



Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur und die Richterin Dr. Krüger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. September 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten rückständige Miete sowie eine vereinbarte Einmalzahlung für die Ausübung eines Sonderkündigungsrechts.
- 2 Durch Gewerberaummietvertrag vom 31. Januar 2014 mietete die Beklagte von der Voreigentümerin des Mietobjekts Büroflächen mit einem Stellplatz in einem Geschäftsgebäude in Berlin. Die Bruttogesamtmiete einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen und Mehrwertsteuer betrug zuletzt 3.691,38 €. Die Laufzeit des Mietverhältnisses, dessen Beginn auf den 13. Dezember 2013 festgelegt worden war, sollte fünf Jahre betragen. Der Be-

klagen als Mieterin wurde ein einseitiges Sonderkündigungsrecht zum 12. Dezember 2016 eingeräumt, welches mit einer Frist von zwölf Monaten auszuüben und für dessen Inanspruchnahme eine Einmalzahlung von 23.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer an die Vermieterin zu leisten war.

- 3 Mit Schreiben vom 9. April 2015 zeigte die Beklagte gegenüber der von der Voreigentümerin eingesetzten Hausverwaltung an, dass in einem der Büroräume ein beißender, die Atemwege und Augen reizender Geruch feststellbar sei. Am 27. April 2015 wurden die Mieträume durch den Mitarbeiter einer von der Voreigentümerin mit dem „technischen Asset Management“ beauftragten Gesellschaft besichtigt. Die Beklagte zahlte seit Juli 2015 nur noch eine um 10 % geminderte Bruttomiete; ferner forderte sie die Voreigentümerin unter Fristsetzung und Klageandrohung zur Beseitigung der beanstandeten Geruchsbeeinträchtigung auf. Daraufhin erfolgte am 7. Juli 2015 eine weitere Begehung der Mieträume durch den Hausmeister. Am 9. November 2015 richteten die Rechtsanwälte der Voreigentümerin an den Rechtsanwalt der Beklagten ein Schreiben, das auszugsweise den folgenden Inhalt hatte:

„...wir kommen zurück auf vorbenannte Angelegenheit und bitten zunächst um Mitteilung, ob Sie entsprechend Ihrer Ankündigung (...) mittlerweile Klage auf Beseitigung und Mietminderung eingereicht haben.

Gleichwohl bieten wir Ihrem Auftraggeber ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und Präjudiz zum Zwecke einer einvernehmlichen Regelung der bestehenden Meinungsverschiedenheiten das Folgende an:

1. Die Mandantschaft tauscht den textilen Bodenbelag im streitgegenständlichen Raum komplett auf eigene Kosten aus.
2. Nach Abschluss der unter Ziff. 1 beschriebenen Maßnahme zahlt Ihr Auftraggeber die seit Juli 2015 aufgelaufenen Mietrückstände (...) vollständig an die Mandantschaft nach...“

- 4 Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 das Mietverhältnis zum 31. Dezember 2016 außerordentlich unter Hinweis auf den gerügten Mangel, hilfsweise unter Berufung auf das vertragliche Sonderkündigungsrecht. Die Klägerin, die das Objekt am 1. Februar 2016 von der Voreigentümerin übernommen hatte, veranlasste am 22. März 2016 eine erneute Begehung der Mieträume durch den Hausmeister und zwei Mitarbeiter der Klägerin. Nachdem dabei im streitgegenständlichen Büroraum ein Geruch festgestellt worden war, ließ die Klägerin am 13. April 2016 eine Wand im angrenzenden WC öffnen, um einen etwaigen Rohrschaden im Versorgungsschacht auszuschließen. Im November und Dezember 2016 zahlte die Beklagte keine Miete mehr; sie gab die Mieträume im Dezember 2016 zurück.
- 5 In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin Mietrückstände zwischen Februar 2016 und Dezember 2016 sowie die für die Inanspruchnahme des Sonderkündigungsrechts vereinbarte Einmalzahlung geltend gemacht. Das Landgericht hat der auf Zahlung von insgesamt 34.616,89 € nebst Zinsen gerichteten Klage stattgegeben. Dagegen hat sich die Beklagte mit der Berufung gewendet. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin mit der zur Rückzahlung fällig gewordenen Mietkaution in restlicher Höhe von 8.004,97 € gegenüber der Einmalzahlung aufgerechnet und um Zurückweisung der Berufung mit der Maßgabe gebeten, insoweit die teilweise Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen. Das Berufungsgericht, das den Rechtsstreit im Einverständnis der Parteien gemäß „§ 527 Abs. 4 ZPO der Berichterstatterin“ als Einzelrichterin zur Entscheidung übertragen hat, hat die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen.
- 6 Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihren zweitinstanzlichen Antrag in der zuletzt gestellten Form weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung das Folgende ausgeführt: Der Klägerin stünden keine Ansprüche auf Zahlung der vollen Miete zwischen Februar und Dezember 2016 zu, denn die Beklagte sei zur vorgenommenen Minderung von rund 10 % der Monatsmiete berechtigt gewesen. Sie habe einen Mangel in Form eines beißenden und reizenden Geruchs in einem der Büroräume hinreichend substantiiert dargelegt. Die Ursache des Mangels müsse der Mieter nicht bezeichnen. Bei der vorgetragenen Geruchsbelästigung habe es sich um einen erheblichen Mangel gehandelt, auch wenn die Klägerin dies bestreite. Es liege sowohl ein der Klägerin zuzurechnendes tatsächliches Anerkenntnis der Voreigentümerin als auch ein tatsächliches Anerkenntnis der Klägerin darüber vor, dass die Gebrauchstauglichkeit des streitgegenständlichen Büroraums aufgrund des dort auftretenden Geruchs nicht nur unerheblich eingeschränkt gewesen sei. Die Voreigentümerin habe dies dadurch anerkannt, dass sie den Austausch des Bodenbelags auf ihre Kosten vorgeschlagen habe, wozu sich eine auf Gewinnerzielung ausgerichtete Kapitalgesellschaft spanischen Rechts nicht allein zur Wahrung eines guten Verhältnisses zu den Gewerbemietern, sondern nur beim wirklichen Vorliegen eines Sachmangels bereitgefunden hätte. Auch die von der Klägerin veranlasste Öffnung der Wand im angrenzenden WC sei als tatsächliches Anerkenntnis zu werten, weil es sich bei dieser Maßnahme um einen beachtlichen und kosten-

verursachenden Eingriff in die Bausubstanz gehandelt habe, den ein gewerblich handelnder Vermieter - zumal in einem bereits gekündigten Mietverhältnis - nicht auf sich nehmen würde, wenn er die Geruchsbeeinträchtigung als unerheblich angesehen hätte.

9            Diese tatsächlichen Anerkenntnisse stellten ein starkes Indiz für den Wahrheitsgehalt des Beklagtenvortrags zum Sachmangel dar und bewirkten eine Umkehr der Beweislast. Das unter Beweis gestellte Vorbringen der Klägerin, dass bei der Übergabe der Räume an den Nachmieter kein störender Geruch vorgelegen habe, obwohl die Mieträume seit der Rückgabe durch die Beklagte bis dahin nicht verändert und nicht gelüftet worden seien, sei nicht geeignet, das im tatsächlichen Anerkenntnis liegende Indiz zu entkräften. Denn weil die Ursache der Geruchsentwicklung streitig sei, könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Geruch nur unter bestimmten Temperatur- oder Umweltbedingungen in den Mieträumen habe bilden können, die bei Leerstand gerade nicht geherrscht hätten.

10           Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Zahlung der Summe, die für die Ausübung des Sonderkündigungsrechts vereinbart worden sei. Die Beklagte habe kein Sonderkündigungsrecht ausgeübt, sondern außerordentlich aus wichtigem Grund gekündigt. Aufgrund des Mangels in dem streitgegenständlichen und 15 qm großen Büroraum seien mehr als 10 % der für Bürotätigkeiten vorgesehenen Mietflächen nicht nutzbar gewesen. Wegen der damit einhergehenden Beeinträchtigung des Gebrauchs der Büroräume sei es der Beklagten nicht zumutbar gewesen, das Mietverhältnis fortzusetzen. Auch Mietrückstände für November und Dezember 2016 bestünden, jedenfalls nach der Aufrechnung mit Kautionsrückzahlungsanspruch, nicht mehr.

II.

11 Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

12 1. Allerdings macht die Revision im Hinblick auf die Entscheidung durch die Einzelrichterin anstelle des Kollegiums zu Unrecht einen Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und insoweit einen absoluten Revisionsgrund nach § 547 Nr. 1 ZPO geltend.

13 a) Ist die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts - wie hier - nicht von einem Einzelrichter erlassen worden und liegen deshalb die Voraussetzungen des § 526 Abs. 1 ZPO nicht vor, darf ein Einzelrichter des Berufungsgerichts grundsätzlich nur im Rahmen der ihm nach § 527 Abs. 1 bis 3 ZPO eingeräumten Befugnisse vorbereitend tätig werden. Eine streitige Entscheidung darf der Einzelrichter - wenn keine der Parteien säumig ist - in diesen Fällen nur dann erlassen, wenn ihm die Sache durch das Kollegium nach § 527 Abs. 1 ZPO ordnungsgemäß zugewiesen worden ist und beide Parteien einer Endentscheidung durch den Einzelrichter zugestimmt haben (§ 527 Abs. 4 ZPO). Die Zustimmung zur Endentscheidung durch den Einzelrichter in der Berufungsinstanz ist eine Prozesshandlung. Sie kann durch eine Partei frei widerrufen werden, solange die andere Partei ihr Einverständnis mit der Einzelrichterentscheidung noch nicht erteilt hat (vgl. BGHZ 147, 397, 399 f. = NJW 2001, 2479 f.). Sobald jedoch eine Prozesslage besteht, in der übereinstimmende Zustimmungen beider Parteien mit der Entscheidung durch den Einzelrichter vorliegen, ist von diesem Zeitpunkt an § 128 Abs. 2 Satz 1 ZPO entsprechend anwendbar, so dass ein Widerruf der einmal erteilten Einverständniserklärung lediglich bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage möglich ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 105, 270, 274 f. = FamRZ 1989, 164 f.; BGHZ 147, 397, 399 = NJW 2001, 2479 f. und BGH Beschluss vom 8. Mai 2008 - IX ZR 120/07 - juris

Rn. 3). Die Klägerin hat mit Schriftsatz am 18. Januar 2018 ihre Zustimmung zur Übertragung der Sache auf den Einzelrichter erklärt. Nachdem auch die Beklagte mit Schriftsatz vom 18. Februar 2018 ihr diesbezügliches Einverständnis erteilt hat, konnte die Klägerin ihre Zustimmung zur Einzelrichterentscheidung nur noch bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage widerrufen. Dagegen erinnert auch die Revision nichts.

14

b) Bei der Prüfung der Frage, ob ein Widerruf wegen einer wesentlich geänderten Prozesslage in Betracht kommt, ist die Prozesslage bei Abgabe der Zustimmungserklärung mit derjenigen im Zeitpunkt des Widerrufs zu vergleichen. Dabei sind zwischenzeitliche Veränderungen des Sach- und Streitstands in Beziehung zu setzen zu Sinn und Zweck des § 527 Abs. 4 ZPO, der vor allem darin besteht, das Kollegium von Streitfällen zu entlasten, die keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art aufweisen und die auch keine grundsätzliche Bedeutung haben. Nur dann, wenn die Sache im Zeitpunkt des Widerrufs bei objektiver Betrachtung - und nicht nur aus der subjektiven Sicht der Parteien - einen derartigen Zuschnitt nicht mehr hat, ist eine wesentliche und den Widerruf rechtfertigende Veränderung der Prozesslage zu bejahen (vgl. Senatsurteil BGHZ 105, 270, 275 = FamRZ 1989, 164, 165). Ein Widerruf ist nach diesen Grundsätzen denkbar, wenn nach Erteilung der Einverständniserklärung ein wesentlich neuer Tatsachenstoff in den Prozess eingeführt worden ist oder sich wegen geänderter Sachverhaltsumstände das Erfordernis ergibt, eine neue, die bisherige Grundlage des Prozesses verschiebende Rechtsfrage von einer gewissen Schwierigkeit zu beurteilen (vgl. Senatsurteil BGHZ 105, 270, 275 f. = FamRZ 1989, 164, 165). Auch Hinweise des Gerichts nach § 139 Abs. 2 ZPO können im Einzelfall zu einer wesentlichen Änderung der Prozesslage führen. Dies mag in Betracht kommen, wenn der Einzelrichter auf bestimmte, bislang von den Parteien nicht erkannte rechtliche Gesichtspunkte hinweist (vgl. Stein/Jonas/Kern ZPO 23. Aufl. § 128 Rn. 70) oder zu er-

kennen gibt, dass er bestimmte entscheidungserhebliche Sach- oder Rechtsfragen anders beurteilen will als beide Parteien (vgl. MünchKommZPO/Fritsche 6. Aufl. § 128 Rn. 33; BeckOK ZPO/von Selle [Stand: 1. Juli 2020] § 128 Rn. 26.1).

15           c) Gemessen an diesen Grundsätzen begründeten die rechtlichen Hinweise der Einzelrichterin in der Terminverfügung vom 12. Juli 2018 entgegen der Auffassung der Revision keine wesentliche und zum Widerruf berechtigende Änderung der Prozesslage im Sinne von § 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

16           In der Terminverfügung hat die Einzelrichterin auf ihre Rechtsansicht hingewiesen, dass sowohl in dem Schreiben des Rechtsanwalts der Voreigentümerin vom 9. November 2015 als auch in der von der Klägerin veranlassten Öffnung der Wand am 13. April 2016 ein tatsächliches Anerkenntnis dahingehend zu sehen sei, dass die Gebrauchstauglichkeit des streitgegenständlichen Büroraums aufgrund des dort auftretenden Geruchs nicht nur unerheblich eingeschränkt gewesen sei. Insoweit hat die Einzelrichterin lediglich zu erkennen gegeben, dass sie die zwischen den Parteien schon in der ersten Instanz umstrittenen, vom Landgericht in seiner Entscheidung ausführlich behandelten und auch in der Berufungsbegründung wieder aufgeworfenen Fragen nach einem Anerkenntnis der von der Beklagten behaupteten Mängel anders beurteilen will als das Landgericht. Dies vermag - bei einem im Übrigen unveränderten Streitstoff - noch keine wesentliche Änderung der Prozesslage zu begründen, weil die Parteien damit rechnen müssen, dass der Einzelrichter des Berufungsgerichts der Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch das erstinstanzliche Gericht nicht folgen wird. Einen bislang von den Parteien nicht erörterten rechtlichen Gesichtspunkt enthielt die Verfügung der Einzelrichterin lediglich insoweit, als sie darauf hingewiesen hat, dass in dem Schreiben vom 9. November 2015 ein tatsächliches, nicht rechtsgeschäftliches Anerkenntnis bestehender Mängel

gesehen und das darin enthaltene Vergleichsangebot daher nicht nur unter dem - vom Landgericht erwogenen und im Ergebnis nicht für durchgreifend erachteten - Gesichtspunkt eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses gewürdigt werden könne. Allein dadurch wird bei objektiver Betrachtung aber noch keine besondere rechtliche Schwierigkeit der Streitsache aufgezeigt, die eine Befassung des Kollegiums erforderlich machen und die Klägerin zum Widerruf ihres Einverständnisses mit der Einzelrichterentscheidung berechtigten könnte.

17           2. In der Sache beruht die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Mietsache wegen der Geruchsentwicklung in dem streitgegenständlichen Büroraum mit einem zur Minderung (§ 536 Abs. 1 BGB) und zur außerordentlichen Kündigung wegen Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB) berechtigenden Mangel behaftet gewesen sei, auf rechtsfehlerhaft getroffenen Feststellungen.

18           a) Will ein Mieter, der die ihm zum Gebrauch überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat, wegen eines Mangels der Mietsache eine geringere als die vereinbarte Miete zahlen und sich durch eine außerordentliche Kündigung vom Mietvertrag lösen, trägt er nach den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die ihm vorteilhafte Tatsache der Existenz dieses Mangels (vgl. nur Senatsbeschluss vom 10. März 1999 - XII ZR 321/97 - NJW 1999, 1408 mwN). Weil nicht schlechthin jede Geruchsentwicklung in gemieteten Räumen zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt, muss der Mieter darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass mit der Geruchsentwicklung eine spürbare und das Wohlbefinden der Nutzer erheblich beeinträchtigende Belastung des Geruchsempfindens einhergeht. Mit Recht hat das Berufungsgericht zwar angenommen, dass das unter Zeugenbeweis gestellte Vorbringen der Beklagten, in dem kleinen Büroraum sei dauerhaft ein beißender und ätzender Geruch vorhanden gewesen, der Schleimhäute und Augen gereizt habe,

den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag genügt. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht allerdings in seiner Beurteilung, dass sich die Beklagte für ihre diesbezügliche Beweisführung auf die Grundsätze des „tatsächlichen Anerkenntnisses“ berufen könne.

19            b) Dabei geht das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass es neben dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) und dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten deklaratorischen Schuldanerkenntnis noch das sogenannte tatsächliche Anerkenntnis gibt, das keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners verkörpert, sondern das der Schuldner zu dem Zweck abgibt, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch etwa von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche „als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“ zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken oder stellen jedenfalls ein Indiz dar, das der Richter - mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Entkräftung - bei seiner Beweiswürdigung verwerten kann (vgl. BGH Urteile vom 11. November 2008 - VIII ZR 265/07 - NJW 2009, 580 Rn. 9 und BGHZ 66, 250, 254 f. = NJW 1976, 1259, 1260).

20            Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann aber weder dem Verhalten der Voreigentümerin noch dem Verhalten der Klägerin selbst der Bedeutungsgehalt eines solchen „Zeugnisses gegen sich selbst“ beigemessen werden. Auch insoweit ist die Auslegung von - gegebenenfalls konkludenten - Individualerklärungen zwar dem Tatrichter vorbehalten und revisionsrechtlich nur eingeschränkt auf Rechtsfehler überprüfbar (vgl. BGH Urteile vom 11. November 2008 - VIII ZR 265/07 - NJW 2009, 580 Rn. 10 und vom 1. Dezember 2005 - I ZR 284/02 - IHR 2006, 124, 125), mithin insbesondere darauf, ob gesetzliche Auslegungsregeln oder allgemein anerkannte Ausle-

gungsgrundsätze verletzt worden sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde. Die Entscheidung des Berufungsgerichts leidet aber unter solchen Fehlern.

21           aa) Soweit das Berufungsgericht dem Schriftsatz vom 9. November 2015 ein Tatsachenanerkennnis entnehmen will, wird dies dem eindeutigen Wortlaut des Schreibens nicht gerecht.

22           Bei der Auslegung sind in erster Linie der Wortlaut der Erklärung und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 8. April 2020 - XII ZR 120/18 - NZM 2020, 507 Rn. 15; BGHZ 184, 128 = NJW 2010, 2422 Rn. 33 mwN). Der von der Voreigentümerin unterbreitete Vorschlag, den Bodenbelag im streitgegenständlichen Büroraum auszutauschen, erfolgte im Rahmen eines Vergleichsangebots und ausdrücklich „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und Präjudiz“. Der damit eindeutig zum Ausdruck gebrachte Vorbehalt, nur zur gütlichen Beilegung des bestehenden Streits handeln und darüber hinaus keine rechtlich bindende Verpflichtung eingehen zu wollen, steht nicht nur der Annahme eines rechtsgeschäftlichen (kausalen) Schuldanerkenntnisses entgegen (vgl. etwa BGH Urteil vom 18. April 2002 - I ZR 262/99 - juris Rn. 31). Er schließt auch in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig die Beurteilung aus, dass der anderen Vertragspartei die unbedingte Erfüllungsbereitschaft mitgeteilt oder ihre Beweislage verbessert werden soll. Umstände, die es rechtfertigen könnten, dem Schreiben vom 9. November 2015 einen vom Wortlaut abweichenden Sinngehalt beizugeben, hat das Berufungsgericht nicht aufgezeigt. Sein Hinweis darauf, dass sich die Voreigentümerin zu einem Austausch des Bodenbelags wegen der damit verbundenen Kosten nur beim wirklichen Vorliegen einer unzumutbaren Geruchsbeeinträchtigung bereitgefunden hätte, weil sie als Kapitalgesellschaft auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei und sie deshalb - anders als ein Privateigen-

tümer - kein gesteigertes Interesse daran habe, sich gegenüber ihren Gewerbemieter kulant zu zeigen, ist sachfremd. Zudem übergeht das Berufungsgericht, dass die Voreigentümerin den Austausch des Teppichbodens gerade nicht als reine Kulanzleistung zur Abwendung künftiger Mietminderungen angeboten, sondern im Rahmen des unterbreiteten Vergleichsvorschlags an die Bereitschaft der Beklagten geknüpft hat, die auf der Minderung beruhenden Mietrückstände vollständig nachzuzahlen, mithin die Vermieterin in Bezug auf die Mietzahlungen so zu stellen, als sei die Miete auch in der Vergangenheit nicht aufgrund eines Mangels gemindert gewesen.

23           bb) Soweit das Berufungsgericht die von der Klägerin am 13. April 2016 veranlasste Wandöffnung als „Anerkennungshandlung“ angesehen hat, beruht dies auf einer unvollständigen Würdigung der gesamten Umstände des Streitfalls und lässt wesentlichen Tatsachenvortrag der Klägerin außer Betracht.

24           (1) Auch im Zusammenhang mit Mangelbeseitigungsarbeiten gibt es keine Vermutung für die Abgabe eines Anerkenntnisses. Wie das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt durchaus erkannt hat, enthält die Bereitschaft des Vermieters, einer Mangelanzeige des Mieters nachzugehen, für sich genommen noch keine Aussage dahingehend, das Vorhandensein eines Mangels und die Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache außer Streit stellen zu wollen. Maßnahmen des Vermieters zur Erforschung oder Beseitigung eines von dem Mieter angezeigten Mangels können nur dann als Zeugnis des Vermieters gegen sich selbst angesehen werden, wenn besondere Umstände des Einzelfalls die Wertung tragen, dass der Vermieter nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung des Streits um die vermeintliche Mangelhaftigkeit der Mietsache, sondern in dem Bewusstsein gehandelt hat, im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht zur Beseitigung des behaupteten Mangels verpflichtet zu sein. Von Bedeutung sind dabei vor allem der Umfang, die Dauer

und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten (vgl. auch BGHZ 164, 196 = NJW 2006, 47 Rn. 16 und BGH Urteil vom 2. Juni 1999 - VIII ZR 322/98 - NJW 1999, 2961, jeweils zu § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. § 208 BGB aF).

25           (2) Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang würdigen will, dass das Öffnen eines Versorgungsschachtes ein kostenverursachender und nicht nur geringfügiger Eingriff in die Bausubstanz des Gebäudes gewesen sei, hat es den Vortrag der Parteien nicht ausgeschöpft. Denn die Klägerin hat im Einzelnen dargelegt, dass sich die von ihr veranlasste Maßnahme auf eine insgesamt zwölf Minuten währende Sichtprüfung der im Versorgungschacht verlegten Rohrleitungen beschränkt habe. Um diese zu gewährleisten, habe der Hausmeister vier Fliesen entfernen und die dahinter befindliche Leichtbauwand aus Rigips öffnen müssen; im Anschluss an die Inaugenscheinnahme sei die Wandöffnung unter Verwendung von Spachtelmasse wieder verschlossen und seien die Fliesen wieder angebracht worden. Auch wenn die Klägerin keine konkreten Angaben zu den damit verbundenen Kosten gemacht hat, leuchtet es nicht ein, dass in diesem überschaubaren Aufwand klar und unzweideutig das Bewusstsein der Klägerin zum Ausdruck kommen soll, wegen einer unzumutbaren Geruchsbeeinträchtigung in dem streitgegenständlichen Büroraum Gewähr leisten zu müssen. Dies erscheint im Übrigen auch deshalb zweifelhaft, weil eine Gebäudeeigentümerin ein generelles Erhaltungsinteresse daran haben dürfte, ihr zugetragene Hinweise auf mögliche Undichtigkeiten wasserführender Leitungen in den Wänden nachzugehen.

26           (3) Darüber hinaus hat das Berufungsgericht nicht gewürdigt, dass sich die Tätigkeit der Klägerin auf eine punktuelle Mangelerforschungsmaßnahme beschränkt hat, die - was den Parteien sodann bewusst war - keine Ursache für die von der Beklagten beanstandete Geruchsbeeinträchtigung aufzeigen konnte. Wenn die Klägerin danach keine weiteren Schritte zur Erforschung oder zur

Beseitigung des beanstandeten Mangels mehr unternommen hat, liegt es auch in der Gesamtschau fern, in ihrem Verhalten ein tatsächliches Anerkenntnis zu sehen.

27                    3. Das Berufungsgericht durfte daher mit der gegebenen Begründung die von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht verneinen.

28                    Das Berufungsurteil erweist sich, soweit es der Klägerin die für die Ausübung eines Sonderkündigungsrechts vereinbarte Einmalzahlung versagt hat, auch nicht aus anderen Gründen als teilweise richtig (§ 561 ZPO). Es kann insoweit dahinstehen, ob die im Mietvertrag für die Ausübung des Sonderkündigungsrechts ausbedungene Zahlung als Vertragsstrafe („Pönale“) oder als pauschalierter Schadenersatz angesehen werden und - wie die Revisionserweiterung meint - einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht standhalten kann. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass es sich bei der streitgegenständlichen Vertragsbestimmung um eine Individualvereinbarung handelt. Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - hierzu keine abweichenden Feststellungen getroffen, sondern diese Frage ausdrücklich offen gelassen.

29

4. Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Die Sache ist nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht im Sinne des § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung durch den Senat reif ist, sondern der weiteren Sachaufklärung durch Vernehmung der zur behaupteten Geruchsbeeinträchtigung angebotenen Zeugen bedarf.

Dose

Klinkhammer

Nedden-Boeger

Botur

Krüger

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 09.10.2017 - 90 O 5/17 -

KG Berlin, Entscheidung vom 10.09.2018 - 8 U 169/17 -