



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 76/08

Verkündet am:  
12. August 2009  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 100, 99 Abs. 3

Nach Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruchs schuldet der Mieter im Rahmen der Herausgabe von Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB auch die Auskehr eines durch Untervermietung erzielten Mehrerlöses. Dazu gehört auch eine "Entschädigung", die der Mieter von dem Untermieter als Abfindung für eine vorzeitige Beendigung des Untermietverhältnisses erhalten hat.

BGH, Urteil vom 12. August 2009 - XII ZR 76/08 - OLG Brandenburg  
LG Potsdam

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juni 2009 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, den Richter Fuchs, die Richterin Dr. Vézina und die Richter Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 17. August 2005 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der K. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Schuldnerin). Er verlangt von dem Beklagten Auskehr des Untermietzinses, den dieser nach Beendigung des Hauptmietvertrages mit der Schuldnerin eingenommen hat und Auskehr einer Entschädigung, die der Beklagte für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages von seiner Untermieterin erhalten hat.
  
- 2 Der Beklagte mietete mit Vertrag vom 3. Juni 1991 von der Erbengemeinschaft S. Gewerberäume zu einem Mietzins von 1.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Er vermietete diese Räume mit Untermietvertrag vom 31. Januar 1992 weiter an die B. U. Einzelhandels GmbH (im Folgenden: B. U. GmbH), wozu er gemäß § 4 Ziffer 4 des Mietvertrages berechtigt war. Der monatliche Untermietzins wurde mit 7.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart.

3 In der Folgezeit veräußerte die Erbengemeinschaft das Grundstück an den Kaufmann B., der es im Mai 1997 an die Schuldnerin verkaufte und ihr mit Vereinbarung vom 10. September 1997 sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag mit dem Beklagten abtrat. Gleichzeitig bevollmächtigte er sie, im eigenen Namen für eigene Rechnung sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag einschließlich Kündigungen außergerichtlich und gerichtlich wahrzunehmen.

4 Die Schuldnerin kündigte unter dem 16. Dezember 1997 den Mietvertrag fristlos, hilfsweise zum 30. Juni 1998. Am 1. Februar 1999 wurde sie als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

5 Der im März 1998 von der Schuldnerin erhobenen, dem Beklagten am 15. Mai 1998 zugestellten Räumungsklage, die vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht erfolglos war, gab der Senat mit Urteil vom 11. September 2002 (XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389) statt. Er verurteilte den Beklagten zur Räumung und Herausgabe der Geschäftsräume und stellte fest, dass das Mietverhältnis aufgrund der Kündigung der Schuldnerin vom 16. Dezember 1997 seit dem 1. Juli 1998 nicht mehr besteht.

6 Der Beklagte gab die Geschäftsräume am 31. Mai 2002 an die Schuldnerin zurück. Bis dahin zahlte er an sie den vereinbarten Mietzins von 1.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer monatlich, außer im Monat Juli 1999, in dem er lediglich 700 DM zahlte. Den Untermietvertrag mit der B. U. GmbH beendete er mit Auflösungsvereinbarung vom 22. Dezember 2001 einvernehmlich zum 31. Januar 2002 gegen Erhalt einer Entschädigungssumme von 14.060,53 € (27.500 DM).

7 Die B. U. GmbH zahlte an den Beklagten folgenden Untermietzins: in der Zeit von Juli 1998 bis Mai 1999 monatlich 7.000 DM, von Juni 1999 bis Mai

2001 monatlich 5.600 DM und von Juni 2001 bis Januar 2002 monatlich 2.800 DM. Die zum 1. Februar 2002 fällige Entschädigungssumme erbrachte die B. U. GmbH im Laufe des Jahres 2002.

- 8 Die auf Zahlung der von Juli 1998 bis Dezember 1999 von dem Beklagten eingenommenen Untermietzinsen abzüglich der von ihm an die Schuldnerin gezahlten Mietzinsen (50.362,25 €) gerichtete Klage der Schuldnerin hat das Landgericht abgewiesen. Auf ihre Berufung, mit der sie die Klage auf Zahlung des Untermietzinses auch für die Zeit von Januar 2000 bis Januar 2002 (61.406,16 €) und Herausgabe der Entschädigungszahlung (14.060,53 €) auf insgesamt 111.768,41 € erweitert hat, hat das Oberlandesgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils und Abweisung der erweiterten Klage. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde während des Revisionsverfahrens am 30. November 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger hat den Rechtsstreit aufgenommen.

Entscheidungsgründe:

- 9 Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

- 10 Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, der Beklagte sei verpflichtet, die seit dem Ende des Hauptmietverhältnisses aus dem Untermietvertrag und der Auflösungsvereinbarung vom 22. Dezember 2001 vereinnahmten Beträge

- abzüglich seiner schon geleisteten eigenen Mietaufwendungen - als so genannte mittelbare Sachfrüchte im Sinne von § 99 Abs. 3 i.V.m. § 100 BGB an die Schuldnerin herauszugeben. Für die Zeit vor ihrer Eintragung als neue Eigentümerin im Grundbuch, also bis einschließlich Januar 1999, ergebe sich der Anspruch, zu dessen Geltendmachung sie aufgrund der Abtretungsvereinbarung legitimiert sei, jedenfalls aus § 818 Abs. 1 i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 (und § 398 Satz 2) BGB, danach - ab Februar 1999 - auch aus § 987 Abs. 1 BGB. Diese Ansprüche seien auch nicht durch die mietvertragliche Regelung in § 557 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt: § 546 a BGB) ausgeschlossen.

11 Die Befugnis des Beklagten zur Untervermietung sei mit dem Ende des Mietvertrages am 30. Juni 1998 ebenso entfallen wie jedes andere Nutzungsrecht. Die Gebrauchs- und Verwertungsbefugnis habe ab diesem Zeitpunkt allein der Schuldnerin bzw. ihrem Zedenten zugestanden. Deshalb könne auf die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur unberechtigten Untervermietung während der Laufzeit des Hauptmietvertrages hier nicht zurückgegriffen werden. Es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass die Schuldnerin, wie der Beklagte meine, in die Untervermietung nach dem Wirksamwerden der Kündigung eingewilligt habe.

12 Bei dem Mietüberschuss und der Abfindungssumme, die der Beklagte vereinnahmt habe, handele es sich vielmehr um herausgabepflichtige Nutzungen im Sinne von § 818 Abs. 1 und § 987 Abs. 1 BGB. Zu den Nutzungen eines Mietobjekts gehörten neben den Gebrauchsvorteilen die Mietzinsen als so genannte mittelbare Sachfrüchte (§ 99 Abs. 3 i.V.m. § 100 BGB). Auf den objektiven Mietwert komme es nur für die Bemessung der Gebrauchsvorteile an. Das seien die Vorteile des eigenen Gebrauchs der Sache durch den Besitzer und nicht die Erträge aus Vermietung oder Verpachtung. Der Umfang der herauszugebenden Früchte sei auch nicht durch den Wert der im Wege des Ei-

gengebrauchs erzielbaren Vorteile begrenzt. Für eine solche Beschränkung ergebe sich kein Anhaltspunkt im Gesetz. Vielmehr stelle § 100 BGB die Früchte und die Gebrauchsvorteile selbständig nebeneinander. Nutze der Besitzer die Sache im Wege der Vermietung oder Verpachtung, so beruhen die vom Untervermieter erlangten mittelbaren Früchte auch nicht auf seiner persönlichen Leistung. Die Rechtsmeinung, auf die sich der Beklagte berufe, betreffe die Gebrauchsvorteile, die der Besitzer als Inhaber eines Unternehmens oder einer Freiberuflerpraxis erlangt habe, und sei deshalb auf Fälle der streitgegenständlichen Art nicht übertragbar. Hinsichtlich der Früchte habe der Besitzer der Sache im Ergebnis eine ähnliche Position wie ein Beauftragter. Er müsse alles Erlangte herausgeben.

- 13 Die Verjährungseinrede des Beklagten greife nicht durch. Die Ansprüche, die der Klageerweiterung zugrunde lägen, seien unverjährt. Hinsichtlich der Entschädigungssumme für die vorzeitige Vertragsauflösung sei die dreijährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB frühestens am 31. Dezember 2005 abgelaufen, weil der Anspruch auf Auskehr erst im Jahr 2002 entstanden und damit zur Zahlung fällig geworden sei. Die Verjährung des ältesten mit der Klageerweiterung geltend gemachten Anspruchs auf Herausgabe des Mietüberschusses für Januar 2000 sei rechtzeitig vor ihrem Ablauf am 31. Dezember 2004 nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden. Die Zustellung des klageerweiternden Antrages am 13. Januar 2005 wirke gemäß § 167 ZPO auf das Eingangsdatum bei Gericht, den 23. Dezember 2004, zurück, weil sie demnächst im Sinne des Gesetzes erfolgt sei. Zwischen dem Ablaufdatum der Verjährungsfrist und der Zustellung lägen weniger als zwei Wochen. Da die Klägerin den anspruchsbegründenden Sachverhalt schon in der Eingangsinstanz vollständig vorgetragen und sich eine entsprechende Klageerweiterung mit anwaltlichem Schriftsatz vom 2. November 2004 ausdrücklich vorbehalten habe, sei es un-

schädlich, dass der Anspruchsgrund in der Berufungsschrift nicht dargestellt worden sei.

14            Das Berufungsgericht hat die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bezüglich der Frage zugelassen, ob aus dem Grundsatz, wonach der Vermieter bei unberechtigter Untervermietung während eines bestehenden Hauptmietvertrages keinen gesetzlichen Anspruch auf Herausgabe des vom Mieter durch die Untervermietung erzielten Mehrerlöses hat, folge, dass ein solcher Anspruch auch bei berechtigter Untervermietung nach Beendigung des Hauptmietvertrages nicht bestehe.

## II.

15            Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

16            Im Ergebnis zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger einen Anspruch auf Auskehr der von dem Beklagten nach Beendigung des Hauptmietvertrages ab dem 1. Juli 1998 bis zur Beendigung des Untermietvertrages am 31. Januar 2002 eingenommenen Untermieten abzüglich der von ihm an die Schuldnerin für die Mieträume bezahlten Nutzungsentschädigung und auf Auskehr der für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages erhaltenen Entschädigung hat.

17            1. Der Anspruch ergibt sich allerdings bereits aus §§ 546 Abs. 1 (§ 556 Abs. 1 a.F.), 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB.

18            a) Die Schuldnerin hatte ab Beendigung des Mietvertrages am 1. Juli 1998, die zwischen den Parteien aufgrund des Senatsurteils vom 11. Septem-

ber 2002 (XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389) rechtskräftig feststeht (zur Rechtskrafterstreckung auf den Insolvenzverwalter: MünchKomm/Gottwald ZPO 3. Aufl. § 325 Rdn. 24 m.w.N.), einen Anspruch gegen den Beklagten auf Herausgabe der Mieträume zunächst aus abgetretenem Recht gemäß § 546 Abs. 1 BGB (§ 556 Abs. 1 BGB a.F.) und ab ihrer Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch am 1. Februar 1999 aus eigenem Recht gemäß §§ 566 Abs. 1 (§ 571 Abs. 1 a.F.), 546 Abs. 1 BGB und § 985 BGB.

19            Aufgrund der Abtretungsvereinbarung vom 10. September 1997, mit der der Voreigentümer und Vermieter "alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag" auf die Schuldnerin übertragen hat, stand ihr dieser Anspruch bereits vor ihrer Eintragung als Eigentümerin des Mietgrundstücks im Grundbuch am 1. Februar 1999 zu. Zwar ist die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag in Form eines Vermieterwechsels mangels Zustimmung des Beklagten als Mieter nicht wirksam geworden (Senatsurteil vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389 m.w.N.). Daraus folgt aber nicht gemäß § 139 BGB die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung. Der Vereinbarung ist vielmehr der Wille der Vertragsparteien zu entnehmen, die Schuldnerin solle als Erwerberin des Mietgrundstücks jedenfalls insoweit in die Rechtsstellung des Vermieters eintreten, als dies ohne Zustimmung des Beklagten möglich ist. Das trifft für den Rückgabeanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB zu.

20            Dem Rückgabeanspruch steht nicht entgegen, dass der Beklagte die Räume zunächst berechtigt untervermietet hatte und die Untermieterin möglicherweise aufgrund des Untermietvertrages ein Recht zum Besitz hatte (BGHZ 56, 308; BGH Beschluss vom 22. November 1995 - VIII ARZ 4/95 - NJW 1996, 515, 516). Denn der Beklagte musste nach § 546 Abs. 1 BGB selbst dafür Sorge tragen, dass der unmittelbare Besitzer die Sache an die Schuldne-

rin herausgibt (Scheuer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. V Rdn. 68; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. § 546 Rdn. 35).

21            b) Nach § 292 BGB bestimmt sich, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben hat, von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Nutzungen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Herausgabeansprüche im Sinne des § 292 BGB sind auch vertragliche Ansprüche auf Rückgabe der Mietsache (Palandt/Grüneberg BGB 68. Aufl. § 292 Rdn. 3).

22            Die Schuldnerin hat den ab Beendigung des Mietvertrages am 1. Juli 1998 gegen den Beklagten bestehenden Anspruch auf Rückgabe der Mieträume (§ 546 Abs. 1 BGB) bereits mit der diesem am 15. Mai 1998 zugestellten Klage geltend gemacht. Dem Kläger steht somit der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der von dem Beklagten ab dem 1. Juli 1998 gezogenen Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB zu.

23            c) Zu diesen Nutzungen gehören gemäß §§ 100, 99 Abs. 3 BGB u.a. die mittelbaren Sachfrüchte, d.h. die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Das sind hier die Untermietzinsen, die der Beklagte durch die Untervermietung der herauszugebenden Mieträume tatsächlich erzielt hat (BGH Urteile vom 21. September 2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61 und vom 11. November 1994 - V ZR 116/93 - NJW 1995, 454, 455; zur Herausgabe erzielter Zinsen als Nutzungen des Kapitals: BGHZ 102, 41, 47; 138, 160, 163), und die aufgrund der Vereinbarung über die Auflösung des Untermietvertrages erhaltene Entschädigung.

- 24           Entgegen der Ansicht der Revision sind die herauszugebenden Nutzungen der Höhe nach nicht auf den objektiven Mietwert beschränkt. Dieser ist regelmäßig dann Bemessungsgrundlage, wenn die Nutzungen durch Eigengebrauch gezogen worden sind (BGH Urteil vom 21. September 2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61). Demgegenüber bemisst sich der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten, wie hier der Untermietzinsen und der Entschädigung, gezogen worden sind. Dann sind diese als Ertrag der Nutzung der Mieträume nach §§ 987 Abs. 1, 100, 99 Abs. 3 BGB vollständig abzuführen (BGH Urteile vom 3. Juni 2005 - V ZR 106/04 - NJW-RR 2005, 1542, 1543 und vom 21. September 2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61; Soergel/Stadler BGB 13. Aufl. § 987 Rdn. 17; Scheuer in Bub/Treier aaO Kap. V Rdn. 126; Pietz/Leo in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 16 Rdn. 124; vgl. zur Herausgabe des erzielten Mietzinses nach § 818 BGB: MünchKomm/ Schwab BGB 5. Aufl. § 818 Rdn. 11 ff., 80; Reuter/Martinek Ungerechtfertigte Bereicherung § 15 II 3 b; a.A. OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 596, 597; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 1055).
- 25           Der Herausgabeanspruch umfasst somit auch den über den objektiven Mietwert hinaus von dem Beklagten erzielten höheren Untermietzins und die vereinnahmte Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Kläger diese Nutzungen auch selbst gezogen hätte (Staudinger/Gursky BGB (2006) § 987 Rdn. 9 m.w.N.).
- 26           Der Gewinn fällt allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann nicht unter die herauszugebenden Nutzungen, wenn er nicht aus der herauszugebenden Sache erzielt worden ist, sondern ausschließlich

auf der besonderen Leistung und Fähigkeit des Schuldners beruht (für den Gewinn: aus einem von dem Besitzer erst eingerichteten Betrieb BGHZ 63, 365, 368; aufgrund werterhöhender Investitionen des Schuldners BGHZ 109, 179, 191 und BGH Urteile vom 14. Juli 1995 - V ZR 45/94 - NJW 1995, 2627, 2628 und vom 22. November 1991 - V ZR 160/90 - NJW 1992, 892; bei Rücktritt von einem Kaufvertrag über ein Grundstück mit Gewerbebetrieb BGH Urteil vom 12. Mai 1978 - V ZR 67/77 - NJW 1978, 913; BGHZ 168, 220, 241 ff.).

27            Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Entscheidend für die erzielte Untermiete und Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages sind die unverändert gebliebenen Mieträume. Daneben spielt eine persönliche Geschicklichkeit des Beklagten bei den Verhandlungen eine untergeordnete Rolle (Soergel/Stadler, BGB 13. Aufl. § 987 Rdn. 17).

28            Auch die Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages konnte der Beklagte nur auf der Grundlage des bestehenden Untermietvertrages erzielen. Sie ist deshalb ebenfalls aus der herauszugebenden Sache erzielt worden.

29            2. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die geltend gemachten Ansprüche darüber hinaus auch gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 BGB begründet sind.

30            3. Das Ergebnis steht nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Senats, nach der der Vermieter bei bestehendem Hauptmietvertrag gegen seinen Mieter keinen Anspruch auf Herausgabe des von diesem durch die Untervermietung erzielten Mehrerlöses hat (Senatsurteil BGHZ 131, 297, 304 ff.). In jenem Fall fehlte es aufgrund des bestehenden Hauptmietvertrages bereits an einem Herausgabeanspruch nach §§ 546 Abs. 1, 985 BGB. Auch eine Bereicherung des Mieters auf Kosten des Vermieters schied aus, weil sich der Ver-

mieter durch den Abschluss des Hauptmietvertrages für die Laufzeit des Vertrages der Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeit begeben und diese auf den Mieter übertragen hatte, der deshalb mit der Untervermietung, unabhängig davon, ob er sie berechtigt oder unberechtigt vorgenommen hatte, ein ihm zugewiesenes Geschäft wahrnahm.

31 In diesem entscheidenden Punkt weicht der Fall von dem vorliegenden ab. Während dort nicht der Vermieter, sondern der Mieter zur Nutzung der Mieträume berechtigt war, stand hier nach Beendigung des Mietvertrages der Schuldnerin als Eigentümerin und Vermieterin und nicht dem beklagten Mieter das ausschließliche Recht zur Nutzung der Mieträume zu.

32 4. Zu Recht geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB nicht durch die mietvertragliche Vorschrift des § 546 a (§ 557 Abs. 1 a.F. BGB) verdrängt werden. Zwischen diesen Ansprüchen besteht nach herrschender Meinung Anspruchskonkurrenz (BGHZ 44, 241, BGH Urteil vom 21. Dezember 1988 - VIII ZR 277/87 - NJW 1989, 2133, 2335 für Pachtvertrag; OLG Düsseldorf ZMR 2007, 33; Scheuer in Bub/Treier aaO Kap. V Rdn. 124; Stornel Mietrecht aktuell 4. Aufl. Kap. XIII Rdn. 118 f.; Blank/Börstinghaus, Miete 3. Aufl. § 546 a Rdn. 46 m.w.N.).

33 Soweit die Revision dagegen einwendet, § 546 a BGB (§ 557 Abs. 1 BGB a.F.) wäre überflüssig, wenn er konkurrierende Ansprüche nicht verdränge, hat der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 10. November 1965 (BGHZ 44, 241, 243) dargelegt, dass es keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür gibt, der Gesetzgeber habe mit § 557 BGB a.F. zugleich darüber hinaus gehende Bereicherungsansprüche des Vermieters ausschließen wollen. An dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof auch nach Änderung des § 557 BGB a.F. festgehalten (BGHZ 68, 307).

34            5. Auch soweit die Revision sich darauf beruft, die Ansprüche auf Zahlung der Untermietzinsen und der Entschädigung seien verjährt, bleibt ihr der Erfolg versagt.

35            a) Es kann offen bleiben, ob die Ansprüche auf Auskehr der vom 1. Juli 1998 bis 31. Dezember 1999 gezogenen Nutzungen, die mit der am 15. Dezember 2003 bei Gericht eingegangenen und dem Beklagten am 16. Januar 2004 zugestellten Klage geltend gemacht worden sind, am 15. Dezember 2003, dem Zeitpunkt, auf den die Zustellung vom 16. Januar 2004 gemäß § 167 ZPO zurückwirkt, bereits verjährt waren. Denn aus dem Berufungsurteil ergibt sich nicht, dass der Beklagte in den Tatsacheninstanzen gegenüber diesen Ansprüchen die Einrede der Verjährung erhoben hat. Der Beklagte macht auch nicht geltend, sich in den Tatsacheninstanzen insoweit auf die Einrede der Verjährung berufen zu haben. Die Verjährungseinrede kann aber im Revisionsrechtszug nicht erstmals erhoben werden (BGHZ 1, 234, 239; BGH Urteile vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01 - NJW-RR 2004, 275, 276 und vom 5. Dezember 2008 - V ZR 144/07 - NJW 2009, 673, 674).

36            b) Entgegen der Ansicht der Revision sind die mit der Berufungsschrift - ohne weitere Erläuterung - im Wege der Klageerweiterung von der Schuldnerin geltend gemachten Ansprüche auf Auskehr der in der Zeit vom 1. Januar 2000 bis Januar 2002 vereinnahmten Untermietzinsen und der 2002 erhaltenen Entschädigung gegen die der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat, nicht verjährt.

37            Die Verjährungsfrist richtet sich gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB grundsätzlich nach dem aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. November 2001 seit dem 1. Januar 2002 geltenden Recht. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre. Sie be-

ginnt aber, weil sie kürzer ist als die nach § 197 BGB a.F. bis zum 31. Dezember 2001 geltende Frist von vier Jahren, mit dem Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Januar 2002 zu laufen (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB) und endet demzufolge erst mit Ablauf des 31. Dezember 2004. Weil die nach altem Recht geltende Verjährungsfrist von vier Jahren auch für die ältesten Ansprüche aus 2000 (Beginn nach § 201 BGB a.F. mit dem Schluss des Jahres 2000) ebenfalls erst mit Ablauf des 31. Dezember 2004 und somit nicht früher abläuft, bleibt es bei der Anwendung des neuen Rechts (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 2 EGBGB; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 179, 361).

38

Die mit der Klageerweiterung geltend gemachten ältesten Ansprüche auf Herausgabe der im Jahr 2000 gezogenen Nutzungen wären somit gemäß § 195 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB erst Ende des Jahres 2004 verjährt. Durch die Zustellung der Klageerweiterung an den Beklagten am 13. Januar 2005, die gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht, den 23. Dezember 2004, zurückwirkt, ist die Verjährung rechtzeitig vor ihrem Ablauf gehemmt worden. Die Klageerweiterung erfüllt, entgegen der Ansicht der Revision, auch die Anforderungen an eine wirksame Klage (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Klageerweiterung - unter Berücksichtigung des bereits in erster Instanz erfolgten substantiierten Vortrags der Schuldnerin zu diesen Ansprüchen - in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgelegt, dass sie den Untermietzins für den noch nicht geltend gemachten Zeitraum vom 1. Januar 2000 bis Januar 2002 und die Entschädigungszahlung umfasst. Dieser Inhalt der Klageerweiterung ergibt sich auch aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, auf das die Berufungsschrift Bezug nimmt und in dem die von dem Kläger behaupteten Forderungen, die Gegenstand des Klageerweiterungsantrags sind, im Einzelnen dargelegt werden. Der Beklagte konnte deshalb den Gegenstand der Klageerweiterung aus der Berufungsschrift

hinreichend deutlich erkennen. Damit waren die Anforderungen an eine wirksame Klage erfüllt.

Hahne

Fuchs

Vézina

Dose

Klinkhammer

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 17.11.2004 - 8 O 69/04 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 17.08.2005 - 3 U 212/04 -