



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 50/12

Verkündet am:
12. Juni 2013
Küpperle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 592, 597 Abs. 2; BGB § 363

Behält sich der Mieter bei der Annahme der Mietsache seine Rechte wegen eines Mangels vor, ist eine spätere Klage auf Zahlung von rückständiger Miete im Urkundenprozess nur dann statthaft, wenn unstreitig ist oder der Vermieter urkundlich beweisen kann, dass der Mieter trotz des erklärten Vorbehalts die Mietsache als Erfüllung angenommen hat.

BGH, Urteil vom 12. Juni 2013 - XII ZR 50/12 - OLG Köln
LG Köln

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 30. März 2012 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin der Beklagten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht im Urkundenprozess Ansprüche wegen restlicher Miete aus einem gewerblichen Mietverhältnis sowie Nutzungsentschädigung für die Zeit von August 2010 bis Juni 2011 geltend.
- 2 Die Streithelferin der Beklagten, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Anteile u. a. zu 79,02 % von der Stadt K. und zu 20 % vom Land N. gehalten werden, verkaufte am 18. Dezember 2003 an die Klägerin, eine private Investmentgesellschaft, unbebauten Grundbesitz zu einem Kaufpreis von rund 67.400.000 €. Die Streithelferin beabsichtigte die Bebauung des Grundbesitzes u.a. mit vier Messehallen mit ca. 76.000 qm Bruttogrundfläche.

3 Am 6. August 2004 schloss die Klägerin als Vermieterin mit der Beklagten als Mieterin einen auf 30 Jahre befristeten Mietvertrag über die Anmietung des Grundstücks mit den vier noch zu errichtenden Messehallen zu einer monatlichen Miete von 1.725.000,00 € zuzüglich Umsatzsteuer in jeweils gesetzlicher Höhe und Mietnebenkosten.

4 Mit Untermietvertrag vom 11. August 2004 vermietete die Beklagte die von der Klägerin zu errichtenden 4 Messehallen nebst Nebengebäuden an die Streithelferin.

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

6 Am 30. November 2005 erfolgte die Übernahme des Mietobjektes durch die Beklagte und die Streithelferin, wobei das Mietobjekt Mängel aufwies. In einem von der E. GmbH eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren gegen die H. AG stellte der Sachverständige einen Mangel an der Kälteanlage und Defizite der Regelung der Verbraucherkreise der Kälteanlage fest. Die erforderlichen Sanierungskosten gab der Sachverständige mit 318.500,00 € netto an.

7 Am 13. Dezember 2007 schloss die E. GmbH eine "Vergleichsvereinbarung" mit der Streithelferin. Darin waren Regelungen zu den festgestellten bzw. gerügten Übernahme- und Gewährleistungsmängeln und den von der Beklagten insoweit geltend gemachten Mietminderungsrechten sowie sonstigen Gewährleistungs-, Schadensersatz- und Kostenerstattungsansprüchen enthalten. Am selben Tag schlossen die Klägerin und die Beklagte einen 5. Nachtrag zum Mietvertrag ab. Dieser enthielt - im Hinblick auf die vorgenannte Vergleichsvereinbarung - ebenfalls Regelungen zu den geltend gemachten Sachmängeln.

- 8 Mit Urteil vom 29. Oktober 2009 stellte der Gerichtshof der Europäischen Union fest, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 Abs. 4 und Art. 11 der Richtlinie 93/37 EWG des Rates vom 14. Juni 1993 (ABl. L 199 vom 9. August 1993 S. 54–83) zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge verstoßen habe, indem die Beklagte den Mietvertrag vom 6. August 2004 mit der Klägerin abgeschlossen habe, ohne ein Vergabeverfahren nach den genannten Bestimmungen durchzuführen (Rechtssache C-536/07 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ Bundesrepublik Deutschland - EuZW 2010, 58 ff.).
- 9 Im Hinblick auf diese Entscheidung erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 14. Juli 2010 gegenüber der Klägerin die Beendigung, hilfsweise die Kündigung des Mietvertrages mit sofortiger Wirkung und kündigte an, die Mietzahlungen zum 31. Juli 2010 einzustellen. Ab dem 1. August 2010 leistete die Beklagte keine Mietzahlungen mehr an die Klägerin. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 kündigte die Klägerin ihrerseits das Mietverhältnis gegenüber der Beklagten fristlos wegen Verzugs mit Mietzahlungen von August bis Oktober 2010.
- 10 In einem im Mai 2007 eingeleiteten Vorprüfungsverfahren zu einer möglichen Zuwiderhandlung auch gegen die Beihilfavorschriften der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (jetzt Art. 107, 108 AEUV) forderte die Europäische Kommission am 1. September 2010 die Bundesregierung unter anderem auf, ein von einem unabhängigen Sachverständigen erstelltes Gutachten vorzulegen, das die Höhe der Miete unter Berücksichtigung üblicher Marktbedingungen und vergleichbarer Gewerbeimmobilien in ähnlicher Lage feststelle.
- 11 Ein von der Beklagten in Auftrag gegebenes Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass die angemessene Jahresmiete der Liegenschaft zum 1. Dezember 2005 14.750.000,00 € bzw. 17.820.000,00 € unter Berücksichtigung des von

der Klägerin tatsächlich bezahlten Grundstückskaufpreises betrage. Die Klägerin holte ihrerseits ein Wertgutachten zur Ermittlung der marktgerechten Miete ein, in dem die Vertragsmiete als marktgerecht bezeichnet wurde.

12 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin unter Berücksichtigung erbrachter Teilzahlungen restliche Miete bzw. Nutzungsentschädigung für die Monate August 2010 bis Juni 2011.

13 Das Landgericht hat die im Urkundenprozess erhobene Klage gemäß § 597 Abs. 2 ZPO als unstatthaft abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

14 Die Revision ist unbegründet.

I.

15 Das Berufungsgericht hat seine in ZMR 2012, 701 veröffentlichte Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

16 Die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs im Urkundenprozess setze gemäß § 592 S. 1 ZPO voraus, dass sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Die Klägerin habe es weder in erster noch in zweiter Instanz vermocht, den geltend gemachten Zahlungsanspruch auf Miete (§ 535 Abs. 2 BGB) bzw. Nutzungsentschädigung (§ 546 a Abs. 1 BGB) urkundlich zu belegen.

- 17 Die fehlende Statthaftigkeit ergebe sich zum einen aus dem fehlenden urkundlichen Nachweis der ordnungsgemäßen Übergabe der Mietsache als vertragsgemäße Erfüllung. Entscheidend sei hierbei die Frage, ob die Beklagte das Mietobjekt zu irgendeinem Zeitpunkt gemäß § 363 BGB "als Erfüllung angenommen" habe, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen.
- 18 Lege man bei der Bewertung die Vorgänge aus November 2005 und Dezember 2007 zugrunde, sei eine Annahme als Erfüllung i.S.d. § 363 BGB zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Insbesondere belegten die von den Parteien vorgelegten Urkunden keine solche Annahme als Erfüllung. So seien zunächst im Übernahmeprotokoll vom 30. November 2005 unter Ziffer 2. a) und b) Mängel und Restarbeiten geltend gemacht und entsprechende Vorbehalte angemeldet worden, unter anderem auch bezogen auf die Funktionsfähigkeit (Ziffer 2. a) und die Feinregulierung (Ziffer 2. b) der Heizungs- und Kälteanlagen. Entgegen der Auffassung der Klägerin handele es sich bei diesen Erklärungen auch nicht um einen bloßen allgemeinen Vorbehalt ohne ausdrückliche Rüge bestimmter Mängel. Allein der Obersatz zu Ziffer 2. ("... macht der Mieter folgende ... Mängel geltend ...") mache deutlich, dass dieser Passus nicht nur spätere Funktionsprüfungen ermöglichen solle. Die in dem Übernahmeprotokoll wiederholt und teilweise doppelt von den Parteien erklärten Vorbehalte zu konkreten Mängeln, unter anderem zur Heizungs- und Kälteanlage, könnten bei verständiger Würdigung nur dem Zweck dienen, jedenfalls hinsichtlich der im Vorbehalt näher beschriebenen Teilleistungen keine Annahme als Erfüllung gemäß § 363 BGB (mit entsprechender Beweislastumkehr) eintreten zu lassen. Ansonsten liefe die mehrfache Anmeldung von ausdrücklichen Vorbehalten, auf welche die Mieterin offenkundig großen Wert lege, rechtlich ins Leere. Zumindest müssten die betreffenden Abreden im Übernahmeprotokoll als Vorbehalt zur Ermittlung etwaiger Mängel der Kälteanlage verstanden werden. Als weiteren Mangel des Mietobjekts hätten die Parteien die fehlende Sichtbarkeit der Türen in der Ge-

bäudeautomation (Ziffer 2. e) benannt. Auch insoweit hätten die Parteien - jedenfalls zum Zeitpunkt der Übergabe des Mietobjekts - eine Erfüllungswirkung i.S.d. § 363 BGB ausgeschlossen.

19 Aus dem 5. Nachtrag zum Mietvertrag vom 13. Dezember 2007 und der Vergleichsvereinbarung vom selben Tage folge bezüglich des bestehenden Vorbehalts zur Funktionsfähigkeit der Heizungs- und Kälteanlagen nichts anderes. Zwar werde dort eine verbindliche Neuregelung zu allen „etwaigen Rechten und Ansprüchen der Mieterin mit allen bis zum 30.11.2007 geltend gemachten Sachmängeln“ getroffen. Die konkret in Bezug genommene Regelung in § 3 der Vergleichsvereinbarung erfasse aber gerade nicht die Mängel der Kälteanlage. Die Hinnahme des tatsächlichen Zustandes des Mietobjekts als vertragsgerecht beziehe sich mithin auch nicht auf die gesondert geregelten Mängel der Kälteanlagen.

20 Der Verweigerung der Annahme des Mietobjekts als vertragsgerecht könne auch nicht der Einwand treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen gehalten werden. Die Höhe der Mängelbeseitigungskosten stehe derzeit noch nicht abschließend fest. Jedenfalls sei allein die Qualität und Bedeutung des Mangels, der in der fehlerhaften Regelung der insgesamt 61 Verbraucherkreise begründet liege und der u.a. durch eine Änderung der Algorithmen der Kältemaschinenregelung behoben werden müsse, für den Alltagsbetrieb des Mietobjekts nicht derart unbeachtlich, dass sich die Berufung auf den Fortbestand des Mangels und den betreffenden Vorbehalt als rechtsmissbräuchlich erweise.

21 Dieser Bewertung stehe auch nicht entgegen, dass die Beklagte über 43 Monate hinweg (Januar 2007 bis Juli 2010) die Miete ungemindert gezahlt und ein Zurückbehaltungsrecht erst im Laufe dieses Urkundenprozesses geltend gemacht habe. Zwar könne grundsätzlich die Zahlung des vollen Mietzinses

indizieren, dass der Mieter die Leistung als Erfüllung angenommen habe. Allerdings gelte dies nicht, wenn der Mieter - wie hier - konkrete Mängel gerügt und diese ausdrücklich zum Gegenstand spezifischer Vorbehalte gemacht habe.

22 Zu Recht sei das Landgericht ferner im Hinblick auf die Bedeutung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV in Verbindung mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz ("effet utile") davon ausgegangen, dass für den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch der Urkundenprozess nicht statthaft sei. Nach der auch den einzelstaatlichen Gerichten obliegenden besonderen Pflicht zur Vermeidung von Maßnahmen, die zu einer Beihilfengewährung gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV führen, bestehe in einem Urkundenverfahren angesichts der dort nur sehr eingeschränkt zulässigen Beweismittel keine ausreichende Aufklärungsmöglichkeit über die Frage, ob die für die Errichtung und Überlassung der Hallen erbrachte Gegenleistung - die geltend gemachte Miete - nicht dem marktüblichen Wert entspreche und es sich daher um eine rechtswidrige Beihilfe handele. Ein deutsches Gericht könne angesichts der europarechtlichen Bedeutung nicht allein wegen der prozessualen Besonderheiten des Urkundenprozesses zu einer Zuerkennung des Zahlungsbegehrens gelangen, wenn bereits jetzt feststehe, dass die gebotene endgültige Klärung der Frage, ob die geltend gemachte Miete zu einer deutlichen Überzahlung und damit zu einer Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV führe, erst im Nachverfahren erfolgen könne.

23 Die gesamten Vorgänge der vergangenen Jahre, die mit dem Verkauf des Messegeländes am 18. Dezember 2003, dem Neubau der Messehallen und der damit einhergehenden Vermietung der Neubauten an die Beklagte zusammenhängen, böten jedenfalls unter zwei Aspekten genügend tatsächliche Anhaltspunkte für einen möglichen Beihilferechtsverstoß, so dass ein nationales

Gericht sich selbständig darüber eine Meinung bilden müsse, ob die von der Klägerin geforderte Miete eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV darstelle.

24 Zum einen habe der Gerichtshof der Europäischen Union in dem Urteil vom 29. Oktober 2009 verbindlich festgestellt, dass das zwischen den Parteien gewählte Investorenmodell mit einem Grundstückskaufvertrag nebst anschließender Rückvermietung an die Beklagte (sale and lease back) in Wahrheit einen "öffentlichen Bauauftrag" i.S.d. Art. 1 lit. a) der Richtlinie 93/37 darstelle, dem eine europaweite Ausschreibung gemäß Art. 7 Abs. 4 und Art. 11 dieser Richtlinie habe vorangehen müssen. Der vergaberechtswidrige Direktabschluss des Mietvertrages vom 6. August 2004 mit der Klägerin lasse zumindest Raum für die Besorgnis, dass das gewählte Investorenmodell für den Neubau der Nordhallen bewusst "am Wettbewerb vorbei" durchgeführt worden sei mit der weiteren Folge, dass gerade nicht das für die öffentliche Hand günstigste, sondern nur ein für den konkreten Investor vorteilhaftes Modell gewählt worden sei.

25 Zum anderen habe die Europäische Kommission ein Vorprüfungsverfahren eröffnet und bereits in der an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Anfrage vom 15. Mai 2007 mitgeteilt, dass der Kommission Informationen zugegangen seien, "die nahelegen, dass neben einem eventuellen Verstoß gegen die europäischen Vorschriften für das Beschaffungswesen auch eine Zuwiderhandlung gegen die Beihilfevorschriften der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (jetzt Art. 107, 108 AEUV)" vorlägen. Der Informationsbedarf habe auch im September 2010 fortbestanden, als die Europäische Kommission im Hinblick auf "neue Entwicklungen weiteren Klärungsbedarf" gesehen habe.

26 Vor dem Hintergrund dieser beiden tatsächlichen Entwicklungen seien auch die nationalen Gerichte verpflichtet, den Begriff der Beihilfe selbst auszuliegen und beihilferelevante Sachverhalte hierauf zu untersuchen. Dies sei nicht

etwa damit gleichzusetzen, dass eine solche Beihilfe in diesem Verfahrenssta-
dium bereits unterstellt werde. Die Regeln des Urkundenprozesses böten je-
doch keine geeignete Grundlage zur näheren Überprüfung dieser Frage.

II.

27 Die Revision hat keinen Erfolg.

28 1. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig.

29 Das Berufungsgericht hat die im Urteilsausspruch enthaltene Zulassung
der Revision nicht eingeschränkt. Zwar ist in den Entscheidungsgründen ausge-
führt, die Frage, ob ein Urkundenprozess statthaft sei, wenn ein möglicher Bei-
hilferechtsverstoß einer (oder beider) Parteien zu besorgen sei und ob die Re-
geln des Urkundenprozesses eine geeignete Grundlage zur Prüfung eines mög-
lichen Beihilferechtsverstoßes böten, sei von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v.
§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Sollte hierin aus der Sicht des Berufungsgerichts eine
Beschränkung der Revisionszulassung auf eine bestimmte Rechtsfrage liegen,
wäre diese aber unbeachtlich.

30 Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil
des Gesamtstreitstoffes beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils
sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könn-
te. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchs-
grundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (BGHZ 101, 276
= NJW 1987, 2586, 2587; Senatsurteile vom 19. September 2012 - XII ZR
136/10 - FamRZ 2012, 1789 Rn. 8 und vom 15. September 2010 - XII ZR
148/09 - FamRZ 2010, 1888 Rn. 18).

31 Danach scheidet hier eine Beschränkung der Zulassung der Revision aus. Bei der vom Berufungsgericht aufgeworfenen Frage handelt es sich um eine Rechtsfrage, die für den gesamten Rechtsstreit entscheidungserheblich ist. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung alternativ auf zwei voneinander unabhängige Erwägungen gestützt. Zum einen hat es die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses deshalb verneint, weil die Klägerin eine vorbehaltlose oder mangelfreie Überlassung der Mietsache mit den Mitteln des Urkundenprozesses nicht habe beweisen können. Zum anderen hat das Berufungsgericht den Urkundenprozess im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen die europarechtlichen Beihilfebestimmungen für nicht statthaft angesehen. Wäre die vom Berufungsgericht aufgeworfene Rechtsfrage dahingehend zu beantworten, dass ein möglicher Beihilferechtsverstoß der Statthaftigkeit eines Urkundenprozesses nicht entgegenstünde, würde allein die weitere Begründung des Berufungsgerichts den Entscheidungsausspruch tragen.

32 Bei einer unzulässigen Beschränkung der Revisionszulassung muss das angefochtene Urteil in vollem Umfang überprüft werden (vgl. BGH Urteil vom 21. September 2006 - I ZR 2/04 - FamRZ 2007, 39 Rn. 20).

33 2. Das Berufungsgericht hat die Klage schon deshalb zu Recht gemäß § 597 Abs. 2 ZPO als im Urkundenprozess nicht statthaft zurückgewiesen, weil die Klägerin die mangelfreie Übergabe der Mietsache als anspruchsbegründende Tatsache nicht durch die im Urkundenprozess zulässigen Beweismittel (§ 592 Satz 1 ZPO) bewiesen hat. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob ein Urkundenprozess statthaft ist, wenn ein möglicher Verstoß einer (oder beider) Parteien gegen das EU-Beihilferecht zu besorgen ist und ob die Regeln des Urkundenprozesses eine geeignete Grundlage zur Prüfung eines möglichen Beihilferechtsverstoßes bieten, kommt es folglich im vorliegenden Fall nicht an.

34 a) Ansprüche auf rückständige Miete oder auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB können grundsätzlich im Urkundenprozess geltend gemacht werden. Dabei steht der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nicht entgegen, dass der beklagte Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB erhebt (vgl. Senatsbeschluss vom 10. März 1999 - XII ZR 321/97 - NJW 1999, 1408). Denn nach den auch im Urkundenprozess geltenden allgemeinen Beweislastgrundsätzen muss der Vermieter zur Begründung des Anspruchs auf Mietzahlung neben der Vorlage eines wirksamen Mietvertrages, aus dem sich die Höhe der geschuldeten Miete ergibt, nur mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln (§ 592 Satz 1 ZPO) nachweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat (vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 11. Aufl. § 535 Rdn. 48; Palandt/Weidenkaff BGB 72. Aufl. § 535 Rn. 33), sofern dies nicht unstreitig ist (vgl. Thomas/Putzo/Reichold ZPO 34. Aufl. § 592 Rn. 6). Nach der Überlassung der Mietsache trägt dagegen der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat (vgl. Senatsurteil vom 15. November 2006 - XII ZR 120/04 - NJW 2007, 2394 Rn. 24 mwN und BGH Urteil vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 200/08 - NJW 2009, 3099 Rn. 9).

35 Stützt der Mieter die Minderung oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages jedoch auf die Behauptung, die Mietsache sei schon bei der Übergabe fehlerhaft gewesen, folgt aus dieser Beweislastverteilung, dass eine Klage auf Zahlung von Miete oder Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB im Urkundenprozess nur dann statthaft ist, wenn entweder unstreitig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen, oder wenn der Vermieter ein solches Verhalten des Mie-

ters durch Urkunden beweisen kann (vgl. BGH Urteile vom 20. Oktober 2010 - VIII ZR 111/09 - ZMR 2011, 204 Rn. 10 und vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 200/08 - NJW 2009, 3099 Rn. 10).

36 b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Klägerin durch die von ihr vorgelegten Urkunden nicht nachweisen konnte, dass die Beklagte die Mietsache als Erfüllung i.S.d. § 363 BGB angenommen hat. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

37 aa) Eine Annahme als Erfüllung liegt vor, wenn der Mieter durch sein Verhalten bei und nach Entgegennahme der Leistung zum Ausdruck bringt, dass er die Mietsache als im Wesentlichen vertragsgemäß ansieht (vgl. MünchKommBGB/Fetzer 6. Aufl. § 363 Rn. 3; Palandt/Grüneberg BGB 72. Aufl. § 363 Rn. 2). Einer ausdrücklichen Erklärung des Gläubigers bedarf es hierzu nicht. Ob eine Annahme als Erfüllung vorliegt, ist vielmehr aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (MünchKommBGB/Fetzer 6. Aufl. § 363 Rn. 3). Dabei schließt ein allgemeiner Vorbehalt, dass die Vertragsmäßigkeit der Leistung nicht anerkannt werde, die Annahme als Erfüllung nicht aus (Senatsurteil vom 15. November 2006 - XII ZR 120/04 - NJW 2007, 2394 Rn. 25). Anders ist es jedoch, wenn der Mieter wegen eines konkreten Mangels der Mietsache einen Vorbehalt erklärt. Denn damit bringt er zum Ausdruck, dass er die ihm überlassene Mietsache nicht als vertragsgemäße Leistung ansieht. Auf eine Annahme der vom Schuldner erbrachten Leistung als Erfüllung i.S.v. § 363 BGB kann dann aus dem Verhalten des Gläubigers nicht geschlossen werden (vgl. BGH Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 64/07 - NJW 2009, 360 Rn. 15).

38 bb) Anders als die Abnahme gemäß § 640 BGB ist die Annahme als Erfüllung i.S.v. § 363 BGB zwar kein Rechtsgeschäft, sondern eine tatsächliche

Handlung (Palandt/Grüneberg BGB 72. Aufl. § 363 Rn. 2). Aufgrund ihrer Wirkungen kommt ihr jedoch ein rechtsgeschäftsähnlicher Charakter zu, so dass die Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen entsprechend herangezogen werden können (Bamberger/Roth BGB 3. Aufl. § 363 Rn. 5). Demnach handelt es sich bei der Feststellung, ob der Gläubiger die ihm angebotene Leistung als Erfüllung i.S.v. § 363 BGB angenommen hat, um eine tatrichterliche Entscheidung, welche nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle unterliegt. Das Revisionsgericht kann daher nur prüfen, ob der Tatrichter die gesetzlichen und allgemein anerkannten Auslegungsregeln, die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrunde gelegten Tatsachen ohne Verfahrensfehler ermittelt hat (vgl. Senatsbeschluss vom 23. Januar 2013 - XII ZB 515/12 - FamRZ 2013, 777 Rn. 14 und Senatsurteil vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899, 900 jeweils mwN). Ist die Auslegung rechtsfehlerfrei vorgenommen und führt sie zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis, ist sie für das Revisionsgericht bindend, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint.

39 cc) Einer Überprüfung an diesen Maßstäben hält die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts stand.

40 (1) Das Berufungsgericht hat aus dem Inhalt der Übernahmeprotokolle vom 30. November 2005 geschlossen, dass die Beklagte die Mietsache nicht als vertragsgemäße Leistung angesehen und sie diese nur unter Vorbehalt der späteren Beseitigung der gerügten Mängel übernommen hat. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

41 Bereits aus dem Wortlaut der Ziffer 8. der beiden Übernahmeprotokolle ergibt sich, dass die Beklagte das Mietobjekt zum Zeitpunkt der Übergabe nicht als vertragsgemäße Leistung annehmen wollte. Dort heißt es jeweils, dass der

Mieter das Mietobjekt nur unter dem Vorbehalt der in weiteren Anlagen und in den Übernahmeprotokollen gerügten Mängeln und Restarbeiten übernehme. Wenn das Berufungsgericht aus dieser Regelung in den Übernahmeprotokollen und unter Berücksichtigung der in der Ziffer 2. der Protokolle aufgeführten Mängel den Schluss zieht, dass die Beklagte die Mietsache im Zeitpunkt der Übergabe nicht als vertragsgemäße Leistung angesehen hat, ist dies eine vertretbare Auslegung der von der Klägerin vorgelegten Urkunden, die der revisionsrechtlichen Überprüfung stand hält.

42 Entgegen der Auffassung der Revision sind die entsprechenden Regelungen in den Übernahmeprotokollen nicht zwingend dahingehend zu verstehen, dass die Beklagte das Mietobjekt als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung entgegengenommen hat und sich nur wegen geringfügiger Restarbeiten und Mängel ihre Rechte gemäß § 536 b Satz 3 BGB vorbehalten wollte. Denn neben den in den Protokollen unter Ziffer 2. aufgeführten Mängeln hat die Beklagte auch im Hinblick auf umfangreiche weitere Mängel, die in anderen Anlagen und Übernahmeprotokollen dokumentiert worden sind, einen Vorbehalt erklärt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie das Mietobjekt zu diesem Zeitpunkt noch nicht als vertragsgemäße Leistung der Klägerin ansah.

43 Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass die Beklagte sich in Ziffer 2 b) und c) der Übernahmeprotokolle bezüglich der Heizung und Kälteanlagen nicht nur ihre Mängelrechte für den Fall vorbehalten wollte, dass sich bei der späteren Überprüfung der Anlage im Volllastbetrieb Fehler zeigen. Die Heizungs- und Kälteanlage konnte aufgrund der jahreszeitlichen Witterungsverhältnisse zum Zeitpunkt der Übergabe nicht vollständig auf ihre Funktionsfähigkeit überprüft werden. Die Beklagte konnte somit im Übergabezeitpunkt überhaupt nicht beurteilen, ob die für den geplanten Messebetrieb besonders wichtige Heizungs- und Kälteanlage mangelfrei erstellt worden

ist. Deshalb hat das Berufungsgericht den entsprechenden Vorbehalt in Ziffer 2 b) der Übergabeprotokolle zu Recht dahingehend ausgelegt, dass die Beklagte im Hinblick auf die Bedeutung der Heizungs- und Kälteanlage für die Nutzung der Messehallen die Mietsache zu diesem Zeitpunkt insgesamt nicht als vertragsgemäße Leistung ansehen wollte. Denn nur durch ein entsprechendes Verständnis dieser Regelung konnte die Beklagte verhindern, dass sie für das Vorliegen eines späteren Mangels der Anlage beweispflichtig wird. Legt man die Vereinbarung - wie die Revision meint - dahingehend aus, dass die Beklagte insoweit nur einen Vorbehalt im Sinne von § 536 b Satz 3 BGB erklären wollte, wäre sie nach der Annahme der Mietsache trotz des Vorbehalts gehalten, gegebenenfalls das Vorliegen von Mängeln bei einem Volllastbetrieb der Anlage zu beweisen. Diese Rechtsfolge wollten die Mietvertragsparteien bei der Erstellung der Übernahmeprotokolle ersichtlich nicht herbeiführen.

44 (2) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe auch durch die Unterzeichnung des 5. Nachtrags zum Mietvertrag die Mietsache nicht als vertragsgemäße Leistung i.S.v. § 363 BGB angenommen, begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

45 In § 2 des 5. Nachtrags zum Mietvertrag haben die Parteien vereinbart, dass die Mieterin nach Maßgabe der Regelung in § 3 der Vergleichsvereinbarung auf die Beseitigung der dort genannten Abnahme- und/oder Gewährleistungsmängel und auf alle hierauf bezogenen Gewährleistungsansprüche verzichtet und insoweit den vorhandenen tatsächlichen Zustand des Mietobjektes als vertragsgerecht hinnimmt. Schon aus dieser Regelung ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Beklagte die Mietsache hinsichtlich der weiteren, nicht von § 3 der Vergleichsvereinbarung erfassten Mängeln, nicht als vertragsgemäße Leistung ansehen wollte. § 3 der Vergleichsvereinbarung erfasst jedoch gerade nicht die von der Beklagten behaupteten Fehler der Heizungs- und Käl-

teanlage, sondern bezieht sich nur auf andere Mängel. Soweit in § 1 Ziffer 2 des 5. Nachtrags zum Mietvertrag eine Regelung zu den möglichen Ansprüchen der Beklagten wegen der behaupteten Mangelhaftigkeit der Heizungs- und Kälteanlage enthalten ist, ergibt sich daraus nichts anderes. Die in dieser Regelung enthaltene Vereinbarung über die Erledigung der Gewährleistungsansprüche der Beklagten haben die Parteien davon abhängig gemacht, dass diese Ansprüche erfüllt worden sind. Diese Voraussetzung ist jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Bezug auf die Heizungs- und Kälteanlage nicht gegeben. Im Übrigen bezieht sich diese Regelung auch nicht auf mangelbezogene Ansprüche der Beklagten, soweit sie in der Vergleichsvereinbarung ausdrücklich vorbehalten worden sind. Dort findet sich in § 2 Ziffer 3 indes eine ausdrückliche Regelung zu möglichen Gewährleistungsansprüchen, falls in dem selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Bonn oder in einem daran anschließenden Hauptsacheverfahren Mängel an der Heizungs- und Kälteanlage festgestellt werden sollten. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht aus der Gesamtschau dieser Regelungen den Schluss gezogen hat, die Beklagte habe auch bei Abschluss des 5. Nachtrags zum Mietvertrag das Mietobjekt insgesamt nicht als vertragsgemäße Leistung angesehen.

46 dd) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe der Klägerin zu Unrecht den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) wegen des verhältnismäßig geringen Aufwandes für die Beseitigung der möglichen Mängel der Heizungs- und Kälteanlage versagt.

47 Zwar ist richtig, dass die von dem Sachverständigen in dem beim Landgericht Köln geführten selbständigen Beweisverfahren geschätzten Mängelbeseitigungskosten nur einen geringen Prozentsatz der Jahresnettomiete ausmachen. Für die Beurteilung, ob ein Mangel so unwesentlich ist, dass der Gläubi-

ger sich treuwidrig verhält, wenn er die Annahme der Leistung verweigert, kann jedoch nicht allein auf die voraussichtlichen Kosten der Mangelbeseitigung abgestellt werden. Ebenso wie bei der Prüfung des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Besteller die Abnahme des Werks wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigern kann (zur Vergleichbarkeit der Annahme als Erfüllung i.S.v. § 363 BGB und der Abnahme nach § 640 BGB vgl. BGHZ 33, 236 = NJW 1961, 115, 116), ist vielmehr entscheidend, ob es dem Gläubiger zumutbar ist, trotz des Mangels die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen und sich mit den Mängelrechten zu begnügen (Palandt/Sprau BGB 72. Aufl. § 640 Rn. 9). Ob ein Mangel "wesentlich" ist und deshalb zur Verweigerung der Abnahme nach § 640 Abs. 1 Satz 2 berechtigt, bestimmt sich nach der Art des Mangels, seinem Umfang und vor allem seinen Auswirkungen, wobei dies unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu entscheiden ist (vgl. BGH Urteil vom 30. April 1992 - VII ZR 185/90 - NJW 1992, 2481 zu § 12 Nr. 3 VOB/B).

48 Daher hat das Berufungsgericht zu Recht berücksichtigt, dass die von der Beklagten gerügten Mängel der Heizungs- und Kälteanlagen für den Betrieb der Messehallen von erheblicher Bedeutung sind. Der Höhe etwaiger Mangelbeseitigungskosten kommt insoweit nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Entscheidend ist vielmehr, in welchem Maße die Gebrauchsfähigkeit der Mietsache durch den Mangel beeinträchtigt ist.

49 ee) Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe die von der Beklagten über einen Zeitraum von 43 Monaten erbrachten ungeminderten Mietzahlungen fehlerhaft bewertet, kann sie damit ebenfalls keinen Erfolg haben.

50 Da sich die Beklagte sowohl in den Übernahmeprotokollen vom 30. November 2005 als auch in dem 5. Nachtrag zum Mietvertrag ihre Gewährleistungsrechte bezüglich der Heizungs- und Kälteanlage ausdrücklich vorbehalten hat (vgl. § 536 b Satz 3 BGB), könnte die ungeminderte Zahlung der Miete in dem Zeitraum von Januar 2007 bis Juli 2010 nur unter den strengeren Voraussetzungen der Verwirkung (§ 242 BGB) oder des stillschweigenden Verzichts dazu führen, dass die Klägerin der Beklagten den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten kann (vgl. BGH Urteil vom 16. Juli 2003 - VIII ZR 274/02 - NJW 2003, 2601, 2603).

51 Danach kann der Umstand, dass ein Mieter über längere Zeit die Miete ungemindert zahlt, obwohl ihm das Vorliegen eines Mangels bekannt ist, zwar grundsätzlich den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begründen, wenn sich der Mieter zu einem späteren Zeitpunkt auf den Mangel beruft. Entscheidend sind hierbei aber die jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Hat, wie im vorliegenden Fall, der Mieter bei der Übergabe der Mietsache den Mangel ausdrücklich gerügt, genügt allein die ungekürzte Zahlung der Miete über einen längeren Zeitraum hierfür nicht. Insbesondere wenn der Mieter die Mietsache nicht vorbehaltlos entgegengenommen hat und zwischen den Mietvertragsparteien streitig ist, ob die Mietsache mangelbehaftet ist, erweckt der Mieter durch

die ungekürzte Zahlung der Miete kein schützenswertes Vertrauen des Vermieters dahingehend, dass auch in Zukunft keine Mängelrechte mehr geltend gemacht werden.

Dose

Schilling

Günter

Nedden-Boeger

Botur

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 30.08.2011 - 5 O 299/10 -

OLG Köln, Entscheidung vom 30.03.2012 - 1 U 77/11 -