



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 120/16

Verkündet am:
24. Januar 2018
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 249 K, 254 Dc, 545; UStG § 1 Abs. 1 Nr. 1

- a) Der die stillschweigende Verlängerung eines Mietverhältnisses nach Ablauf der Mietzeit hindernde Widerspruch kann konkludent, schon vor Beendigung des Mietverhältnisses und damit jedenfalls auch mit der Kündigung erklärt werden. Eine konkludente Widerspruchserklärung muss den Willen, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, eindeutig zum Ausdruck bringen (im Anschluss an BGH Urteil vom 16. September 1987 - VIII ZR 156/86 - NJW-RR 1988, 76 und Senatsurteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 178/03 - NJW-RR 2006, 1385).
- b) In einem Räumungsverlangen kann eine solche konkludente Widerspruchserklärung liegen (im Anschluss an Senatsurteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 178/03 - NJW-RR 2006, 1385).
- c) Nach einer außerordentlichen Vermieterkündigung eines befristeten Mietverhältnisses kann der Vermieter vom Mieter den Mietausfallschaden auch dann verlangen, wenn es gemäß § 545 BGB zu einer stillschweigenden unbefristeten Vertragsverlängerung kommt und der Mieter in der Folge seinerseits ordentlich kündigt.
- d) Zur Pflicht des Vermieters, den Schaden gering zu halten.
- e) Beim Mietausfall als Kündigungsfolgeschaden handelt es sich nicht um ein Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG, so dass der Schadensersatz die Umsatzsteuer nicht umfasst (im Anschluss an Senatsurteil vom 23. April 2008 - XII ZR 136/05 - ZMR 2008, 867).

BGH, Urteil vom 24. Januar 2018 - XII ZR 120/16 - OLG Köln
LG Köln

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. November 2016 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 9. Juni 2016 in Höhe von 46.354,84 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. Februar 2016 zurückgewiesen worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt als Vermieterin vom beklagten Mieter den Ersatz von entgangener Miete.
- 2 Zwischen den Parteien bestand seit Juli 2010 ein bis zum 30. Juni 2015 befristeter Mietvertrag über Räume, in denen der Beklagte einen Getränkehandel betrieb, wobei 840 qm auf Lagerraum und 100 qm auf Büroräume entfielen. Als monatliche Nettokaltmiete waren 3.000 € vereinbart, die zuzüglich Umsatz-

steuer jeweils im Voraus spätestens am dritten Werktag des Monats zu zahlen waren.

- 3 Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 erklärte die Klägerin aufgrund von Mietrückständen des Beklagten in Höhe von zwei Monatsmieten die außerordentliche Kündigung mit folgendem Wortlaut:

"Die angemahnte Miete mit Betriebskosten und Umsatzsteuer für Januar 2013, sowie eine Miete lt Vollstreckungsauftrag sind immer noch nicht eingegangen! Wir sprechen nun das Vermieter Pfandrecht, mit allem in gebrauch befindlichen Gegenstände, aus und die fristlose Kündigung! Sie sollten uns die Räume in vertraglichen Zustand bis zum 30.01.2013 heraus geben!"

- 4 Unter dem 30. Januar 2013 schrieb die Klägerin dem Beklagten:

"In Verbindung mit dem Schreiben Ihres Rechtsanwaltes sollten Sie uns einen solventen Nachmieter vorstellen! Uns sollten Sie ein Vermietungsschild gestatten! Wie schon Ihrem Anwalt per Fax mitgeteilt hatten Sie vertragsgemäß zur Zeit bis zum 30.06.2015!"

- 5 Mit Schreiben vom 4. Februar 2013, das inhaltlich dem ersten Schreiben entsprach, wiederholte die Klägerin die Kündigung und fügte Folgendes an:

"Wir halten fest, dass Sie uns weder die Mieträume übergeben haben, noch Zusagen durch ihren Anwalt einhalten! Darüber hinaus hatten Sie bis zur Neuvermietung mit, bis zum 30.06.2015!"

- 6 Der Beklagte räumte zunächst nicht, erklärte aber seinerseits mit Schreiben vom 22. Februar 2013 die Kündigung zum 31. Mai 2013 und räumte (spätestens) am 3. Juni 2013. Die Klägerin vermietete ab 15. März 2015 an einen neuen Mieter. Zwei auf Zahlung von Miete und Nutzungsentschädigung für Juni 2013 sowie für den Zeitraum von Juli bis einschließlich November 2013 gerichtete Klagen der Klägerin blieben - bis auf eine Nutzungsentschädigung für den Zeitraum vom 1. bis zum 3. Juni 2013 - ohne Erfolg.

7 Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin ausgehend von der Monatsmiete von 3.000 € zuzüglich 570 € Umsatzsteuer Zahlung einer Nutzungsentschädigung bzw. eines Kündigungsfolgeschadens für den Zeitraum vom 1. Dezember 2013 bis zum 14. März 2015 in einer Gesamthöhe von 55.162,26 € nebst monatlich gestaffelter Verzugszinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

8 Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie den eingeklagten Anspruch in voller Höhe weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat in überwiegendem Umfang Erfolg.

I.

10 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

11 Ein vertraglicher Mietanspruch scheitere jedenfalls daran, dass die Klägerin das Mietverhältnis fristlos gekündigt, der Fortsetzung des Mietgebrauchs aber nicht widersprochen habe, so dass sich das Mietverhältnis nach § 545 Satz 1 BGB, der auch für den Fall der Vertragsbeendigung durch fristlose Kündigung gelte, auf unbestimmte Zeit verlängert habe. Weder das Kündigungsschreiben noch die beiden weiteren Schreiben der Klägerin brächten einen entgegenstehenden Willen der Klägerin hinreichend deutlich zum Ausdruck. Gegen eine Ablehnung der Fortsetzung spreche neben der etwas abgeschwächten "Soll"-Formulierung auch die Nennung der Mietrückstände als Kündigungsgrund. Unterstelle man eine unverzügliche Einsicht des Beklagten und eine ver-

lässliche zukünftige Zahlungsmoral, so sei jedenfalls nicht eindeutig und klar erkennbar, dass die Klägerin auch unter diesen Gegebenheiten einer stillschweigenden Verlängerung des Mietverhältnisses endgültig ablehnend gegenübergestanden habe. Eine erhebliche Verletzung der Rechte des Vermieters liege nicht vor. Der Beklagte habe daher das Mietverhältnis zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen können. Die Anwendbarkeit des § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB folge daraus, dass der ganz überwiegende Teil der vermieteten Räume aus Lagerflächen bestehe. Das Mietverhältnis sei mithin zum 30. Mai 2013 beendet worden.

12 Der Nutzungsentschädigungsanspruch setze eine Nichterfüllung der dem Mieter obliegenden Rückgabepflicht voraus. Es sei aber von der Räumung im Verlauf des 3. Juni 2013 auszugehen, so dass die Klägerin nur für die ersten drei Junitage 2013 eine Nutzungsentschädigung verlangen könne. Der entsprechende Betrag sei ihr bereits im ersten der beiden früheren Verfahren zuerkannt worden.

II.

13 Das hält der rechtlichen Nachprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

14 1. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht für den streitgegenständlichen Zeitraum Ansprüche der Klägerin auf Mietzahlung gemäß § 535 Abs. 2 BGB und auf Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a Abs. 1 BGB verneint.

15 a) Miete kann die Klägerin nicht mehr beanspruchen, weil das Mietverhältnis in jedem Fall vor Dezember 2013 beendet worden ist.

16 aa) Auf rechtliche Bedenken stößt allerdings bereits die Auffassung des Berufungsgerichts, das Mietverhältnis habe sich im Anschluss an die außerordentliche Kündigung der Klägerin aufgrund fortgesetzten Mietgebrauchs ohne Erklärung eines entgegenstehenden Willens nach § 545 Satz 1 BGB auf unbestimmte Zeit verlängert.

17 Die Verlängerung durch stillschweigende Fortsetzung des Mietgebrauchs gemäß § 545 BGB kann grundsätzlich auch nach einer außerordentlichen fristlosen Kündigung erfolgen. Der gemäß § 545 Satz 1 Halbsatz 2 BGB die Verlängerung hindernde Widerspruch kann konkludent, schon vor Beendigung des Mietverhältnisses und damit jedenfalls auch mit der Kündigung erklärt werden. Eine konkludente Widerspruchserklärung muss jedoch den Willen des Vermieters, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, eindeutig zum Ausdruck bringen. Denn der Zweck der Vorschrift besteht darin, Rechtsklarheit zwischen den Vertragsteilen darüber zu schaffen, ob der Vertrag fortbesteht oder nicht. Rechtsklarheit kann der Vermieter auch dadurch schaffen, dass er bereits in der Kündigungserklärung den Willen zum Ausdruck bringt, die Fortsetzung des Mietvertrags endgültig abzulehnen. Nicht in jeder außerordentlichen Kündigung kann bereits eine Widerspruchserklärung gesehen werden. Die Entscheidung, ob eine außerordentliche Kündigung des Vermieters bereits die Erklärung beinhaltet, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend sind das Gewicht der Kündigungsgründe und die Bedeutung, welche der Vermieter ihnen nach dem Inhalt der Erklärung beigemessen hat (vgl. BGH Urteil vom 16. September 1987 - VIII ZR 156/86 - NJW-RR 1988, 76 und Senatsurteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 178/03 - NJW-RR 2006, 1385 Rn. 25; vgl. auch BGH Beschluss vom 21. April 2010 - VIII ZR 184/09 - NJW 2010, 2124 Rn. 7 ff.). In einem Räumungsverlangen kann ebenfalls eine solche konkludente Widerspruchserklä-

rung liegen (vgl. Senatsurteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 178/03 - NJW-RR 2006, 1385 Rn. 25).

18 Die tatrichterliche Auslegung des Berufungsgerichts hält diesen rechtlichen Maßstäben nicht stand. Die Klägerin hat ihren der Verlängerung entgegenstehenden Willen fristgerecht mit der notwendigen Klarheit zum Ausdruck gebracht. Bereits das Kündigungsschreiben enthielt unbeschadet sprachlicher Mängel eine eindeutige Aufforderung zur Räumung binnen zwei Tagen und damit sogar eine ausdrückliche Fristsetzung. Dass die Klägerin sich dabei der Formulierung "sollten" bediente, nimmt dieser Handlungsaufforderung nichts von ihrer Unmissverständlichkeit. Der Beklagte konnte aus dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB dieses Kündigungsschreiben nur dahin verstehen, dass die Klägerin mit einer durch eine Weiternutzung bewirkten Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit nicht einverstanden sein würde. Die vom Berufungsgericht angestellte Erwägung, der Kündigungsgrund stelle keine erhebliche Verletzung der Vermieterrechte dar, ist insoweit ohne Belang, weil sich der Widerspruch hier nicht allein aus der Erklärung der außerordentlichen Kündigung, sondern zusätzlich und insbesondere aus dem Räumungsverlangen unter Fristsetzung ergibt. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin durch ihre unverzügliche schriftliche Reaktion auf das Unterbleiben der Räumung nochmals ihren der Verlängerung entgegenstehenden Willen eindeutig bekundet hat.

19 bb) Unabhängig davon wäre auch ein befristet verlängertes Mietverhältnis im Dezember 2013 bereits beendet gewesen. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts hätte die ordentliche Kündigung des Beklagten indessen nicht zu einer Beendigung mit Ablauf des 30. Mai 2013 (gemeint wohl: 31. Mai 2013), sondern erst zu einer solchen mit Ablauf des 30. September 2013 geführt.

20 Die gesetzliche Kündigungsfrist bestimmt sich im vorliegenden Fall nicht nach § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB. Einschlägig ist vielmehr § 580 a Abs. 2 BGB, weil es sich bei den Mieträumen um Geschäftsräume im Sinne dieser Norm handelte. Als solche sind alle zu gewerblichen Zwecken vermieteten Räume anzusehen, also unter anderem auch einem Geschäftsbetrieb dienende Lagerräume (vgl. nur Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Baldus Gewerberaum-miete § 580 a BGB Rn. 21 mwN). Auf die Überlegung des Berufungsgerichts, vorliegend überwögen eindeutig die Lagerflächen, kommt es mithin nicht an. Die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 22. Februar 2013 hätte demnach den Vertrag mit Ablauf des Septembers 2013 beendet.

21 b) Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für den Zeitraum ab Dezember 2013 scheidet, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, schon daran, dass die Mietsache bereits Anfang Juni 2013 zurückgegeben worden ist.

22 2. Der Klägerin steht jedoch - worauf sie sich im Übrigen ausdrücklich berufen hatte, das Berufungsgericht aber nicht hinreichend eingegangen ist - gegen den Beklagten möglicherweise ein Schadensersatzanspruch im Umfang des im Mietausfall liegenden Kündigungsfolgeschadens zu. Der Höhe nach kann sich dieser Anspruch jedoch allenfalls auf 46.354,84 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. Februar 2016 belaufen.

23 a) Endet ein befristetes Mietverhältnis - wie hier durch die Kündigung der Klägerin vom 28. Januar 2013 wegen Zahlungsverzugs - vorzeitig durch außerordentliche Kündigung aus vom Mieter zu vertretenden Gründen, hat der Mieter dem Vermieter gemäß §§ 280 Abs. 1, 314 Abs. 4, 249 Abs. 1, 252 BGB grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, der diesem in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Miete entsteht (vgl. Senatsurteil

vom 16. Februar 2005 - XII ZR 162/01 - NZM 2005, 340, 341). Um einen solchen Mietausfallschaden geht es vorliegend, da die Klägerin den Ersatz von Mieten begehrt, die sie bei Durchführung des Mietverhältnisses bis zum Ende der vertraglichen Befristung gemäß § 535 Abs. 2 BGB vom Beklagten hätte beanspruchen können. Diesen vertraglichen Anspruch hat sie aufgrund des vom Beklagten zu vertretenden Verzugs mit Mietzahlungen, der zu der außerordentlichen Kündigung geführt hat, verloren.

24 Diesem Schadensersatzanspruch für den streitgegenständlichen Zeitraum stünde im Übrigen selbst eine - hier nicht erfolgte - stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses gemäß § 545 Satz 1 BGB nicht entgegen. Denn auch dann wäre der Mietvertrag durch die ordentliche Kündigung des Beklagten vor dem Ende der ursprünglich vereinbarten festen Vertragslaufzeit beendet worden. Dass die langfristige Vertragsbindung weggefallen ist, beruht jedoch auf der Pflichtverletzung des Beklagten, aufgrund derer die Klägerin zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war. Eine (unterstellte) stillschweigende Verlängerung würde diesen Zurechnungszusammenhang nicht unterbrechen, weil auch das mit einer stillschweigenden Vertragsverlängerung einhergehende ordentliche Kündigungsrecht des Beklagten auf dessen vertragswidriges Verhalten zurückzuführen wäre. Vielmehr ist diese Konstellation nicht anders zu beurteilen als der Fall, dass der Vermieter nach der vom Mieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung einen Vertrag mit einem Nachmieter abschließt, der dann vertragsgemäß weniger oder auch - seinerseits vertragswidrig - gar nichts mehr zahlt. Auch dort muss der ursprüngliche Mieter dem Grundsatz nach für den Mietausfallschaden des Vermieters aufkommen (vgl. Senatsurteile vom 16. Juli 2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053 f.; vom 10. Oktober 2001 - XII ZR 307/98 - juris Rn. 8, 40 und vom 20. Juni 2001 - XII ZR 20/99 - juris Rn. 2 ff; RGZ 76, 367, 369; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 13. Aufl. § 542 BGB Rn. 107). Denn die stillschweigende Vertragsverlän-

gerung steht nicht einer einvernehmlichen Aufhebung der festen Vertragslaufzeit gleich, sondern setzt voraus, dass das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit seiner zeitlichen Bindung weggefallen ist, und führt kraft gesetzlicher Anordnung ohne übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zur unbefristeten Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (vgl. Palandt/Weidenkaff BGB 77. Aufl. § 545 Rn. 10; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 13. Aufl. § 545 BGB Rn. 1).

25 b) Der Höhe nach kann sich der ersatzfähige Mietausfallschaden der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Dezember 2013 bis zum 14. März 2015 in der Hauptsache jedoch allenfalls auf die entgangene Nettomiete von insgesamt 46.354,84 € (15 Monate zzgl. einem 14/31 Monat x 3.000 €) belaufen. Denn beim Mietausfall als Kündigungsfolgeschaden handelt es sich nicht um ein Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG. Anders als die Nutzungsentschädigung steht dieser Schadensersatz nicht in einer Wechselbeziehung mit einer Leistung des ehemaligen Vermieters (Senatsurteil vom 23. April 2008 - XII ZR 136/05 - ZMR 2008, 867 Rn. 28; vgl. auch FG München Urteil vom 9. Februar 2017 - 14 K 2480/14 - juris Rn. 20 ff.; FG Hamburg Urteil vom 18. September 2002 - II 168/01 - juris Rn. 34; vgl. zum Leasingvertrag BGH Urteil vom 14. März 2007 - VIII ZR 68/06 - NJW-RR 2007, 1066 Rn. 11 ff.; allgemein dazu Blank in Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 542 BGB Rn. 116 mwN; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Grünwald Gewerberaummiete § 1 UStG Rn. 12 ff.; anders bei einer Abstandszahlung des Mieters, weil der Vermieter auf seine Rechte aus dem noch laufenden Vertrag verzichtet: HessFG Urteil vom 27. April 2017 - 6 K 1986/16 - juris Rn. 19 ff.).

26 Eine Rechtsgrundlage für die von der Klägerin geltend gemachten Verzugszinsen besteht nicht. Für den Schadensersatzanspruch ist - anders als für den Anspruch auf Miete - die Leistung nicht nach dem Kalender bestimmt (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Er stellt auch keine Entgeltforderung im

Sinne des § 288 Abs. 2 BGB dar (vgl. BGHZ 199, 1 = WM 2014, 759 Rn. 67 ff.; BGH Urteil vom 17. Juli 2013 - VIII ZR 334/12 - NJW 2014, 1171 Rn. 13; BeckOK BGB/Lorenz § 288 Rn. 5 und § 286 Rn. 40; MünchKommBGB/Ernst 7. Aufl. § 288 Rn. 20 und § 286 Rn. 76; Palandt/Grüneberg BGB 77. Aufl. § 288 Rn. 8 und § 286 Rn. 27; Staudinger/Löwisch/Feldmann BGB [Updatestand: 25. März 2015] § 288 Rn. 21 und § 286 Rn. 99). Die Klägerin kann aber ggf. gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit und damit hier ab dem 13. Februar 2016 als dem auf die Zustellung der Klageschrift folgenden Tag verlangen.

27 3. In dem Umfang, in dem der Klägerin entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein Anspruch gegen den Beklagten für den streitgegenständlichen Zeitraum zustehen kann, ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Insoweit ist der Rechtsstreit gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

28 Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif im Sinne des § 563 Abs. 3 ZPO. Der Beklagte hat sich ebenso wie Land- und Oberlandesgericht ausschließlich auf die rechtliche Argumentation der beiden Tatsacheninstanzen aus den zwei Vorprozessen gestützt, die - rechtlich fehlerhaft - von einer stillschweigenden Verlängerung des Mietverhältnisses ausgegangen sind und für den Zeitraum nach der Räumung einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht in den Blick genommen haben. Folgerichtig haben der Beklagte und die Tatrichter daher die Frage eines möglichen Verstoßes der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht und damit ein mögliches Mitverschulden der Klägerin im Sinne des § 254 Abs. 2 Satz 1 letzte Alt. BGB nicht bedacht. Diese Vorschrift begründet keine Einrede, sondern einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwand, sofern sich die entsprechenden Tatsachen aus dem Vortrag

auch nur einer Partei ergeben. Die Frage des mitwirkenden Verschuldens ist daher von Amts wegen auch noch in der Revisionsinstanz zu prüfen (BGH Urteile vom 15. Oktober 2015 - IX ZR 44/15 - NJW 2016, 497 Rn. 36 mwN und vom 15. April 2010 - IX ZR 189/09 - MDR 2010, 925 Rn. 13).

29 Im vorliegenden Fall ist die Räumung am 3. Juni 2013, eine Weitervermietung jedoch erst zum 15. März 2015 und damit nach Ablauf eines Zeitraums von mehr als 21 Monaten erfolgt. Auch wenn aus der Pflicht des Vermieters zur Schadensgeringhaltung nicht die Verpflichtung folgt, sofort um jeden Preis zu vermieten, drängt sich angesichts der zeitlichen Abfolge die Frage auf, inwiefern die Klägerin Weitervermietungsbemühungen unternommen hat. Darauf ist der Beklagte auf der Grundlage der von den Tatsachengerichten vertretenen Rechtsauffassung bislang nicht eingegangen. Ein ausreichender Vortrag würde dann eine sekundäre Darlegungslast der Klägerin als der Vermieterin auslösen. Die Beweislast für einen Verstoß des Vermieters gegen seine Schadensminderungspflicht trägt allerdings der Mieter (Senatsurteil vom 16. Februar 2005 - XII ZR 162/01 - NZM 2005, 340, 341; vgl. hierzu auch Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Alberts Gewerberaummieta § 543 BGB Rn. 98 mwN; MünchKommBGB/Bieber 7. Aufl. § 543 Rn. 77 mwN; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 13. Aufl. § 542 BGB Rn. 109 mwN; Kluth/Böckmann/Freigang NZM 2004, 446, 451).

30 Ersichtlich haben weder die Parteien noch die Vorinstanzen diesem Punkt bislang Bedeutung beigemessen. Die Parteien müssen deshalb gemäß § 139 Abs. 2 ZPO Gelegenheit erhalten, zu dem aufgezeigten Gesichtspunkt vorzutragen (vgl. BGH Urteil vom 25. November 1994 - V ZR 24/93 - DtZ 1995 100, 101). In der Folge wird das Berufungsgericht zu entscheiden haben, ob

dem Schadensersatzanspruch der Klägerin teilweise oder vollumfänglich ein Mitverschulden entgegensteht.

Dose

Schilling

Nedden-Boeger

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 09.06.2016 - 2 O 8/16 -

OLG Köln, Entscheidung vom 14.11.2016 - 1 U 62/16 -