



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 162/01

Verkündet am:  
16. Februar 2005  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

a) BGB §§ 133 C, 157 C, 535 a.F., 549 a.F., 566 Satz 1 a.F.

Zur Auslegung einer Klausel, die den Mieter berechtigt, die Rechte und Pflichten aus einem langfristigen Mietvertrag auf einen Nachmieter zu übertragen, und zu den sich daraus ergebenden Voraussetzungen eines Mieterwechsels.

b) BGB §§ 254 Dc, 314 Abs. 4

Zur Beweislast für eine Verletzung der Pflicht des Vermieters, den Kündigungsschaden (hier: Mietausfall) abzuwenden oder zu mindern.

BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 - XII ZR 162/01 - KG Berlin  
LG Berlin

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richter Sprick, Fuchs, Dr. Ahlt und die Richterin Dr. Vézina

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden

das Urteil des 20. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 23. April 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin wegen einer Klageforderung von 212.774,30 DM nebst 5 % Zinsen aus je 15.858,10 DM seit dem 16. Januar, 16. Februar und 16. März 1998, weiteren je 15.995,99 DM seit dem 16. April, 16. Mai und 16. Juni 1998, weiteren 13.789,65 DM seit dem 13. August 1998 und weiteren 103.422,38 DM seit dem 1. September 1999 zurückgewiesen worden ist, und

das Urteil der Zivilkammer 25 des Landgerichts Berlin vom 30. April 1999 teilweise geändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 108.789,76 € (212.774,30 DM) nebst 5 % Zinsen aus je 8.108,12 € (15.858,10 DM) seit dem 16. Januar, 16. Februar und 16. März 1998, weiteren je 8.178,62 € (15.995,99 DM) seit dem 16. April, 16. Mai und 16. Juni 1998, weiteren 7.050,54 € (13.789,65 DM) seit dem 13. August 1998 und weiteren 52.879,02 € (103.422,38 DM) seit dem 1. September 1999 zu zahlen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 1/8 und der Beklagte 7/8.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Umfang der Annahme der Revision noch über Mietzins und Nutzungsentschädigung (jeweils einschließlich Mehrwertsteuer) für die Monate Januar bis Juni 1998 sowie Mietausfallentschädigung (ohne Mehrwertsteuer) für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 15. März 1999. Hinsichtlich der geltend gemachten Nebenkosten sowie der Mehrwertsteuer auf die Mietausfallentschädigung hat der Senat die Revision der Klägerin nicht angenommen.

Mit schriftlichem Vertrag vom 23. Februar/3. März 1994 vermietete die Klägerin dem Beklagten als Inhaber der Firma B. und W. R. gewerbliche Lager- und Arbeitsflächen für die Zeit bis zum 31. März 2000 gegen ein monatliches, zum 15. eines jeden Monats im Voraus zu zahlendes Entgelt von 16.234,40 DM Mietzins + 1.440 DM Heiz- und Warmwasserkostenvorauszahlung, jeweils zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer.

Im November 1996 erklärte sich die Klägerin auf Bitten des Beklagten mit der Zahlung einer auf 13.789,65 DM reduzierten Nettomiete einverstanden. Nur diesen Betrag zuzüglich 15 % (ab April 1998: 16 %) Mehrwertsteuer macht die Klägerin als Mietzins geltend, nachdem der Beklagte ab Januar 1998 keine Zahlungen mehr leistete.

§ 7 des Mietvertrages lautet:

"Der Mieter ist berechtigt, die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Nachmieter zu übertragen, sofern in der Person oder in dem Geschäftszweck des Nachmieters kein wichtiger Grund zur Ablehnung vorliegt."

Nach § 10 bedürfen Änderungen des Vertrages der Schriftform.

Mit Schreiben vom 12. September 1997 erklärte der Beklagte, der zugleich Geschäftsführer der B. B. und M. GmbH (nachfolgend: B. GmbH) ist, er "beabsichtige", die Rechte und Pflichten gemäß § 7 des Mietvertrages mit Wirkung zum 1. Oktober 1997 auf die B. GmbH zu übertragen. Darauf antwortete die Klägerin mit Schreiben vom 15. September 1997, sie habe die "gewünschte Änderung per 01.10.1997 vorgemerkt".

Ab Januar 1998 erbrachten weder der Beklagte noch die B. GmbH Mietzahlungen. Mit Schreiben vom 11. Mai 1998 erklärte die Klägerin daher sowohl dem Beklagten als auch der B. GmbH gegenüber die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges. Diese Schreiben gingen ihnen am 13. Mai 1998 zu. Das Mietobjekt wurde im Juni 1998 geräumt. Die Klägerin vermietete es ab 16. März 1999 zu einem geringeren Mietzins weiter.

Das Landgericht wies die auf Zahlung von 127.408,05 DM für die Monate Januar bis Juli 1998 gerichtete Klage mit der Begründung ab, der Beklagte sei nicht passiv legitimiert. Gemäß § 7 des Mietvertrages seien er ab 1. Oktober 1997 als Mieter ausgeschieden und die B. GmbH als neue Mieterin in den Mietvertrag eingetreten.

Das Oberlandesgericht wies die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin, mit der sie zugleich ihre Klage um den Zeitraum bis 15. März 1999 auf insgesamt 255.705,79 DM nebst Zinsen erweiterte, zurück.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die der Senat hinsichtlich eines Teilbetrages von 212.774,30 DM nebst Zinsen angenommen hat.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und - unter Teilabänderung des landgerichtlichen Urteils - zur Verurteilung der Beklagten, soweit die Klägerin Mietzins (bzw. ab 13. Mai 1998 Nutzungsentschädigung) für Januar bis Juni 1998 sowie Mietausfallentschädigung für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 15. März 1999 - ohne Mehrwertsteuer - verlangt.

#### I.

Das Berufungsgericht folgt der Auffassung des Landgerichts, der Beklagte sei ab 1. Oktober 1997 nicht mehr Mieter der Klägerin gewesen. An seiner Stelle sei die B. GmbH in das Mietverhältnis eingetreten. Dies ergebe sich aus den Schreiben des Beklagten vom 12. September 1997 und der Klägerin vom 15. September 1997. Danach hätten alle Rechte und Pflichten gemäß § 7 des Mietvertrages auf die B. GmbH übertragen werden sollen, was nichts anderes bedeuten könne, als daß der Beklagte aus dem Mietverhältnis ausscheiden und die B. GmbH in dieses eintreten sollte.

Ferner verneint das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer Anfechtung der Vereinbarung über den Mieterwechsel wegen arglistiger Täuschung, einer Durchgriffshaftung des Beklagten aus § 826 BGB sowie eines Schadensersatzanspruchs gegen den Beklagten wegen verspäteter Konkursanmeldung. Der Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin die Vermögenslage der B. GmbH ungefragt zu offenbaren. Die von der Klägerin behauptete Kapitalunterdeckung dieser GmbH reiche für eine Durchgriffshaftung nicht aus. Eine verspätete Konkursantragstellung habe die Klägerin angesichts des Umstandes, daß die B. GmbH noch bis Ende 1997 Mietzins gezahlt habe, nicht dargelegt.

## II.

Soweit das Berufungsgericht vertragliche Ansprüche gegen den Beklagten verneint, weil dieser zum 1. Oktober 1997 aus dem Mietvertrag ausgeschieden sei, hält dies den Angriffen der Revision nicht stand. Auf die weiteren Ausführungen zur Durchgriffshaftung und zu Schadensersatzansprüchen der Klägerin kommt es nicht an, weil die Klägerin mehr, als ihr bereits aus dem Mietvertrag zusteht, auch unter diesen Gesichtspunkten nicht verlangen kann.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Beklagte auch über den 1. Oktober 1997 hinaus Mieter der Beklagten geblieben.

a) Das Berufungsgericht sieht einen vereinbarten Mieterwechsel in den Erklärungen der Parteien in ihrem Schriftwechsel vom 12./15. September 1997. Es hat diese Erklärungen indes nicht ausgelegt, sondern deren Auslegungsfähigkeit verneint, indem es die wechselseitigen Erklärungen ausdrücklich als

eindeutig bezeichnet und gemeint hat, deutlicher habe der vereinbarte Eintritt der B. GmbH nicht formuliert werden können.

Ob dies zutrifft, ist eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Prüfung des Revisionsgerichts unterliegt (vgl. BGHZ 32, 60, 63). Die Prüfung ergibt, daß die vom Berufungsgericht angenommene Eindeutigkeit nicht besteht, so daß die Erklärungen der Parteien vom Revisionsgericht selbst auszulegen sind.

b) Mit Schreiben vom 12. September 1997 erklärte der Beklagte, der zugleich Geschäftsführer der B. GmbH ist, er "beabsichtige", die Rechte und Pflichten gemäß § 7 des Mietvertrages mit Wirkung zum 1. Oktober 1997 auf die B. GmbH zu übertragen. Seine nachfolgende Bitte, die Klägerin möge sich "in dieser Sache ... erklären", ist daher nicht als Aufforderung zu verstehen, eine bereits erfolgte Übertragung der Rechte und Pflichten auf die B. GmbH zu genehmigen.

Vor diesem Hintergrund konnte und mußte die Klägerin die Mitteilung, daß der Beklagte eine solche Übertragung beabsichtige, als bloße Ankündigung verstehen, verbunden mit der Bitte, vorab zu bestätigen, daß aus der Sicht der Klägerin keine Bedenken hiergegen bestanden. Dies legt die weitere Auslegung nahe, daß der Beklagte erst die Reaktion der Klägerin abwarten wollte, ehe er sein Vorhaben verwirklichte. Dafür spricht auch seine Bitte, sich bis zum 22. September 1997 zu erklären, also bis zu einem Zeitpunkt, in dem die beabsichtigte Übertragung zum 1. Oktober 1997 noch ohne Zeitnot vorgenommen werden konnte.

Dem entspricht das Antwortschreiben der Klägerin vom 15. September 1997, in dem sie mitteilte, die "gewünschte Änderung per 01.10.1997 vorgemerkt" zu haben. Dem ist zu entnehmen, daß die Klägerin vorab ihr Einverständnis mit der bislang nur beabsichtigten Änderung erklärte - sofern diese

auch wirklich vorgenommen wurde. War dies der Fall, erweist sich der nachfolgende Satz, daß sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietvertrag "mithin" zum genannten Termin auf die B. GmbH übergehen, als Klarstellung der Rechtsfolgen, die unter der Voraussetzung eintreten, daß die beabsichtigte Übertragung auch tatsächlich stattfindet. Denn um eine Bestätigung einer bereits eingetretenen Rechtsfolge kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil diese Aussage auf einen künftigen Termin, nämlich den 1. Oktober 1997, bezogen ist und trotz Verwendung der Gegenwartsform ("gehen ... über") als Aussage in der Zukunftsform "werden... übergehen" zu lesen ist.

Dies gilt um so mehr, als der Beklagte zu keinem Zeitpunkt vorgetragen hat, seine Absicht dadurch verwirklicht zu haben, daß er eine entsprechende Vereinbarung mit der B. GmbH traf.

Selbst wenn der Umstand, daß die B. GmbH in der Folgezeit die Mieträume nutzte und den Mietzins an die Klägerin zahlte, als konkludente Zustimmung zu ihrem vom Beklagten beabsichtigten Eintritt in den Mietvertrag anzusehen wäre, hätte dies nicht dazu geführt, daß der Beklagte von der Haftung für die Ansprüche der Klägerin aus dem Mietvertrag frei wurde.

Dies folgt aus der Auslegung des § 7 des Mietvertrages, die der Senat selbst vornehmen kann, weil das Berufungsgericht sie nicht vorgenommen hat. Das Berufungsgericht legt diese Klausel zwar insoweit aus, als es ausführt, die Übertragung der Rechte und Pflichten auf einen Nachmieter könne nichts anderes heißen, als daß der Beklagte aus dem Mietverhältnis ausscheiden und der Nachmieter eintreten solle. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es bedarf jedoch einer ergänzenden Auslegung, zu der sich das Berufungsgericht nicht veranlaßt gesehen hat.

Der Interessenlage der Parteien, insbesondere der Klägerin, entsprach ein Mieterwechsel nämlich nur, wenn sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf den Nachmieter übergangen, mithin auch die Bindung an die feste Mietzeit bis zum 31. März 2000. Dies wiederum setzte voraus, daß der Beklagte mit dem Nachmieter eine Mieteintrittsvereinbarung traf, die der Schriftform des § 566 BGB a.F. genügte, weil andernfalls nur ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit zwischen der Vermieterin und dem Nachmieter zustande gekommen wäre. Ein solches wäre mit dem ursprünglichen nicht mehr inhaltsgleich und von § 7 des Mietvertrages, der dem Mieter nur das Recht einräumt, einen Mieterwechsel herbeizuführen, nicht mehr gedeckt.

Eine dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB a.F. genügende Mieteintrittsvereinbarung zwischen dem Beklagten und der B. GmbH ist jedoch nicht vorgetragen noch sonst ersichtlich. Hierfür wäre zumindest erforderlich gewesen, daß der Beklagte oder die B. GmbH deren Eintritt in die Mieterstellung durch eine Urkunde belegen kann, die ausdrücklich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nimmt (vgl. Senatsbeschluß vom 17. September 1997 - XII ZR 296/95 - NZM 1998, 29). Die vertragliche Auswechslung des Mieters muß darin 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 ergibt (vgl. Senatsbeschluß vom 30. Januar 2002 - XII ZR 106/99 - NZM 2002, 291; Gerber/Eckert Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 5. Aufl. Rdn. 65 f.). Daran fehlt es hier.

2. Der Senat kann - da insoweit die Feststellungen des Berufungsgerichts ausreichend sind und erheblicher Parteivortrag nicht mehr zu erwarten ist - in der Sache selbst entscheiden und der Klage insoweit stattgeben.

a) Hinsichtlich der geschuldeten Miete und des Nutzungsausfalls errechnet sich die Verurteilung des Beklagten unter Berücksichtigung der ab 1. April 1998 von 15 % auf 16 % angestiegenen Umsatzsteuer (§ 12 Abs. 1 UStG), ausgehend von einer Grundmiete von 13.789,65 DM, wie folgt:

Januar bis März 1998 (13.789,65 DM + 15 % MWSt =) 15.858,10 DM x 3  
= 47.574,30 DM

April bis Juni 1998 (13.789,65 DM + 16 % MWSt =) 15.995,99 DM x 3 =  
47.987,97 DM

Zusammen: 95.562,27 DM = 48.860,21 €.

Da der Mietzins nach § 3 des Mietvertrages jeweils am 15. eines Monats fällig war, sind die Monatsbeträge jeweils vom 16. eines Monats an zu verzinsen (§ 284 Abs. 2 BGB in der bis zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 geltenden Fassung).

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin als zu ersetzender Kündigungsschaden auch der Nettobetrag des Mietzinses für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 15. März 1999 = 8,5 x 13.789,65 DM = 117.212,02 DM = 59.929,55 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu.

Endet ein befristetes Mietverhältnis - wie hier - vorzeitig durch fristlose Kündigung des Mietverhältnisses aus vom Mieter zu vertretenden Gründen (hier: am 13. Mai 1998 durch fristlose Kündigung der Klägerin wegen Zahlungsverzuges), hat der Mieter dem Vermieter grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, der die diesem in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Miete entsteht (vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 543 Rdn. 27). Hier verlangt die Klägerin den Mietausfallschaden für die Zeit vom 1. Juli 1998 (Wegfall des Anspruchs auf Nutzungsent-

schädigung nach Räumung im Juni 1998) bis zur Neuvermietung am 16. März 1999.

Zwar muß der Vermieter sich nach § 254 BGB darum bemühen, den Schaden, gegebenenfalls durch anderweitige Vermietung, gering zu halten. Daraus folgt aber nicht die Verpflichtung, sofort um jeden Preis zu vermieten. Die Beweislast für einen Verstoß des Vermieters gegen seine Schadensminderungspflicht trägt der Mieter (vgl. Emmerich aaO § 543 Rdn. 28).

Diese Darlegungs- und Beweislast hat das Berufungsgericht verkannt, indem es darauf abgestellt hat, die Klägerin habe nicht dargelegt, das Mietobjekt bereits frühzeitig zur Vermietung angeboten zu haben, und der Beklagte habe mit Nichtwissen bestritten, daß die Räume nicht vor März 1999 hätten vermietet werden können. Dabei hat es, wie die Revision zu Recht rügt, wesentlichen Vortrag der Klägerin übergangen.

Die Klägerin hatte nämlich vorgetragen, es sei ihr erst nach vielen Mühen gelungen, die Räumlichkeiten im Keller und im Erdgeschoß ab 16. März 1999 an zwei andere Mieter weiterzuvermieten, und auch dies nur zu einem deutlich reduzierten Mietpreis, und hierfür Zeugenbeweis angeboten. Soweit der Beklagte demgegenüber lediglich mit Nichtwissen bestritten hat, daß es der Klägerin nicht möglich gewesen sei, die Räumlichkeiten zu einem früheren Zeitpunkt weiterzuvermieten, reicht dies nicht aus, seiner Darlegungs- und Beweislast für einen Verstoß der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht zu genügen.

Der Beklagte hat damit nämlich sowohl unbestritten gelassen, daß die Klägerin sich um eine Neuvermietung bemüht hat, als auch, daß eine Miete in bisheriger Höhe nicht zu erzielen war. Soweit dem Bestreiten des Beklagten die positive Behauptung zu entnehmen ist, zu dem geringeren Mietzins hätte die Klägerin die Räumlichkeiten schon früher vermieten können, ist diese Behaup-

tung unsubstantiiert. Der Beklagte hat weder dargelegt, weshalb die Bemühungen der Klägerin nicht ausreichend gewesen sein sollen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 - VIII ZR 206/82 - WM 1984, 171, 172), noch dargetan, daß für vergleichbare Mietobjekte zu dem ursprünglichen Preis, dessen Angemessenheit er nicht in Frage gestellt hat, ausreichende Nachfrage bestand.

Abgesehen davon war die Klägerin nicht verpflichtet, das Objekt sogleich zu dem verminderten Mietzins anzubieten, zu dem sie es letztlich weitervermietet hat. Auch darauf, die in verschiedenen Stockwerken gelegenen Räumlichkeiten an unterschiedliche Mieter weiterzuvermieten, brauchte sie sich erst einzulassen, wenn absehbar war, daß eine - wie zuvor - einheitliche Vermietung aussichtslos sein würde. Der Beklagte hat jedenfalls nicht dargelegt, daß die Klägerin die Überlegungszeit, die ihr zuzubilligen ist, wenn eine Vermietung zum ursprünglichen Mietzins nicht gelingt, überschritten habe. Der Ansicht des Berufungsgerichts, für eine Neuvermietung sei der Klägerin lediglich eine "Karenzzeit" von zwei Monaten zuzubilligen, vermag der Senat nicht zu folgen. Allein aus dem Zeitraum von 8 ½ Monaten zwischen Räumung und separater

Neuvermietung zu einem geringeren Mietzins läßt sich eine Vermutung, die Klägerin habe gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen, nicht herleiten.

Hahne

Sprick

Fuchs

Ahlt

Bundesrichterin Dr. Vézina ist  
urlaubsbedingt verhindert zu  
unterschreiben.

Hahne