



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 77/12

Verkündet am:  
20. November 2013  
Küpperle  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 536, 543

Allein die anlässlich einer Anhörung gemäß § 28 VwVfG erfolgte Mitteilung der Behörde an den Mieter, dass die beantragte Nutzungsänderung nicht genehmigungsfähig sei, vermag einen Mangel des Mietobjektes im Sinne des § 536 BGB nicht zu begründen und damit auch eine außerordentliche Kündigung nach § 543 BGB nicht zu rechtfertigen; dem Mieter ist es grundsätzlich zuzumuten, eine Bescheidung seines Nutzungsänderungsantrages abzuwarten.

BGH, Urteil vom 20. November 2013 - XII ZR 77/12 - OLG Oldenburg  
LG Aurich

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Weber-Monecke, Schilling, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 5. Juni 2012 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um Mietzahlungen und die Wirksamkeit der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung ihres Geschäftsraummietvertrages.
- 2 Im August 2005 schloss die P. Warenhandelsgesellschaft mbH mit dem damaligen Grundstückseigentümer, dessen Rechtsnachfolger die Klägerin ist, einen Mietvertrag über die Geschäftsräume in dem Objekt A. 9 in W. . Nach dessen § 1 Ziffer 3 ist der Mieter berechtigt, das Mietobjekt als Einzelhandelsgeschäft zu nutzen. Gemäß § 5 Ziffer 2 Satz 2 steht der Vermieter dafür ein, dass alle Genehmigungen vorliegen, die zum Betrieb eines Lebensmittelmarktes/Lebensmitteldiscountmarktes erforderlich sind. Das Mietverhältnis ist auf zwölf Jahre befristet (§ 4 Ziff. 1 des Mietvertrages). § 9 des Miet-

vertrages erlaubt dem Mieter schließlich, das Mietobjekt ganz oder teilweise unterzuvermieten.

- 3            Nachdem die ursprüngliche Mieterin den Geschäftsbetrieb ihres in dem Mietobjekt zunächst betriebenen Lebensmittelgeschäfts im April 2008 aufgegeben hatte, schloss die als Rechtsnachfolgerin auf Mieterseite in das Mietverhältnis eingetretene Beklagte am 21. April 2010 mit der D. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Untermieterin) einen Untermietvertrag unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Bau-/Nutzungsgenehmigung bis zum 28. Juni 2010 uneingeschränkt erteilt werde. In der Folgezeit beantragte die Untermieterin beim zuständigen Landkreis die Genehmigung einer Nutzungsänderung. Mit einem als "Anhörung gemäß § 28 VwVfG" bezeichneten Schreiben vom 15. Juli 2010 teilte der Landkreis der Untermieterin mit, dass der Antrag nicht genehmigungsfähig sei, weil das Vorhaben der Bebauungsplanfestsetzung ("Fläche für den Gemeinbedarf Schule") widerspreche und eine seinerzeit beabsichtigte Planänderung, aufgrund derer der Neubau der vorhandenen Gebäude genehmigt worden sei, nicht zum Abschluss gebracht worden sei.
- 4            Nachdem die Beklagte die Klägerin wiederholt aufgefordert hatte, sicherzustellen, dass die Untermieterin die Räume wie vorgesehen nutzen könne, kündigte sie am 6. September 2010 das Mietverhältnis außerordentlich zum 30. September 2010 und stellte zugleich ihre Mietzahlung ab Oktober 2010 ein. Am 5. Oktober 2010 erteilte der Landkreis die Baugenehmigung für eine Nutzungsänderung.
- 5            Das Landgericht hat der Klage, mit der die Klägerin Zahlung der monatlichen Bruttomieten in Höhe von jeweils 12.138 € für den Zeitraum von Oktober bis einschließlich Dezember 2010 begehrt, in Höhe von 33.281,61 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Widerklage der Beklagten, mit der sie beantragt hat

festzustellen, dass das Mietverhältnis mit Wirkung zum 30. September 2010 beendet worden sei, und von der Klägerin die Rückzahlung überzahlter Miete von insgesamt 47.124 € nebst Zinsen verlangt hat, hat das Landgericht die Klägerin verurteilt, an die Beklagte einen Betrag von 11.781 € nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Widerklage insgesamt abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

- 6 Die Revision ist unbegründet.
- 7 Das Oberlandesgericht hat zu Recht der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

A.

- 8 Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei der Klägerin aufgrund des zwischen ihnen bestehenden Mietvertrages zur Zahlung der vereinbarten Miete für die Monate Oktober bis einschließlich Dezember 2010 verpflichtet. Der Mietvertrag sei nicht durch außerordentliche Kündigung beendet worden. Die Beklagte habe einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses, der angesichts dessen wirksamer Befristung gemäß §§ 542 Abs. 2 Nr. 1, 543 BGB erforderlich gewesen wäre, nicht dargelegt. Insbesondere sei nicht ersichtlich, dass der Beklagten gemäß § 543 Abs. 2

Satz 1 Nr. 1 BGB der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen worden sei.

9 Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Nutzung des Mietobjekts zu dem vertraglich vereinbarten Zweck wegen der Äußerung des Landkreises nicht mehr möglich gewesen sei. Zwar seien öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -verbote als Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB anzusehen, wenn sie ihre Ursache in der konkreten Beschaffenheit, Nutzbarkeit oder Lage der Mietsache und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters hätten. In diesem Zusammenhang könne auch das Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung einen Mangel darstellen, der einen Grund zur außerordentlichen Kündigung geben könne. Voraussetzung sei aber, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge habe. Eine solche liege regelmäßig nur vor, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts untersage oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten sei.

10 Dass diese Voraussetzungen erfüllt gewesen seien, könne nicht festgestellt werden. Die Nutzung als Einzelhandelsgeschäft sei auch in Anbetracht der Äußerungen des Landkreises weiterhin möglich gewesen. Die Beklagte habe für die Nutzung des Mietobjekts Bestandsschutz in Anspruch nehmen können. Sie hätte im Rahmen der vorliegenden öffentlich-rechtlichen Genehmigung einen Lebensmittelmarkt weiterführen und auch die Untervermietung an die D.

GmbH & Co. KG vornehmen können. Die bei der avisierten Untervermietung des Mietobjekts beabsichtigte Nutzung stelle keine Nutzungsänderung dar, für die eine Genehmigung hätte versagt werden können. Ein bestehender Bestandsschutz erlösche mit der Folge, dass sich die Genehmigungsfrage erneut stelle, erst dann, wenn eine grundsätzlich andersartige, von

der ursprünglichen Baugenehmigung nicht mehr gedeckte Nutzung aufgenommen werde. Eine Nutzungsänderung liege demnach vor, sobald die jeder Nutzung eigene tatsächliche Variationsbreite überschritten werde und der neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten eine andere Qualität zukomme. Ein derartiger Qualitätsunterschied bestehe zwischen einem Lebensmittelmarkt und der geplanten Nutzung durch die Untermieterin nicht.

11 Für die Richtigkeit dieser Ansicht spreche auch, dass die beantragte öffentlich-rechtliche Genehmigung kurz nach der fristlosen Kündigung erteilt worden sei und die Untermieterin ihren Verkauf längst aufgenommen habe. Ein rechtswirksames behördliches Verbot der avisierten Nutzung der Mietsache habe danach nie bestanden. Die im April 2008 erfolgte Aufgabe des Geschäftsbetriebs durch die Beklagte habe den Bestandsschutz auch nicht entfallen lassen. Die Beklagte habe sich bemüht, einen Leerstand des Objekts zu vermeiden und damit zum Ausdruck gebracht, nicht dauerhaft von der Nutzungsgenehmigung Abstand nehmen zu wollen.

12 Ein Einschreiten des Landkreises sei auch nicht ernsthaft zu erwarten gewesen. Sein Schreiben vom 15. Juli 2010 sei kein ablehnender Bescheid gewesen, sondern habe nur der Anhörung im Verwaltungsverfahren gedient. Eine Entscheidung des Landkreises sei offensichtlich noch nicht gefallen und die Entscheidungsfindung durch die Beklagte und die künftige Untermieterin in dem Sinne beeinflussbar gewesen, dass die Bedenken hätten ausgeräumt werden können. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Landkreis zugleich mitgeteilt habe, er beabsichtige, den Bauantrag abzulehnen. Aus dem Schreiben sei hervorgegangen, dass sich die Bedenken des Landkreises nicht auf die zukünftige Nutzung durch die Untermieterin, sondern eine frühere Planung bezogen habe, die das Grundstück immer noch als "Fläche für den Gemeinbedarf Schule" ausgewiesen habe. Dass die frühere, offensichtlich über-

holte Bauleitplanung überhaupt noch Auswirkungen hätte haben können und sich dann auch noch gegenüber dem Bestandsschutz durchsetzen würde, sei nicht ernstlich zu befürchten gewesen.

13 Demgemäß sei der Widerklageantrag unbegründet; ein Anspruch auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Miete für die Zeit von April bis einschließlich Juli 2010 habe der Beklagten nicht zugestanden. Für das Genehmigungsverfahren und dessen Dauer sei im Verhältnis zur Untermieterin nicht die Klägerin, sondern die Beklagte verantwortlich.

B.

14 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung und den Angriffen der Revision stand.

I.

15 Das Berufungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben.

16 1. Die Parteien sind durch den Mietvertrag aus dem Jahr 2005 miteinander verbunden. Dabei ist die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als Rechtsnachfolgerin in die Position des Vermieters und die Beklagte als Rechtsnachfolgerin in die Position des Mieters eingetreten mit der Folge, dass der Inhalt des Vertrages auch für und gegen den neuen Mieter gilt. Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen und sind auch sonst revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

- 17            2. Der aus dem Mietvertrag herrührende Anspruch auf Zahlung von Miete ist nach den getroffenen Feststellungen nicht durch die Kündigung der Beklagten entfallen. Das vorliegend unstreitig auf zwölf Jahre befristete Mietverhältnis konnte gemäß § 542 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 543 BGB wirksam nur mit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund beendet werden. Zu Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die Voraussetzungen einer - hier allein in Betracht kommenden - Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB nicht vorliegen.
- 18            a) Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB liegt ein wichtiger Grund insbesondere dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Danach kann ein Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB, der einem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entgegensteht, zur fristlosen Kündigung im Sinne des § 543 BGB berechtigen (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2007 - XII ZR 24/06 – ZMR 2008, 274).
- 19            b) Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung nach § 543 BGB nicht gegeben, weil der Mietgegenstand nicht mangelhaft war.
- 20            aa) Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich Geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache in Betracht kommen (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011,



3151 Rn. 8 zur Pacht). Außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können unter anderem auch behördliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel im Sinne von § 536 BGB begründen (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1992 - XII ZR 44/91 - NJW 1992, 3226, 3227 zu § 537 BGB aF). Letztere stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151 Rn. 8 zur Pacht). Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden (BGH Urteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 275/08 - NJW 2009, 3421 Rn. 6; OLG Düsseldorf DWW 2012, 377, 379). Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; dem Mieter ist es deshalb grundsätzlich zuzumuten, die behördlichen Anordnungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen (vgl. BGH Urteil vom 20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 - WM 1971, 531, 532). 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. BGH Urteil vom 20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 - WM 1971, 531, 532; Senatsurteile vom 24. Oktober 2007 - XII ZR 24/06 - ZMR 2008, 274 und vom 23. September 1992 - XII ZR 44/91 - NJW 1992, 3226, 3227).

21           bb) Dass das Berufungsgericht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen einen Mangel im vorgenannten Sinne verneint hat, ist frei von Rechtsfehlern.

22           (1) Ausweislich § 1 Nr. 3 des Mietvertrages der Parteien ist der Mieter berechtigt, das Mietobjekt als Einzelhandelsgeschäft zu nutzen. Gemäß § 5 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 des Mietvertrages hat der Vermieter die Einstandspflicht dafür übernommen, dass alle Genehmigungen bei der Übergabe des Mietobjektes vorliegen, die zum Betrieb eines Lebensmittelmarktes/Lebensmitteldiscountmarktes erforderlich sind. Diese vertraglichen Bedingungen waren bei Übergabe des Mietobjekts an die ursprüngliche Mieterin P. Warenhandels-gesellschaft mbH unstreitig erfüllt.

23           (2) Unbeschadet der Frage, ob die Nutzung des Mietobjektes auch in Form eines - wie nun von der Untermieterin angestrebt - Bettengeschäftes vertraglich geschuldet ist, wurde sie von der Behörde jedenfalls nicht untersagt. Vielmehr hat der Landkreis - wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat - mit seinem Schreiben vom 15. Juli 2010 die Untermieterin lediglich im Verwaltungsverfahren gemäß § 28 VwVfG angehört. Wenn das Oberlandesgericht dieses Schreiben dahin ausgelegt hat, dass trotz der hiermit zugleich erfolgten Mitteilung, den Bauantrag ablehnen zu wollen, noch keine endgültige Entscheidung getroffen worden sei, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist dem Beteiligten im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Zu Recht hat das Berufungsgericht zudem darauf abgestellt, dass aufgrund des Schreibens des Landkreises vom 15. Juli 2010 bekannt war, dass sich die Bedenken des Landkreises nicht auf die zukünftige Nutzung durch die Untermieterin, sondern auf eine frühere Planung bezogen haben, die das

Grundstück immer noch als "Fläche für den Gemeinbedarf Schule" ausgewiesen hat. Danach wurde die der ursprünglichen Mieterin (P. Warenhandels-gesellschaft mbH) erteilte Baugenehmigung im Vorgriff auf eine beabsichtigte Bebauungsplanänderung erteilt; zu dieser Änderung ist es danach allerdings nicht mehr gekommen. Damit lag für die Mieterseite nahe, dass die ursprüngliche Genehmigung jedenfalls für das - auch von der Untermieterin beabsichtigte - Betreiben eines Einzelhandelsgeschäftes Bestandsschutz entfalten konnte (vgl. dazu BVerwG NVwZ 1991, 264 und OLG Düsseldorf DWW 2012, 377, 379).

24           Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass die Behörde bei Aufnahme des Geschäftsbetriebes durch die Untermieterin vor Erteilung der Baugenehmigung die Nutzung bauordnungsrechtlich untersagt hätte; zudem hätte die Untermieterin in diesem Fall möglicherweise eine Ordnungswidrigkeit begangen. Das ändert aber nichts daran, dass die Mieterseite unter Berücksichtigung der vorerwähnten Gesichtspunkte, wonach es im Ergebnis an einer begründeten Besorgnis der mangelnden Nutzbarkeit fehlte, gehalten war, den Fortgang des Verwaltungsverfahrens abzuwarten.

25           Die Verzögerung aufgrund des von der Untermieterin initiierten Genehmigungsverfahrens stellt für sich gesehen keinen Mangel im Sinne des § 536 BGB dar und fällt deshalb nicht in die Sphäre der Klägerin. Zwar kann die behördlich bewirkte Nutzungsbeschränkung einer Sache - wie dargelegt - einen solchen Mangel begründen. Die Ursache hierfür liegt dann aber in der Regel in dem bei Errichtung oder Benutzung der Sache aufgetretenen - vorläufig oder endgültig festgestellten - Verstoß gegen maßgebliche gesetzliche Vorschriften, der das behördliche Verfahren ausgelöst hat, und nicht in der Tatsache des Verfahrens als solchem (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1992 - XII ZR 44/91 - NJW 1992, 3226, 3227). Wie nicht zuletzt die - am 5. Oktober 2010 und

damit relativ zeitnah erteilte - Baugenehmigung zeigt, war das Mietobjekt indes nicht wegen eines Verstoßes gegen öffentliches Baurecht fehlerhaft.

26           3. Da es mithin an einem Mangel i.S.d. § 536 BGB und dementsprechend an einer wirksamen Kündigung des Mietvertrages fehlt, schuldet die Beklagte die volle Mietzahlung für den von der Klägerin geltend gemachten Zeitraum von Oktober bis einschließlich Dezember 2010. Nach den nicht zu beanstandenden und im Übrigen auch von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich damit der vom Oberlandesgericht ausgerichtete Betrag.

## II.

27           Aus den vorstehenden Gründen ergibt sich zudem, dass das Berufungsgericht auch die Widerklage der Beklagten zu Recht abgewiesen hat.

28           Mangels einer wirksamen Kündigung konnte der Feststellungsantrag der Beklagten keinen Erfolg haben.

29 Da kein Mangel der Mietsache vorlag, war auch eine Mietminderung im Sinne des § 536 BGB ausgeschlossen, so dass die Beklagte keine Rückzahlung überzahlter Miete beanspruchen kann.

Dose	Weber-Monecke	Schilling
Nedden-Boeger		Guhling

Vorinstanzen:

LG Aurich, Entscheidung vom 15.12.2011 - 6 O 4/11 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 05.06.2012 - 12 U 156/11 -