



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZR 26/21

vom

12. Januar 2022

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Januar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Botur und die Richterin Dr. Krüger

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird die Revision gegen das Urteil des 30. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 24. März 2021 insoweit zugelassen, als das Berufungsgericht die Hilfsaufrechnung des Beklagten als unbegründet erachtet hat.

Auf die Revision des Beklagten wird das vorgenannte Urteil im Kostenpunkt und im Umfang der Zulassung aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

Streitwert: 48.772 €

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten über rückständige Gewerberaummiete bzw. Nutzungsentschädigung für den Zeitraum von Januar 2017 bis Dezember 2018.

- 2 Die Parteien schlossen am 24. Oktober 2016 einen Mietvertrag über eine Gewerbehalle. Das Mietverhältnis begann am 1. Januar 2017 mit einer festen Laufzeit von fünf Jahren. In dem schriftlichen Mietvertrag war vorgesehen, dass der Beklagte als Mieter die Mieträumlichkeiten für seinen Gewerbebetrieb baulich herzurichten und notwendige behördliche Genehmigungen selbst einzuholen hatte. Zu diesem Zwecke wurde die Halle dem Beklagten nach Abschluss des Mietvertrags bereits vor Beginn des Mietverhältnisses überlassen. Für eine Transformatoranlage, zwei Trennwände, Kühlung und Wasseraufbereitung und einen Stromanschluss wandte der Beklagte insgesamt 57.836,54 € auf.
- 3 Ob die Parteien im Dezember 2016 und Januar 2017 abweichend vom schriftlichen Mietvertrag mündlich vereinbart haben, dass der Kläger noch diverse Arbeiten am Mietobjekt ausführen und insbesondere Teile des Brandschutzkonzeptes auf seine Kosten umsetzen sollte, wird von den Parteien unterschiedlich dargestellt.
- 4 Unter Hinweis darauf, dass der Kläger seinen Verpflichtungen aus der mündlichen Abrede der Parteien nicht nachgekommen sei, zahlte der Beklagte die Miete ab Juli 2017 nicht mehr vollständig. Im April 2018 kündigte der Kläger das Mietverhältnis außerordentlich wegen Zahlungsverzugs, während der Beklagte seinerseits im August 2018 die außerordentliche Kündigung erklärte. Zum Ende des Jahres 2018 räumte der Beklagte die Gewerbehalle vollständig. Der rechnerische Rückstand an Miete bzw. Nutzungsausfall für den Zeitraum von Januar 2017 bis Dezember 2018 beläuft sich auf 48.772 €.
- 5 Diesen Rückstand hat der Kläger vorliegend geltend gemacht. Demgegenüber hat der Beklagte darauf verwiesen, dass Rückstände nicht bestünden, weil der Kläger seinen Verpflichtungen aus der mündlichen Abrede der Parteien nicht

nachgekommen sei. Hilfsweise hat er die Aufrechnung mit Ersatzansprüchen für vergebliche Aufwendungen erklärt.

- 6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Mietforderung des Klägers durch die im Prozess erklärte Hilfsaufrechnung vollständig erloschen sei. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung von 48.772 € nebst Zinsen verurteilt.

## II.

- 7 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach § 544 ZPO zulässig, insbesondere ist der Beschwerdewert nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erreicht. In der Sache hat sie hinsichtlich der Hilfsaufrechnung Erfolg und führt insoweit gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Zulassung der Revision und diese zur entsprechenden Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (vgl. BGH Beschluss vom 13. Juli 2006 - VII ZR 134/05 - BauR 2006, 1782). Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

- 8 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, es könne dahinstehen, ob die Kündigungen der Parteien zu einer Beendigung des Mietverhältnisses geführt hätten, weil der Kläger bis zur vertragsgemäßen Rückgabe der Mietsache jedenfalls eine Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten Miete verlangen könne. Die Berechnung des Klägers zur Höhe des Mietrückstandes sei zwischen den Parteien nicht streitig. Miete und Nutzungsentschädigung seien nicht wegen Mängeln der Mietsache gemindert. Die

Aufrechnung des Beklagten mit Aufwendungsersatzansprüchen sei nicht begründet, da nutzlose Aufwendungen infolge einer vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht schlüssig dargelegt seien. Denn der Beklagte benötige eine Transformatoranlage auch in seinen neuen Betriebsräumlichkeiten. Hinsichtlich der Kosten für Trennwände, Kühlung und Wasseraufbereitung sowie Stromanschluss sei die im Allgemeinen bestehende Rentabilitätsvermutung nach dem Vorbringen des Beklagten widerlegt, weil die mündliche Abrede der Parteien die Schriftform im Sinne des § 550 Satz 1 BGB nicht gewahrt habe, so dass der Mietvertrag zum Ende des ersten Jahres ordentlich habe gekündigt werden können.

9                    2. Mit Erfolg macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend, dass das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat, weil es ihm keine Gelegenheit gegeben hat, auf den Hinweis in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu reagieren, nutzlose Aufwendungen seien nicht schlüssig dargelegt.

10                    a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen, vom Berufungsgericht einen Hinweis zu erhalten, wenn dieses in einem entscheidungserheblichen Punkt der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und aufgrund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält. Der Hinweis muss dabei grundsätzlich so rechtzeitig erteilt werden, dass der Berufungsbeklagte noch vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagieren kann. Erteilt das Berufungsgericht den Hinweis entgegen § 139 Abs. 4 ZPO erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Ist offensichtlich, dass sich die Partei in der mündlichen Verhandlung nicht abschließend erklären kann, muss das Gericht, wenn es nicht ins schriftliche Verfahren übergeht, die mündliche Verhandlung auch ohne einen Antrag auf Schriftsatznachlass vertagen, um Gelegenheit zur

Stellungnahme zu geben (vgl. BGH Beschluss vom 21. Januar 2020 - VI ZR 346/18 - NJW-RR 2020, 574 Rn. 9 mwN).

11            b) Gegen diese Pflichten hat das Berufungsgericht verstoßen. Es hat den in erster Instanz hinsichtlich der Hilfsaufrechnung siegreichen Beklagten ausweislich der Terminsniederschrift vom 3. März 2021 erst in dieser mündlichen Berufungsverhandlung darauf hingewiesen, dass es nach dem Vortrag des Beklagten zweifelhaft sein könnte, dass es sich bei dem von ihm geltend gemachten Aufwendungen um nutzlose Aufwendungen handele. Unabhängig davon, ob dieser Hinweis in der mündlichen Verhandlung die Bedenken des Berufungsgerichts gegen die Schlüssigkeit der Hilfsaufrechnung hinreichend konkret dargelegt hat, war dem Beklagten jedenfalls eine sofortige Erklärung dazu in der Sache angesichts des damit verbundenen Rechercheaufwands ersichtlich nicht möglich. Gleichwohl hat das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung geschlossen und einen Verkündungstermin bestimmt. Diese Verfahrensweise findet im Prozessrecht keine Stütze.

12            c) Der Gehörsverstoß ist auch erheblich. Der Beklagte hat mit der Nichtzulassungsbeschwerde in der Sache weiter vorgetragen und ausgeführt, dass sich die Investitionen des Beklagten für Trennwände, Kühlung, Wasseraufbereitung und Stromanschluss bereits innerhalb eines Jahres rentiert hätten. Zudem habe der Kläger die Herausgabe der Transformatorenanlage verweigert, so dass der Beklagte für seinen neuen Betriebsstandort eine neue Anlage habe anschaffen müssen.

13            3. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten und gegebenenfalls Erhebung

der dafür angebotenen Beweise zu einer anderen Beurteilung des Falles gekommen wäre, ist das Urteil in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dose

Klinkhammer

Günter

Botur

Krüger

Vorinstanzen:

LG Bielefeld, Entscheidung vom 02.03.2020 - 6 O 114/19 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 24.03.2021 - I-30 U 54/20 -