügig abgeändert. Es hat den von der Beklagten an den Kläger zu zahlenden Betrag auf 1.580 € nebst Zinsen herabgesetzt und der Beklagten auf die Widerklage weitere 13,86 €, mithin insgesamt 97,16 € nebst Zinsen zugesprochen.

[6] Mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr zweitinstanzliches Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

[7] Die Revision ist nur teilweise begründet, nämlich soweit das Berufungsgericht hinsichtlich der Widerklage zum Nachteil der Beklagten entschieden hat. Insoweit ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

[8] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung das Folgende ausgeführt: (...)

[9] II. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

[1] 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass dem Kläger ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte wegen der Erstattung der durch den Umzug entstandenen Kosten i. H. v. 1.580 € zusteht.

[11] a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrags veranlasst hat, dieser

Partei zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens (sog. Kündigungs- oder Kündigungsfolgeschaden) verpflichtet (vgl. Senatsurt. v. 15. 3. 2000 – XII ZR 81/97, NJW 2000, 2342 f., dazu EWiR 2000, 567 (Armbrüster); BGH, Urt. v. 13. 6. 2007 – VIII ZR 281/06, NJW 2007, 2474, Rz. 9 und v. 4. 4. 1984 – VIII ZR 313/82, ZIP 1984, 1107 = NJW 1984, 2687). Grundlage für einen auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichteten Schadenersatzanspruch des Mieters ist entweder § 280 Abs. 1 BGB oder – wie im vorliegenden Fall – § 536a Abs. 1 BGB, wenn die außerordentliche Kündigung wegen eines Umstands erfolgt, der zugleich einen Mangel der Mietsache i. S. d. § 536 BGB begründet (vgl. Senatsurt. v. 31. 10. 2012 – XII ZR 126/11, ZfR 2013, 135 (m. Anm. Heinz/Schultz-Süchtling, S. 138) = NJW 2013, 223, Rz. 35; Staudinger/Emmerich, BGB, 2014, § 543 Rz. 103). Der Anspruch setzt die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung voraus, weil er gerade denjenigen Schaden erfasst, welcher infolge der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist (Alberts, in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaumiete, § 543 BGB Rz. 86). Wird das Mietverhältnis demgegenüber nicht gekündigt oder ist eine von dem Mieter ausgesprochene Kündigung etwa aus formellen Gründen unwirksam, können die mit der Anmietung von Ersatzräumen und der damit einhergehenden Freigabe der bisherigen Mieträume verbundenen Vermögensschäden des Mieters nach § 536a Abs. 1 BGB auch als Mangelschaden erstattungsfähig sein. Das ist dann der Fall, wenn der Mieter bestehende Mängel der Mietsache berechtigterweise zum Anlass nimmt, wegen einer nicht mehr vorhandenen Tauglichkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch den Umständen nach angemessene neue Räume anzumieten (BGH, Urt. v. 3. 7. 2013 – VIII ZR 191/12, NJW 2013, 2660, Rz. 9 f.).

[12] b) Im Streitfall sind die Voraussetzungen für einen auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichteten Schadenersatzanspruch gegeben.

[13] aa) Die getroffenen Feststellungen tragen die Annahme, dass der klagende Verein – wovon ersichtlich auch das Berufungsgericht ausgeht – dazu berechtigt war, das Mietverhältnis mit der Beklagten am 12. 6. 2013 aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen.

[14] (1) Nach § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB u. a. dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird; Letzteres kommt auch beim Auftreten eines Mangels in Betracht, der dem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entgegensteht (vgl. Senatsurt. v. 20. 11. 2013 – XII ZR 77/12, ZfR 2014, 73 (LS) = NZM 2014, 165, Rz. 18 und v. 24. 10. 2007 – XII ZR 24/06, ZMR 2008, 274, 275).

[15] (a) Dabei braucht im vorliegenden Fall nicht im Einzelnen erörtert zu werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen objektbezogene Mängel beim Brandschutz – unabhängig von einem Einschreiten der Ordnungsbehörde – schon deshalb einen Mangel darstellen, weil die Sicherheit der Nutzer des Gebäudes durch sie gefährdet ist. Denn außer rei-

nen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können jedenfalls auch behördliche Beschränkungen und Gebrauchshindernisse die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel i. S. v. § 536 BGB begründen. Letztere stellen nach der Rechtsprechung des BGH freilich nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben. Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden (vgl. Senatsurt. v. 20. 11. 2013 – XII ZR 77/12, ZfR 2014, 73 (LS) = NZM 2014, 165, Rz. 20; BGH, Urt. v. 16. 9. 2009 – VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421, Rz. 6). Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine langwährende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können (vgl. Senatsurt. v. 20. 11. 2013 – XII ZR 77/12, ZfR 2014, 73 (LS) = NZM 2014, 165, Rz. 20).

[16] (b) Nach den getroffenen Feststellungen hat die Stadt B. dem Kläger die Nutzung der Mieträume durch einen sofort vollziehbaren Bescheid vom 7. 6. 2013 untersagt. Damit konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler davon ausgehen, dass das behördliche Einschreiten den Kläger in seinem vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen würde. Der an sich zutreffende Hinweis der Revision darauf, dass der Bescheid der Stadt B. vom 7. 6. 2013 im Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 12. 6. 2013 noch nicht bestandskräftig war und die aufschiebende Wirkung eines dagegen gerichteten Widerspruchs durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hätte wiederhergestellt werden können, vermag im Streitfall nicht zu verfangen. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des BGH, dass es dem Mieter grundsätzlich zugemutet werden kann, behördliche Anordnungen betreffend den Gebrauch der Mietsache auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen (vgl. Senatsurt. v. 20. 11. 2013 – XII ZR 77/12, ZfR 2014, 73 (LS) = NZM 2014, 165, Rz. 20; BGH, Urt. v. 20. 1. 1971 – VIII ZR 167/69, WM 1971, 531, 532). Auf das Risiko eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits mit ungewissem Ausgang muss sich der Mieter aber jedenfalls dann nicht einlassen, wenn die Behörde bereits eine sofortige Untersagung der Nutzung der Mietsache verfügt hat und der Gegenstand der ordnungsbehördlichen Beanstandungen – wie hier die nicht brandschutzgerechte Ausführung der Fassadendämmung – außerhalb des Einwirkungsbereichs des Mieters liegt (vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 96; Staudinger/Emmerich, a. a. O., § 536 Rz. 23; vgl. auch LG Mönchengladbach MDR 1992, 871).

[17] (2) Auch ist es für die Frage nach der Wirksamkeit der Kündigung unbehelflich, dass die Stadt B. in ihrem Bescheid die Anwendung unmittelbaren Zwangs (in Form einer Versiegelung der Mieträume) zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagungs-

verfügung erst für den 1. 8. 2013 androhte. Denn das auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB gestützte Kündigungsrecht des Mieters besteht bereits dann, wenn im Zeitpunkt der Kündigungserklärung sicher feststeht, dass dem Mieter der Mietgebrauch nicht gewährt (vgl. *Grapentin*, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap IV Rz. 320; BeckOGK/*Mehle*, BGB, Stand: 6/2016, § 543 Rz. 80) oder wieder entzogen wird (vgl. auch Senatsurt. v. 31. 10. 2012 – XII ZR 126/11, *ZfR* 2013, 135 (m. Anm. Heinz/Schultz-Stüchtling, S. 138) = NJW 2013, 223, Rz. 30 f.). Der Kläger brauchte daher mit seiner Kündigungserklärung nicht auf den Termin zuzuwarten, zu dem die Ordnungsbehörde die Ergreifung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagung angekündigt hatte.

[18] (3) Das Kündigungsrecht ist auch nicht nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. Einer Fristsetzung oder Abmahnung bedarf es nach § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht, wenn eine Fristsetzung oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB). Jedenfalls unter den letztgenannten Voraussetzungen ist nach den getroffenen Feststellungen eine sofortige Kündigung gerechtfertigt. Die Gebäudeeigentümer hatten eine ihnen von der Bauordnungsbehörde bis zum 31. 5. 2013 gesetzte Frist zur Herstellung eines brandschutzgerechten Zustands der Außenfassade verstreichen lassen, wodurch sich der klagende Verein als Mieter kurz darauf mit einer sofort vollziehbaren Nutzungsuntersagungsverfügung konfrontiert sah. Die Beklagte behauptet selbst nicht, dass eine brandschutzgerechte Sanierung der Außenfassade zu erwarten gewesen wäre, bevor die Bauordnungsbehörde am 1. 8. 2013 die von ihr angekündigte Versiegelung der Mieträume vorgenommen hätte. Vielmehr beruft sie sich ausdrücklich darauf, dass die Ausfertigung eines nicht brennbaren Wärmeverbundsystems „unmöglich“ gewesen sei, weil ein in Vermögensverfall geratener Miteigentümer des Gebäudes den auf ihn entfallenden Anteil an den mit rund 120.000 € bezifferten Sanierungskosten nicht habe aufbringen können.

[19] bb) Wird der Mieter deshalb zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund herausgefordert, weil ihm der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache aufgrund eines anfänglichen Mangels nicht gewährt oder wieder entzogen hat, haftet der Vermieter im Wege einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung (§ 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB) nach allgemeiner Ansicht auch für den kündigungsbedingten Schaden des Mieters (vgl. *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 12. Aufl., § 543 BGB Rz. 114; *Alberts*, a. a. O., § 543 BGB Rz. 86; *Pietz/Oprée*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 16 Rz. 323). Soweit behördliche Beschränkungen den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigen, setzt ein auf eine öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung gestützter anfänglicher Mangel i. S. v. § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB mindestens voraus, dass schon im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung mit einem späteren behördlichen Einschreiten während der vereinbarten Vertragszeit zu rechnen ist und die Behörde aufgrund der einschlägigen Vorschriften nicht nur dazu berechtigt, sondern dazu verpflichtet ist, die vertraglich vorgesehene Nutzung der Mietsache

zu untersagen (vgl. BGHZ 68, 294, 297 = NJW 1977, 1285, 1286). Davon ist – mit dem Berufungsgericht – unter den hier obwaltenden Umständen auszugehen, weil die im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung vorhandene Dämmung der Außenfassade mit brennbaren Werkstoffen von Anfang an gegen bauordnungsrechtliche Brandschutzbestimmungen verstoßen hat. Auch die Revision erinnert gegen diese Beurteilung nichts.

[20] Soweit das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten, ihre Garantiehaftung für anfängliche Mängel sei gem. § 6 Abs. 2 des Formularmietvertrags in rechtlich zulässiger Weise (vgl. dazu Senatsurt. v. 3. 7. 2002 – XII ZR 327/00, NJW 2002, 3232, 3233 und v. 27. 1. 1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519, 520) ausgeschlossen gewesen, als verspätet zurückgewiesen hat, fehlt es – worauf die Revisionserwiderung des Klägers zu Recht hinweist – an einer diesbezüglichen Verfahrensrüge.

[21] cc) Hat der Mieter das Mietverhältnis nach einem vertragswidrigen Verhalten des Vermieters wirksam gekündigt, umfasst der ihm zu ersetzende Kündigungsfolgeschaden auch die notwendigen Umzugskosten (vgl. bereits BGH, Urt. v. 6. 2. 1974 – VIII ZR 239/72, MDR 1974, 838). Dies wird von der Revision auch nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen. Die Angriffe, die sie im Zusammenhang mit der Schadenszurechnung gegen die Berufungsentscheidung führt, greifen indessen nicht durch.

[22] (1) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dass die Umzugskosten des Klägers auch dann angefallen wären, wenn die Beklagte sämtliche von der Stadt B. monierten Brandschutzmängel bis zum 31. 5. 2013 beseitigt hätte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger die Kündigung des Mietverhältnisses deshalb ausgesprochen, weil die Bauordnungsbehörde ihm gegenüber wegen der Beanstandungen zum Brandschutz eine sofort vollziehbare Nutzungsuntersagung verfügt hatte. Wenn das Berufungsgericht aus den von der Revision angeführten Umständen (Einholung von Angeboten für Umzugsdienstleistungen im Mai 2013, Äußerungen einer Mitarbeiterin des Beklagten in einem Telefongespräch am 11. 6. 2013) ersichtlich nicht den Schluss ziehen wollte, dass der Kläger das Mietverhältnis in jedem Fall und somit auch unabhängig von einer rechtzeitigen Beseitigung der Brandschutzmängel an der Außenfassade gekündigt hätte, hält sich dies im Rahmen einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden tatrichterlichen Würdigung.

[23] (2) Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Revision, dass eine schadensrechtliche Berücksichtigung von Umzugskosten unter dem Gesichtspunkt eines rechtmäßigen Alternativverhaltens deshalb nicht in Betracht komme, weil die Beklagte das Mietverhältnis ihrerseits hätte kündigen können.

[24] (a) Allerdings kann die Berufung des Schädigers auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten, d. h. der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, nach der Rechtsprechung des BGH für die Zurechnung eines Schadenerfolgs beachtlich sein. Die Erheblichkeit des Einwands richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm (vgl. BGHZ 96, 157, 173 = NJW 1986, 576, 579, dazu *EWiR* 1986, 61 (Reithmann) und BGHZ 120, 281, 286 = NJW 1993, 520, 521; BGH, Urt. v. 19. 7. 2016 – VI ZR 75/15, *VersR* 2016, 1191, Rz. 7 und v.

9. 3. 2012 – V ZR 156/11, NJW 2012, 2022, Rz. 17). Voraussetzung ist zudem, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus (BGHZ 120, 281, 287 = NJW 1993, 520, 522; BGH, Urt. v. 9. 3. 2012 – V ZR 156/11, NJW 2012, 2022, Rz. 17; vgl. bereits BGH, Urt. v. 30. 4. 1959 – III ZR 4/58, NJW 1959, 1316, 1317).

[25] (b) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Wäre die Außenfassade des Mietobjekts nicht bauordnungswidrig mit brennbaren Materialien ausgeführt worden bzw. hätte die Beklagte die genannten Mängel rechtzeitig vor der Nutzungsuntersagung durch die Stadt B. beseitigt, wäre das Mietverhältnis nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gekündigt worden und der mit den Umzugskosten verbundene Vermögensschaden beim Kläger nicht eingetreten. Der Einwand der Beklagten, sie hätte das Mietverhältnis nach der behördlichen Nutzungsuntersagung ihrerseits ordentlich oder – wie sie erstmals in der Revisionsinstanz für sich reklamiert – außerordentlich gekündigt, ist mit Blick auf den Schutzzweck der § 536 Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB nicht erheblich.

[26] (aa) Diese Vorschriften bezwecken es gerade, den Mieter dagegen zu sichern, dass der Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses durch mangelbedingte Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs für den Mieter unzumutbar macht. Greift der Mieter deshalb berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet (vgl. BGH, Urt. v. 6. 2. 1974 – VIII ZR 239/72, MDR 1974, 838). Andererseits geht der Schutzzweck der § 536 Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB freilich nicht dahin, dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache unabhängig von sonstigen möglichen Beendigungsgründen für das Mietverhältnis dauerhaft zu gewährleisten. Damit steht es in Einklang, dass der Mieter einen kündigungsbedingten Schadenersatz wegen des entgangenen Gebrauchs der Mietsache nach der Rechtsprechung des BGH nur für den Zeitraum verlangen kann, in dem der Vermieter auch gegen seinen Willen am Mietvertrag festgehalten werden konnte (vgl. Senatsurt. v. 17. 3. 2004 – XII ZR 254/00, GuT 2004, 120, 121; BGH, Urt. v. 12. 1. 1972 – VIII ZR 26/71 – WM 1972, 335, 337). Insbesondere die Ansprüche des Mieters auf Erstattung der Mietdifferenz wegen der Mehrkosten der kündigungsbedingt angemieteten Ersatzwohnung sind daher auf den Zeitraum bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer oder bis zur Wirksamkeit der ersten möglichen Kündigung durch den Vermieter beschränkt (vgl. bereits BGH, Urt. v. 15. 6. 1964 – VIII ZR 255/62, WM 1964, 831, 833).

[27] (bb) Soweit es um einmalige Aufwendungen für die Beschaffung von Ersatzräumen, die Herrichtung dieser Räume und den Umzug geht, wird für deren Erstattungsfähigkeit maßgeblich darauf abzustellen sein, ob diese Kosten durch eine in absehbarer Zeit bevorstehende Vertragsbeendigung unabhängig von den zur Mieterkündigung führenden Umständen ohnehin entstanden wären (vgl. auch BGH, Urt. v. 6. 2. 1974 – VIII ZR 239/72, MDR 1974, 838; *Grapentin*, a. a. O., Rz. 309). Kann demgegenüber – wie hier – nicht festgestellt werden,

dass das Mietverhältnis ohne die zur außerordentlichen Kündigung des Mieters führende und vom Vermieter zu vertretende mangelbedingte Gebrauchsentziehung überhaupt beendet worden wäre, schließt der Schutzzweck der § 536 Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB den auf rechtmäßiges Alternativverhalten gestützten Einwand des Vermieters aus, dass er das Mietverhältnis seinerseits gekündigt hätte, weil er infolge des Scheiterns der Mangelbeseitigungsversuche dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache nicht mehr habe gewähren können.

[28] c) Auch die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe der erstattungsfähigen Umzugskosten sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[29] Soweit das Berufungsgericht dem Kläger Reinigungskosten i. H. v. 280 € zugesprochen hat, konnte es sich gem. § 529 Abs. 1 ZPO verfahrensfehlerfrei auf die Feststellungen des Amtsgerichts stützen. Die Revision legt keine genügenden Anhaltspunkte dar, die nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für das Berufungsgericht Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der amtsgerichtlichen Feststellungen begründet und deshalb eine erneute Feststellung geboten hätten. Die von dem Amtsgericht vernommene Zeugin T. hat in ihrer Vernehmung bekundet, dass die Reinigungsarbeiten in den alten und neuen Räumlichkeiten in einer von ihr im Einzelnen geschilderten Weise durchgeführt worden seien und die von ihr gestellte Rechnung vom 1. 8. 2013 von dem Kläger bezahlt worden sei. Soweit die Revision Zweifel an der Richtigkeit der auf diese Aussage gestützten amtsgerichtlichen Feststellungen auf den Umstand stützen will, dass die von der Zeugin T. in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Kopie der ersichtlich mit einem Textverarbeitungsprogramm erstellten Rechnung ein anderes Datum (1. 8. 2013) trägt als die von dem Kläger mit Schriftsatz vom 17. 4. 2014 eingerichtete Ausfertigung der gleichen Rechnung (4. 4. 2014), vermag sie damit keinen revisionsrechtlich relevanten Verfahrensfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen. Auch wenn die Zeugin T. in ihrer erstinstanzlichen Vernehmung auf Vorhalt die unterschiedliche Datierung der beiden in der Akte befindlichen Rechnungsexemplare nicht zu erläutern vermochte, konnte es hierfür zwanglos nachvollziehbare Erklärungen – etwa die automatische Aktualisierung von Datumsfeldern beim nachträglichen Ausdruck eines mit einem Textverarbeitungsprogramm erzeugten Dokuments – geben, so dass das Berufungsgericht seiner Entscheidung in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gem. § 529 Abs. 1 ZPO die amtsgerichtlichen Feststellungen bezüglich der Ausführung und der Bezahlung der Reinigungsarbeiten zugrunde legen konnte.

[30] 2. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist demgegenüber die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Beklagten der im Wege der Widerklage verfolgte Anspruch auf Zahlung der Miete für die Zeit vom 8. 6. 2013 bis zum 30. 6. 2013 nicht zustehe, weil die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch in diesem Zeitraum wegen der sofortigen Vollziehbarkeit der Nutzungsuntersagungsverfügung der Stadt B. vom 7. 6. 2013 vollständig aufgehoben worden sei.

[31] a) Mit Recht macht die Revision zunächst geltend, dass – vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts aus – auf den Zeitpunkt abzustellen gewesen wäre, an dem die vom 7. 6. 2013 verfügte Nutzungsuntersagung gegenüber dem klagenden Ver-

ein wirksam geworden ist. Ein Verwaltungsakt wird gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird; ein schriftlicher Verwaltungsakt, der – wie hier – im Inland durch die Post übermittelt wird, gilt am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (§ 1 NVwVfG i. V. m. § 43 Abs. 1 Satz 1, § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG). Insofern fehlt es an Feststellungen durch das Berufungsgericht; selbst bei unterstellter Aufgabe zur Post am 7. 6. 2013 konnte die Nutzungsuntersagung gegenüber der Beklagten frühestens am 10. 6. 2013 wirksam werden.

[32] b) Im Übrigen ist noch nicht ohne weiteres von einer Beeinträchtigung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs auszugehen, solange die Behörde trotz eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften die formell ordnungswidrige Nutzung der Mietsache durch den Mieter duldet (vgl. *Hübner/Griesbach/Fuerst*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 14 Rz. 274; *Ghassemi-Tabar*, in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummietsache, § 536 BGB Rz. 181).

[33] Von einer zumindest faktischen Duldung der Nutzung durch die zuständige Behörde wird auch dann auszugehen sein, wenn sie zwar die Nutzung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch bereits untersagt hat, vorläufig aber auf die Anwendung von Zwang zur Durchsetzung der Ordnungsverfügung verzichtet, um dem von der Nutzungsuntersagung betroffenen Mieter ausreichend Zeit für die Suche nach Ersatzräumen zu geben. In diesem Fall kann der „Makel“ der von der Ordnungsbehörde formell untersagten Weiternutzung der Mietsache deren Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch im Zeitraum bis zum endgültigen Auszug des Mieters möglicherweise einschränken, aber nicht vollständig aufheben (vgl. auch LG Potsdam WuM 2015, 350, 352 ff.).

[34] Die angefochtene Entscheidung erweist sich hinsichtlich der Widerklage entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung auch nicht deshalb als richtig, weil die Beschaffenheit der Mieträume in tatsächlicher Hinsicht so weitreichend von brandschutzrechtlichen Vorschriften abweicht, dass schon deshalb eine vollständige Befreiung von der Mietzahlungspflicht ohne weiteres gerechtfertigt sei. Selbst wenn aufgrund von schwerwiegenden Mängeln beim objektbezogenen Brandschutz die konkrete Besorgnis besteht, dass im Falle eines in Zukunft eintretenden Brandes das Gesundheitsrisiko für die Nutzer der Mieträume erheblich erhöht ist, wird dieser Umstand regelmäßig nicht die Beurteilung rechtfertigen, dass die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache vollständig aufgehoben ist (vgl. auch KG KGR 2004, 97, 100; OLG Brandenburg, Ur. v. 14. 4. 2015 – 6 U 77/12, juris Rz. 86 ff.).

[35] c) Das Berufungsgericht wird nach der Zurückverweisung der Sache in tatrichterlicher Verantwortung auch darüber zu befinden haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine geschuldete Miete im noch streitgegenständlichen Zeitraum (Juni 2013) wegen der tatsächlichen und nicht brandschutzgerechten Beschaffenheit der Mietsache oder deshalb gemindert ist, weil dem Kläger die formell untersagte Weiternutzung der Mieträume nur wegen eines befristeten Verzichts auf ordnungsbehördliche Zwangsmittel ermöglicht worden ist.

Anmerkung von Sarah Scherwitzki

1. Der BGH hat in seinem Urteil über den Schadensersatz des Mieters (Umgangskosten) nach dessen außerordentlicher Kündigung aufgrund einer Nutzungsuntersagung der Stadt wegen Brandschutzmängeln und die widerklagend geltend gemachte Forderung des Vermieters wegen nicht gezahlter Miete entschieden.

Wesentliche Aspekte der Entscheidung waren zum einen die Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Kündigung des Mieters (2.1), zum anderen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens durch den Vermieter (2.2) und schließlich die Frage, ob der Mieter nach Nutzungsuntersagung noch Miete schuldet (2.3).

2.1 Der auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichtete Anspruch des Mieters ergibt sich aus § 536a BGB. Der BGH bejaht die Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB und lässt offen, ob und wann Brandschutzverstöße schon deshalb einen Mangel darstellen, weil die Sicherheit der Nutzer des Gebäudes durch sie gefährdet wird. Jedenfalls liegt durch die behördliche Nutzungsuntersagung ein Mangel der Mietsache gem. § 535 BGB vor. Zwar war der sofort vollziehbare Bescheid noch nicht bestandskräftig und die aufschiebende Wirkung eines dagegen gerichteten Widerspruchs hätte wiederhergestellt werden können, aber der Mieter muss das Risiko eines Rechtsstreits dann nicht auf sich nehmen, wenn die Behörde bereits eine sofortige Untersagung der Nutzung der Mietsache verfügt und Zwangsmittel angedroht hat (OLG Düsseldorf, Ur. v. 19. 3. 2002 – 24 U 124/01; *Kraemer*, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 4. Aufl., 2014, Kap. III Rz. 2847) und der Gegenstand der Beanstandung – hier die nicht brandschutzgerechte Ausführung der Fassadendämmung – außerhalb seines Einwirkungsbereiches liegt (vergl. *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht 12. Aufl., 2015, § 543 BGB Rz. 96; *Gräpentin*, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummietsache, 4. Aufl., 2014, Kap. IV Rz. 325; LG Mönchengladbach, Ur. v. 15. 11. 1991 – 2 S 528/90).

Das Kündigungsrecht des Mieters besteht nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB bereits dann, wenn im Zeitpunkt der Kündigungserklärung sicher feststeht, dass ihm der Mietgebrauch nicht gewährt (vergl. *Gräpentin*, a. a. O., Kap. IV Rz. 320) oder wieder entzogen wird (vergl. BGH, Ur. v. 31. 10. 2012 – XII ZR 126/11, ZfR 2013, 135 (m. Anm. *Heinz/Schultz-Süchting*, S. 138)). Der Mieter brauchte daher nicht auf den Termin warten, zu dem die Stadt die Ergreifung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagung angekündigt hatte.

Eine vorherige Fristsetzung oder Abmahnung war nach § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB entbehrlich, denn der Mieter sah sich mit einer sofort vollziehbaren Nutzungsuntersagung konfrontiert und der Vermieter behauptete selbst nicht, dass eine brandschutzgerechte Sanierung der Außenfassade zu erwarten gewesen wäre, vielmehr berief er sich darauf, dass diese unmöglich gewesen sei.

Bei dem Brandschutzverstoß handelt es sich um einen anfänglichen Mangel gem. § 536a Abs. 1 Alt. 1. BGB. Ein auf eine öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung gestützter anfänglicher Mangel i. S. v. § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB setzt voraus,

dass schon im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung mit einem späteren behördlichen Einschreiten während der Vertragszeit zu rechnen ist und die Behörde nicht nur dazu berechtigt, sondern dazu verpflichtet ist, die vertraglich vorgesehene Nutzung der Mietsache zu untersagen (vergl. BGH, Urt. v. 20. 4. 1977 – VIII ZR 287/75). Die Dämmung der Außenfassade mit brennbaren Werkstoffen erfüllt diese Anforderungen.

2.2 Der BGH wies den Einwand des Vermieters, dass die Umzugskosten des Mieters auch dann angefallen wären, wenn er sämtliche von der Stadt gerügten Brandschutzmängel innerhalb der gesetzten Frist beseitigt hätte, zurück. Wenn das Berufungsgericht aus den vom Vermieter angeführten Umständen (Einholung von Angeboten für Umzugsdienstleistungen während der laufenden Frist durch den Mieter, Äußerungen in einem Telefongespräch) ersichtlich nicht den Schluss ziehen wollte, dass der Mieter in jedem Fall unabhängig von einer rechtzeitigen Beseitigung der Brandschutzmängel gekündigt hätte, halte sich dies im Rahmen einer nicht zu beanstandenden tatrichterlichen Würdigung.

Ebenfalls nicht zum Erfolg führte der Einwand des Vermieters, dass der Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens scheitere, weil er das Mietverhältnis seinerseits hätte kündigen können. Der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des BGH für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Die Erheblichkeit des Einwands richtet sich nach dem Schutzzweck der verletzten Norm (vergl. BGH, Urt. v. 24. 10. 1985 – IX ZR 91/84 und BGH, Urt. v. 25. 11. 1992 – VIII ZR 170/91; BGH, Urt. v. 19. 7. 2016 – VI ZR 75/15; BGH, Urt. v. 9. 3. 2012 – V ZR 156/11). Voraussetzung ist, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre, die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus (BGH, Urt. v. 25. 11. 1992 – VIII ZR 170/91; BGH, Urt. v. 9. 3. 2012 – V ZR 156/11; vgl. bereits BGH, Urt. v. 30. 4. 1959 – III ZR 4/58). Wäre die Fassade des Mietobjekts nicht bauordnungswidrig ausgeführt worden, bzw. hätte der Vermieter die Mängel rechtzeitig beseitigt, wäre das Mietverhältnis nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gekündigt worden und die Umzugskosten beim Mieter nicht angefallen. Die § 536 Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB bezwecken gerade den Schutz des Mieters gegen die mangelbedingte Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache durch den Vermieter. Greift der Mieter berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet (vgl. BGH, Urt. v. 6. 2. 1974 – VIII ZR 239/72). Allerdings sollen diese Vorschriften nicht dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache unabhängig von sonstigen möglichen Beendigungsgründen dauerhaft gewährleisten. Regelmäßig kann der Mieter Schadensersatz wegen des entgangenen Gebrauchs der Mietsache nur für den Zeitraum verlangen, in dem der Vermieter auch gegen seinen Willen am Mietvertrag festgehalten werden konnte (vergl. BGH, Urt. v. 17. 3. 2004 – XII ZR 254/00; BGH, Urt. v. 12. 1. 1972 – VIII ZR 26/71). Soweit es um einmalige Aufwendungen für die Beschaffung von Ersatzräumen, die Herrichtung

dieser Räume und den Umzug geht, ist für deren Erstattungs-fähigkeit maßgeblich darauf abzustellen, ob diese Kosten durch eine kurz bevorstehende Vertragsbeendigung unabhängig von den zur Kündigung führenden Umständen ohnehin entstanden wären (vergl. auch BGH, Urt. v. 6. 2. 1974 – VIII ZR 239/72; *Grapentin*, a. a. O., Kap. IV Rz. 309). Kann jedoch nicht festgestellt werden, dass das Mietverhältnis ohne die zur außerordentlichen Kündigung des Mieters führende und vom Vermieter zu vertretende mangelbedingte Gebrauchsentziehung überhaupt beendet worden wäre, schließt der Schutzzweck der § 536 Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB den auf rechtmäßiges Alternativverhalten gestützten Einwand des Vermieters, dass er seinerseits gekündigt hätte, weil er infolge des Scheiterns der Mangelbeseitigungsversuche dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache nicht mehr habe gewähren können, aus.

2.3 Der Anspruch des Vermieters auf Miete war von den Vorinstanzen bisher fehlerhaft bewertet worden. Zwar ist ein Mangel zu bejahen, aber § 536 Abs. 1 BGB differenziert zwischen einem Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt und einem, der die Tauglichkeit mindert. Eine Befreiung von der Miete kommt nur bei völliger Beseitigung der Gebrauchstauglichkeit für deren Dauer in Betracht. Eine Tauglichkeitsminderung führt zu einer proportionalen angemessenen Herabsetzung der Miete durch Schätzung eines prozentualen Abschlags (vgl. *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 76. Aufl., 2017, § 536, Rz. 32, 33). Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, wann die Nutzungsuntersagung wirksam geworden ist, was bisher durch die Vorinstanzen noch nicht festgestellt worden war. Zum anderen war noch nicht hinreichend festgestellt worden, inwieweit der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache während der Zeit beeinträchtigt oder aufgehoben war, in der zumindest faktisch von der Behörde die Nutzung der Mietsache geduldet wurde, da die Behörde vorläufig auf die Anwendung von Zwang zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagung verzichtete, um dem Mieter ausreichend Zeit für die Suche nach Ersatzräumen zu geben. Der BGH erklärt, das Berufungsgericht habe darüber zu befinden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Miete im streitgegenständlichen Zeitraum wegen der tatsächlichen und nicht brandschutzgerechten Beschaffenheit der Mietsache (vergl. auch KG, Urt. v. 22. 9. 2003 – 12 U 15/02; OLG Brandenburg, Urt. v. 14. 4. 2015 – 6 U 77/12) oder deshalb gemindert ist, weil dem Mieter die formell untersagte weitere Nutzung der Mietsache nur wegen eines befristeten Verzichts auf ordnungsbehördliche Zwangsmittel ermöglicht worden ist (vergl. auch LG Potsdam, Urt. v. 27. 2. 2015 – 13 S 46/14). Die angemessene Höhe der Minderung ist gem. § 287 ZPO durch Schätzung zu ermitteln.

3. Die gut begründete Entscheidung zeigt auf, wann eine behördliche Nutzungsuntersagung zu einer außerordentlichen Kündigung des Mieters berechtigt. Im Hinblick auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens beschäftigt sich der BGH in mietrechtlichem Kontext mit einem im Zivilrecht vornehmlich im Arzt- und Amtshaftungsrecht diskutierten Problem. In Fällen, in denen der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten des Schädigers eingetreten wäre, funktioniert die üblicherweise angewandte „*Conditio-sine-qua-non-Formel*“ nicht, welche besagt, dass eine Bedingung nur dann ursächlich

ist, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt. Richtigerweise stellt der BGH klar, dass die Möglichkeit, eine bestimmte Folge herbeiführen zu können, nicht ausreicht, sondern der Erfolg effektiv hätte herbeigeführt werden müssen, und zudem der Schutzzweck der verletzten Norm beachtlich ist. Zudem betont er das Erfordernis, bei dem Vorliegen eines Mangels zu hinterfragen, inwiefern der vertragsgemäße Gebrauch beeinträchtigt ist; die Berechtigung zur Kündigung führt nicht zwangsläufig zu einer vollständigen Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit.

Sarah Scherwitzki, LL.M., Rechtsanwältin in Berlin, Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB

BGB § 566 Abs. 1, § 578

Kein gesetzlicher Übergang eines mit dem Veräußerer vereinbarten Ankaufsrechts auf den Erwerber

BGH, Urt. v. 12. 10. 2016 – XII ZR 9/15 (OLG Dresden)

Leitsatz des Gerichts:

Der Erwerber eines gewerblich vermieteten Grundstücks tritt nicht kraft Gesetzes in ein zwischen dem Veräußerer und dem Mieter vereinbartes Ankaufsrecht ein (im Anschluss an Senatsurt. v. 25. 7. 2012 – XII ZR 22/11, ZfIR 2012, 868 (m. Anm. Wortberg, S. 871) = NJW 2012, 3032).

Tatbestand:

[1] Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sie aus einem zu Gunsten der Beklagten vereinbarten Ankaufsrecht nicht verpflichtet sei.

[2] Die Klägerin ist Eigentümerin des in D. belegenen Areals „Heeresbäckerei“. Die Beklagte, die Stadt D., ist Mieterin von auf diesem Grundstück befindlichen Räumen, die sie als Stadtarchiv nutzt. Ursprünglich schlossen die E.R.B. als Voreigentümerin und Vermieterin und die Beklagte als Mieterin am 10. 12. 1997 einen Mietvertrag über die betreffenden Räume. Unter § 1 Abs. 4 des Mietvertrags vereinbarten sie zu Gunsten der Beklagten eine Option bzw. ein Ankaufsrecht über „das noch zu vermessende Teilgrundstück Stadtarchiv mit ca. 3.360 qm“. Die Vertragsparteien verpflichteten sich, nach Ausübung des Ankaufsrechts innerhalb von sechs Wochen einen entsprechenden notariellen Kaufvertrag abzuschließen. Zudem verpflichtete sich die E.R.B., das Ankaufsrecht bei Veräußerung an den jeweiligen Rechtsnachfolger weiterzugeben. Bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die Beklagte nach der Vereinbarung aus wichtigem Grund kündigen und Schadensersatzansprüche geltend machen.

[3] Mit notarieller Urkunde vom 18. 12. 1997 (UR-Nr. B 2205/1997) bestätigten die E.R.B. und die Beklagte den vorgenannten Mietvertrag, der der Urkunde als Anlage beigelegt war. Ferner erklärten sie, „dass diese Urkunde mit der Urkunde des amtierenden Notars vom heutigen Tag, UR-Nr. B 2206/1997 wirtschaftlich eine Einheit bildet“. Mit der letztgenannten Urkunde begründeten die Vertragsparteien zu Gunsten der Beklagten ein Ankaufsrecht an dem Grundstück mit der Flurstücknummer 1966/9 in der Weise, dass durch die Ausübung des Ankaufsrechts der in der Anlage „K“ der Urkunde beigelegte Kaufvertrag zustande komme. Auf die Bestellung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Ankaufsrechts wurde verzichtet. Eintragungen ins Grundbuch zu Gunsten der Beklagten erfolgten nicht.

[4] Mit notariellem Kaufvertrag vom 9. 12. 2003 (UR-Nr. R 2611/2003) veräußerte die E.R.B. das Grundstück an die Streithelferin, die Sparkasse Da. Die Streithelferin übernahm die Verpflichtung aus den Ankaufsrechten. Schließlich erwarb die Klägerin das Grundstück mit notariellem Kaufvertrag vom 25. 6. 2008 (UR-Nr. 1463/2008-L) von der Streithelferin.

[5] Das Landgericht hat die Klage, mit der die Klägerin die Feststellung begehrt hat, dass die Beklagte ihr gegenüber weder aus einer Kaufoption noch aus der Vereinbarung eines Ankaufsrechts berechtigt sei, abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Hiergegen wenden sich die Beklagte und die Streithelferin mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

[6] Die als einheitliches Rechtsmittel anzusehende Revision der Beklagten und ihrer Streithelferin (vgl. BGH, Beschl. v. 24. 5. 2012 – VII ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1042, Rz. 3 und v. 29. 9. 2011 – V ZB 157/11, NJW-RR 2012, 141, Rz. 5) ist unbegründet.

[7] I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin einen Anspruch auf Feststellung, dass sie das streitgegenständliche Grundstück ohne ein mietvertragliches Ankaufsrecht und ohne eine Kaufoption der Beklagten erworben habe. Es sei unstreitig, dass die E.R.B. der Beklagten in der Urkunde 2206 ein notariell beurkundetes Ankaufsrecht wirksam eingeräumt habe. Dahinstehen könne, ob sich aus § 1 Abs. 4 des ursprünglichen Mietvertrags, sei es in der privatschriftlichen Form, sei es in der notariell beurkundeten Form der Urkunde 2205, ein eigenständiges Ankaufsrecht ergebe oder ob es sich letztlich um ein einheitliches Ankaufsrecht in Form der Urkunde 2206 handele, das die früheren getrennten Optionen konkretisiert und vereinheitlicht habe.

[8] Weder das Ankaufsrecht noch die Kaufoption der Beklagten seien auf die Klägerin übergegangen. Da entsprechende Pflichten des jeweiligen Eigentümers grundbuchrechtlich bewusst nicht abgesichert worden seien und die Klägerin solche auch nicht vertraglich übernommen habe, komme ein Übergang der ursprünglich zwischen der E.R.B. und der Beklagten getroffenen Vereinbarung letztlich nur über § 566 Abs. 1 BGB in Betracht. Dessen Voraussetzungen seien jedoch nicht erfüllt.

[9] § 566 BGB erfasse nur solche Rechte und Pflichten, die als mietrechtlich zu qualifizieren seien oder die in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stünden, wobei bei Letzteren hinzukommen müsse, dass sie ihrem materiellen Gehalt nach als dem Mietrecht zugehörig zu qualifizieren seien. Dazu gehörten insbesondere Abreden, die sich auf den Mietgegenstand, seine Überlassung und Rückgewähr sowie die Gegenleistung bezögen. Umgekehrt trete der Erwerber nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses lägen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt seien. Während Rechte und Verpflichtungen aus sonstigen Abmachungen, die aus Anlass des Mietvertrags getroffen worden seien oder nur in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit ihm stünden, nicht auf den Erwerber übergingen, fielen solche Vereinbarungen unter § 566 Abs. 1 BGB, die ohne den Zusammenhang mit dem Mietvertrag bei wertender Betrachtung mehr oder weniger sinnlos würden, sofern sie einen mietrechtlichen Bezug hätten. Danach fielen weder das Ankaufsrecht noch die Kaufoption unter den Anwendungsbereich des § 566 Abs. 1 BGB.

[10] Insbesondere beinhalteten diese keine als mietrechtlich zu qualifizierenden Pflichten. Dabei könne dahinstehen, ob die mietrechtliche Qualifizierung einer Vereinbarung nur dann gegeben sei, wenn es sich um typische Mietvertragsklauseln han-