

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Hahne und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 26. März 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Anschlußberufung der Kläger zurückgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind im Wege der Erbfolge Eigentümer eines in W. im Gebiet der ehemaligen DDR gelegenen Hausgrundstücks geworden. Das Hausgrundstück unterlag nach DDR-Recht der staatlichen Verwaltung. Auf dem Nachbargrundstück betrieb der Rat der Stadt W. eine Kinderkrippe. Um die Kinderkrippe erweitern zu können, schloß er am 8. August 1955 mit dem damaligen staatlichen Verwalter einen Mietvertrag über das Grundstück der Kläger ab. In den folgenden Jahren führte die Stadt W. auf dem Grundstück der Kläger verschiedene Baumaßnahmen durch. Unter anderem wurden eine Abwassersammelgrube, eine Heizungsanlage mit Schornstein und eine Garage errichtet. Die

Heizungsanlage versorgte zugleich die auf dem Nachbargrundstück befindliche Kinderkrippe mit Wärme.

Nachdem die staatliche Verwaltung über das Grundstück der Kläger aufgehoben worden war, kündigten beide Vertragsparteien das Mietverhältnis, die Kläger durch Schreiben eines von ihnen bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 7. April 1994 zum 30. Juni 1994, die Beklagte mit Schreiben vom 31. Mai 1994 zum 31. August 1994.

Anschließend korrespondierten die Parteien unter anderem über das Verlangen der Kläger, den ursprünglichen baulichen Zustand wiederherzustellen. Anfang 1995 ließ die Beklagte das auf dem Nachbargrundstück befindliche Gebäude, in dem die Kinderkrippe betrieben wurde, an das Fernwärmenetz anschließen. Am 8. Mai 1995 übergab die Beklagte dem Bevollmächtigten der Kläger die Schlüssel zu dem Mietobjekt. Die Kläger vertraten jedoch die Auffassung, die Beklagte habe das Hausgrundstück nicht vollständig geräumt, weil sie den ursprünglichen Zustand nicht wiederhergestellt und die Umbaumaßnahmen nicht beseitigt habe.

Die Kläger haben Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Räumung zu verurteilen, hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an sie 60.000 DM Schadensersatz und eine Nutzungsentschädigung von 8.292,56 DM zu zahlen. Sie haben behauptet, zur Beseitigung auch nur eines Teils der von der Beklagten vorgenommenen Veränderungen sei ein Kostenaufwand von mindestens 60.000 DM erforderlich. Später haben sie den auf 3.000 DM ermäßigten Antrag auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung zum Hauptantrag gemacht.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die Kläger zur Beseitigung baulicher Veränderungen jedenfalls nicht mehr als 60.000 DM beanspruchen könnten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte zur Räumung verurteilt und die Widerklage als unzulässig abgewiesen. Die Entscheidung über den Antrag auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Gegen dieses Teilurteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, die Kläger haben Anschlußberufung eingelegt mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 89.033,40 DM zu verurteilen und festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihnen die darüber hinausgehenden Kosten für den Abriß und die Entsorgung des Heizhausanbaus einschließlich aller dazugehörigen Versorgungsleitungen, der Feuernotausgangstreppe und der Unterstellhalle für Kinderwagen zu erstatten, soweit die 89.033,40 DM nicht ausreichend seien.

Das Berufungsgericht hat den Räumungsanspruch unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abgewiesen und die Anschlußberufung der Kläger zurückgewiesen. Die Entscheidung des Landgerichts über die Widerklage hat es aufgehoben mit der Begründung, das Landgericht habe insofern in unzulässiger Weise über einen nicht zur Entscheidung gestellten Antrag entschieden. Es habe sich um eine Eventualwiderklage gehandelt und die Voraussetzungen für eine Befassung mit ihr hätten nicht vorgelegen.

Mit ihrer Revision haben die Kläger den Räumungsanspruch und die mit der Anschlußberufung geltend gemachten Ansprüche weiterverfolgt. Der Senat hat die Revision nur angenommen, soweit die Anschlußberufung der Kläger



zurückgewiesen worden ist. Im übrigen - wegen des Räumungsanspruchs - hat er die Annahme der Revision abgelehnt.

Entscheidungsgründe:

Soweit das Berufungsgericht die Anschlußberufung der Kläger zurückgewiesen hat, führt die Revision zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Mit der Anschlußberufung machen die Kläger - zum Teil im Wege einer Zahlungsklage, zum Teil im Wege einer Feststellungsklage - Schadensersatzansprüche geltend mit der Begründung, die Beklagte habe nach Beendigung des Mietverhältnisses von ihr vorgenommene bauliche Veränderungen nicht beseitigt. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, die Begründetheit dieser Ansprüche sei gemäß Art. 232 § 2 Abs. 1 EGBGB nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen, nicht nach dem Recht der ehemaligen DDR (§ 112 ZGB). Danach müsse der Mieter grundsätzlich von ihm vorgenommene bauliche Veränderungen am Ende der Mietzeit beseitigen, unabhängig davon, ob der Vermieter zugestimmt habe. Wenn erhebliche Kosten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes aufgewendet werden müßten, sei dies eine Hauptpflicht des Mieters. Davon sei im vorliegenden Fall auszugehen, weil der von den Klägern behauptete Kostenaufwand von mindestens 89.033,40 DM vier Monatsmieten erheblich übersteige und auch im Verhältnis zu dem auf die gesamte Mietlaufzeit entfallenden Mietzins nicht als unerheblich angesehen werden könne. Ein auf eine Geldleistung gerichteter Schadensersatzanspruch könne sich deshalb in diesem Zusammenhang nur aus § 326 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift könne der Gläubiger Schadensersatz nur

verlangen, wenn der Schuldner mit den ihm obliegenden Leistungen in Verzug geraten sei und der Gläubiger ihm zur Erfüllung erfolglos eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung gesetzt habe, nach fruchtlosem Ablauf der Frist werde er die Annahme der Leistung ablehnen. Es sei erforderlich, daß die vom anderen Teil geschuldete Leistung genau bezeichnet werde. Aus dem Vortrag der Kläger sei aber nicht zu entnehmen, daß sie der Beklagten die ihrer Ansicht nach erforderlichen Arbeiten abschließend mitgeteilt und eine Frist zur Vornahme bestimmter Arbeiten gesetzt hätten. Keines der von den Klägern vorgelegten Schreiben bezeichne eine konkrete Leistung, deren Erfüllung die Kläger unter Fristsetzung von der Beklagten verlangten.

Da die mit der Anschlußberufung geltend gemachte Klageforderung schon aus diesem Grunde unbegründet sei, könne offen bleiben, ob die Beklagte zu Recht die Einrede der Verjährung erhoben habe.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Überprüfung stand.

2. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB stellt das Berufungsgericht ausschließlich darauf ab, ob die Kläger der Beklagten mit Ablehnungsandrohung eine Nachfrist zur Beseitigung der baulichen Veränderungen gesetzt haben. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang entscheidungserheblichen Vortrag der Kläger nicht berücksichtigt hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist nämlich eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung des Anspruchs ernsthaft und endgültig verweigert hat und wenn deshalb eine Fristsetzung eine reine Förmerei wäre (BGHZ 49, 56, 59; Senatsurteil vom 19. November 1997 - XII ZR 281/95 - NJW 1998, 1303, 1304 m.w.N.). Die Kläger haben - wie die Revision zu Recht rügt - unter Be-

weisantritt vorgetragen, gegenüber ihrem Bevollmächtigten habe die Beklagte unmißverständlich zu verstehen gegeben, daß sie auf die Forderungen der Kläger nicht eingehen werde; sie habe die Kläger auf den Rechtsweg verwiesen.

Damit haben die Kläger eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch die Beklagte dargelegt. Das Berufungsgericht hätte zu diesem Vortrag der Kläger Feststellungen treffen müssen. Schon deshalb kann die Entscheidung mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

3. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO). Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um beurteilen zu können, ob den Klägern möglicherweise aus einem anderen Grunde kein Anspruch auf Beseitigung der baulichen Veränderungen zugestanden hat, der sich nach § 326 Abs. 1 BGB in einen Schadensersatzanspruch verwandelt haben könnte, und ob die Entscheidung des Berufungsgerichts deshalb im Ergebnis richtig ist. Das Berufungsgericht leitet einen solchen Beseitigungsanspruch aus § 556 BGB her. Es ist richtig, daß nach dieser Vorschrift der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet ist, Einrichtungen, mit denen er die Mietsache versehen hat, zu beseitigen, und zwar jedenfalls im Regelfall selbst dann, wenn der Vermieter der Errichtung zugestimmt hat (vgl. Palandt/Putzo, BGB 58. Aufl. § 556 Rdn. 4 m.N.). Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist § 556 BGB im vorliegenden Fall jedoch nicht anwendbar. Ob die Beklagte verpflichtet ist, von ihr während der Mietzeit vorgenommene bauliche Veränderungen rückgängig zu machen, richtet sich vielmehr nach DDR-Recht. Der von dem Berufungsgericht herangezogene Art. 232 § 2 Abs. 1 EGBGB ordnet nur an, daß bestehende Mietverhältnisse sich vom 3. Oktober 1990 an nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch richten.

Das bedeutet, daß das neue Recht für die nach dem Wirksamwerden des Beitritts entstandenen Rechte und Pflichten heranzuziehen ist. Dagegen sind vor dem Beitritt abgeschlossene Sachverhalte nach dem damals in der DDR geltenden Recht zu beurteilen. Das gilt auch für die Ersatzfähigkeit von vor dem Beitritt vorgenommenen baulichen Investitionen. Dies hat der Bundesgerichtshof zu der gleich gelagerten Vorschrift des Art. 232 § 3 Abs. 1 BGB bereits entschieden (BGHZ 134, 170, 175 m.N.). Art. 232 § 3 Abs. 1 EGBGB ordnet inhaltlich dieselbe Regelung für Pachtverträge an, die der hier einschlägige Art. 232 § 2 Abs. 1 EGBGB für Mietverträge anordnet. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung dafür, in diesem Punkt Mietverträge anders zu behandeln als Pachtverträge. Eine andere Auslegung von Art. 232 § 2 EGBGB liefe auf eine verfassungsrechtlich unzulässige echte Rückwirkung der Norm hinaus (BGHZ aaO S. 175 m.N., auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Bis zum Beitritt waren Ansprüche des Vermieters auf Beseitigung von baulichen Veränderungen nach § 112 ZGB zu beurteilen. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Wohnraummietvertrag oder um einen Gewerberaummietvertrag handelte. Zwar betrifft § 112 ZGB seinem Wortlaut nach nur die Wohnraummiete. Die Vorschrift ist jedoch auf die Gewerberaummiete entsprechend anwendbar (§ 131 ZGB; vgl. BGHZ aaO S. 176).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die baulichen Veränderungen vor oder nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches im Jahre 1976 vorgenommen worden sind. Art. 232 § 2 EGBGB ist eine Norm des intertemporalen Rechts und regelt deshalb nur, ob für einen bestimmten Sachverhalt das Recht der DDR anzuwenden ist oder das ab dem Beitritt geltende Recht der Bundesrepublik. Soweit eine solche Norm des intertemporalen

Rechts - wie im vorliegenden Fall - auf das DDR-Recht verweist, verweist sie auf das unmittelbar vor dem Beitritt in der DDR geltende Recht. Dagegen können durch Art. 232 § 2 EGBGB nicht etwa Ansprüche wieder in Kraft gesetzt werden, die möglicherweise vor der Geltung des Zivilgesetzbuches bestanden haben, mit dessen Einführung aber entfallen sind. Aus § 2 Abs. 2 Satz 2 EGZGB-DDR ergibt sich, daß sich Ansprüche des Vermieters auf Beseitigung baulicher Veränderungen am Ende der Mietzeit nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches auch dann, wenn die Mietverträge vorher geschlossen worden waren, nur noch nach § 112 ZGB richten sollten (BGHZ aaO S. 176; Kommentar zum ZGB, herausgegeben vom Ministerium der Justiz der DDR, 1985 § 2 EGZGB Anm. 2.3. e). Eine (weiter geltende, vgl. BGHZ 127, 297, 312 f.) vertragliche Regelung, daß der Mieter bauliche Veränderungen nach Beendigung des Mietverhältnisses zu beseitigen habe, enthält der Mietvertrag der Parteien nicht.

4. Nach § 112 Abs. 2 ZGB kommt ein Anspruch des Vermieters auf Beseitigung baulicher Veränderungen nur in Betracht, wenn diese ohne seine Zustimmung vorgenommen worden sind. Auch wenn die Zustimmung des Vermieters nicht erteilt worden ist, entfällt die Pflicht des Mieters zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, wenn die baulichen Veränderungen zu einer Verbesserung geführt haben, "die im gesellschaftlichen Interesse liegt". In diesem Falle war der Vermieter nach § 111 ZGB verpflichtet, die Zustimmung zu erteilen, und seine Zustimmung hätte auf Antrag des Mieters durch eine Entscheidung des Gerichts ersetzt werden können. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine Feststellungen dazu getroffen, ob der für die Vermieter handelnde staatliche Verwalter den von der Beklagten vorgenommenen Baumaßnahmen zugestimmt hat und ob die baulichen Veränderungen zu einer Verbesserung des Mietobjekts im Sinne des § 112

Abs. 2 ZGB geführt haben. Auch der Vortrag der Parteien hierzu ist lückenhaft. Es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, daß die durchgeführten Baumaßnahmen notwendig waren, um das angemietete Hausgrundstück als Erweiterung der Kinderkrippe nutzen zu können und daß sie deshalb "im gesellschaftlichen Interesse" lagen.

5. Falls ein Anspruch auf Beseitigung nach § 112 Abs. 2 ZGB bestanden haben sollte, wäre er nicht durch § 15 Schuldrechtsanpassungsgesetz entfallen. Es handelt sich um einen Mietvertrag gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 Schuldrechtsanpassungsgesetz. Auf solche Verträge findet dieses Gesetz nur Anwendung, wenn der Mieter Baumaßnahmen im Sinne der §§ 45, 50 Schuldrechtsanpassungsgesetz vorgenommen hat. Handelt es sich dagegen wie im vorliegenden Falle um Baumaßnahmen geringeren Umfangs - allenfalls die Errichtung untergeordneter Nebengebäude -, bleibt die bisherige vertragliche Grundlage unverändert (MünchKomm-BGB/Kühnholz, 3. Aufl., Schuldrechtsanpassungsgesetz § 43 Rdn. 2, 8, 14; Schnabel, Kommentar zum Schuldrechtsanpassungsgesetz, 1995, § 45 Anm. 1). Um- und Ausbaumaßnahmen an einem vertraglich zur Nutzung übergebenen Gebäude reichen grundsätzlich nicht aus (Rövekamp, Schuldrechtsanpassung, 1997, Rdn. 671).

6. Die Frage, ob den Klägern ein Beseitigungsanspruch zugestanden hat und ob er sich nach § 326 Abs. 1 BGB in einen Zahlungsanspruch verwandelt hat, kann auch nicht offen bleiben mit der Begründung, gegenüber einem etwa bestehenden Zahlungsanspruch habe die Beklagte zumindest zu Recht die Einrede der Verjährung erhoben. Auch hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine Feststellungen getroffen. Nach dem gemäß Art. 232 § 2 Abs. 1 EGBGB anwendbaren § 558 Abs. 1 BGB verjähren Ansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechte-

rungen der gemieteten Sache in sechs Monaten, beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Sache zurückerhält. Der kurzen Verjährung unterfallen auch sowohl der Wiederherstellungsanspruch als auch der wegen Nichterfüllung dieses Anspruchs nach § 326 BGB entstehende Schadensersatzanspruch (BGHZ 107, 179, 182; Senatsurteil BGHZ 128, 74, 79). Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs beginnt frühestens mit seiner Entstehung (§ 198 BGB), d.h., wenn sich der auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gerichtete Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt hat (BGHZ 107 aaO S. 184). Ist dagegen der Erfüllungsanspruch verjährt, bevor die Voraussetzungen für seine Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch eingetreten sind, kann ein Schadensersatzanspruch nicht mehr entstehen, weil der Schuldner nach Eintritt der Verjährung gegenüber dem Erfüllungsanspruch ein Leistungsverweigerungsrecht hat und sich von da an nicht mehr im Verzug befindet (Senatsurteil vom 9. Juli 1992 - XII ZR 268/90 - WM 1992, 1853, 1856).

Im vorliegenden Fall ist außerdem zu beachten, daß eine Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nach § 326 Abs. 1 BGB in Betracht kommt, weil die Beklagte - nach dem Vortrag der Kläger - die Erfüllung endgültig und ernsthaft verweigert hat. Ein solches Verhalten des Schuldners führt aber nicht ohne weiteres zu der Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch. Der Gläubiger kann vielmehr wählen, ob er weiterhin Erfüllung verlangen oder zum Schadensersatz übergehen will (BGH, Urteile vom 12. Juli 1995 - VIII ZR 219/94 - NJW-RR 1995, 1327, 1329; vom 11. Mai 1988 - VIII ZR 138/87 - NJW-RR 1988, 1100; Palandt/Heinrichs aaO § 326 Rdn. 22). Der Gläubiger muß in einem solchen Falle durch eine gestaltende Erklärung die Umwandlung herbeiführen.

Es ist bereits ausgeführt, daß das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob und wenn ja zu welchem Zeitpunkt die Beklagte die Erfüllung des Beseitigungsanspruchs endgültig verweigert hat. Es hat sich auch nicht mit der Frage befaßt, zu welchem Zeitpunkt die Kläger aufgrund einer solchen Weigerung der Beklagten zum Schadensersatzanspruch übergegangen sind. Deshalb kann aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beurteilt werden, ob der Herstellungsanspruch schon verjährt war, bevor er sich in einen Schadensersatzanspruch umwandeln konnte, und von welchem Zeitpunkt an die Verjährung des Schadensersatzanspruchs zu laufen begonnen hat. Möglicherweise ist die Frage der Verjährung unterschiedlich zu beurteilen bezüglich einerseits der 60.000 DM, die schon in dem von den Klägern in der Klageschrift gestellten Hilfsantrag enthalten waren, und andererseits der späteren Erhöhung um 29.033,40 DM und der Feststellungsklage.

7. Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit es - evtl. nach ergänzendem Vortrag der Parteien - die notwendigen Feststellungen nachholen kann.

Blumenröhr

Krohn

Bundesrichter Dr. Zysk ist im Urlaub
und verhindert zu unterschreiben.

Blumenröhr

Hahne

Gerber