

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 173/94

Verkündet am:  
24. Mai 1995  
Küpferle  
Jutizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

<sup>MS</sup>  
C [REDACTED] C [REDACTED] - M [REDACTED] - S [REDACTED] GmbH, vertreten durch die  
Geschäftsführer Friedrich W. H [REDACTED] und Siegfried  
H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und [REDACTED] -

gegen

Heinz N [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Gerber und Sprick

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Juni 1994 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte mietete am 11. Oktober 1990 bis zum 31. Oktober 1995 Räume von insgesamt 168 qm in D. zum Betriebe eines Büros. Der zugrundeliegende Formularvertrag enthielt folgende Klausel:

Untervermietung oder sonstige Gebrauchsüberlassung an Dritte darf nur mit schriftlicher Einwilligung des Vermieters erfolgen. Die Einwilligung kann widerrufen werden. Die Anwendung des § 549 BGB, Abs. 1, 2. Hauptsatz, ist ausgeschlossen.

Anfang 1992 erstrebte die Beklagte wegen einer Umstrukturierung des Unternehmensverbandes, dem sie angehörte, die Lösung des Mietverhältnisses, der der Kläger aber nur gegen eine Abfindung in Höhe der Jahresmiete zustimmen wollte. In den weiteren Verhandlungen bat die Beklagte um die Erlaubnis zur Untervermietung, wobei sie anbot, daß der Kläger sich über die Akzeptanz des potentiellen Untermieters ein eigenes Bild machen könne und eine etwaige höhere Miete an ihn weitergegeben würde. Der Kläger teilte mit Schreiben vom 6. Februar 1992 u.a. mit:

Ich als Vermieter erteile diese Einwilligung nicht und werde sie auch niemals erteilen.

Eine Verhandlung mit Maklern oder sonstigen Interessenten lehne ich ab. An dieser Ablehnung wird sich unter keinen Umständen etwas ändern.



Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 19. Februar 1992 das Mietverhältnis zum 30. Juni 1992. Die Schlüsselübergabe erfolgte am 1. Juli 1992. Ab 1. August 1992 wurden die Räume anderweitig vermietet.

Mit der im Juni 1992 erhobenen Klage beantragte der Kläger zunächst die Feststellung, daß das Mietverhältnis durch die Kündigung der Beklagten nicht beendet sei. Diesen Feststellungsantrag erklärten die Parteien übereinstimmend für erledigt. Der Kläger machte den Mietzins für Juli 1992 geltend und beantragte, die Beklagte zur Zahlung von 4.211 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht wies die Klage ab, weil die eingangs angeführte Klausel des Formularmietvertrages gemäß § 9 AGBG unwirksam und die Kündigung der Beklagten daher gerechtfertigt sei. Auf die Berufung des Klägers änderte das Oberlandesgericht dieses Urteil ab und erkannte wie folgt:

Es wird festgestellt, daß der Rechtsstreit hinsichtlich des ursprünglichen Feststellungsantrages des Klägers in der Hauptsache erledigt ist.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 3.759,45 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 5. Juli 1992 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Wie der Senat in seinem (gleichzeitig verkündeten) Urteil vom 24. Mai 1995 (XII ZR 172/94 - zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) im einzelnen dargelegt hat, ist der formularmäßige Ausschluß des Sonderkündigungsrechts des Mieters von Geschäftsräumen nach Versagung der Erlaubnis zur Untervermietung (§ 549 Abs. 1 Satz 2 BGB) gemäß § 9 AGBG unwirksam, wenn eine Untervermietung nach der Vertragsgestaltung nicht ausgeschlossen ist, aber der Vermieter die erforderliche Erlaubnis nach Belieben verweigern kann. Danach steht der Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 19. Februar 1992 Satz 3 der oben wiedergegebenen Mietvertragsklausel grundsätzlich nicht entgegen. Da das Berufungsgericht einen anderen Rechtsstandpunkt eingenommen hat, kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

2. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten ist aber weiter, daß der Kläger als Verwender des Vertragsformulars (§§ 1 Abs. 1 Satz 1, 9 Abs. 1 AGBG) anzusehen ist. Dazu hat das Berufungsgericht bisher keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Seine Auffassung, die Rolle des Verwenders sei der Partei zuzuweisen, zu deren Gunsten sich die vorformulierte Regelung jeweils auswirke, ist rechtlich nicht haltbar, wie der Senat in dem bereits angeführten Urteil vom 24. Mai 1995 ebenfalls dargelegt hat. Die Sache muß zur weiteren Aufklärung dieses Punktes

an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Wenn nicht auszuschließen ist, daß die Beklagte selbst die Verwendung des Vertragsformulars veranlaßt hat, kann sie sich auf den Schutz des Gesetzes nicht berufen; sie trägt die Beweislast für die Verwendereigenschaft des Klägers.

3. Weiter macht die Revision zu Recht geltend, daß dann, wenn die Kündigung der Beklagten nicht schon aus anderen Gründen berechtigt ist, dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten nachzugehen ist, der Kläger habe eine am 15. Januar 1992 gegebene Zusage, sie bei Stellung eines akzeptablen Nachmieters aus dem Vertrag zu entlassen, später einseitig widerrufen. Bei Erweislichkeit dieses Vortrages wäre das Verhalten des Klägers nämlich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung (§ 554a BGB) zu würdigen, was bisher nicht geschehen ist.

4. Die bereits in erster Instanz abgegebene übereinstimmende Erledigterklärung der Parteien hinsichtlich des ursprünglich erhobenen Feststellungsbegehrens des Klägers hatte zur Folge, daß insoweit die Rechtshängigkeit beendet wurde und gemäß § 91a ZPO nur noch über die Kostenfrage zu entscheiden war (vgl. BGHZ 106, 359, 366 m.w.N.). Soweit der Kläger nach dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils dennoch beantragt hat, die Erledigung im Urteil auszusprechen, zielte der Antrag offenbar auf eine entsprechende Klarstellung ab, die zwar nicht notwendig, aber auch nicht als unzulässig anzusehen ist (vgl. Thomas/Putzo ZPO 19. Aufl. § 91a Rdn. 25; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 53. Aufl. § 91a Rdn. 111). Im Hinblick darauf, daß das Landgericht eine solche Klarstellung nicht getroffen und

seine Kostenentscheidung nicht, wie geboten, teilweise auf § 91a ZPO gestützt hat, hat das Berufungsgericht Anlaß gesehen, in seinen Entscheidungssatz eine entsprechende Klarstellung aufzunehmen. Eine förmliche Feststellung der Erledigung, wie sie getroffen worden ist, ist aber nur bei einer - hier nicht vorliegenden - einseitigen Erledigterklärung des Klägers vorzunehmen (vgl. Thomas/Putzo aaO § 91a Rdn. 32). Der Kläger hatte eine solche auch nicht beantragt, sondern nur den Ausspruch, daß die Hauptsache insoweit erledigt sei. Aufgrund der jetzt gegebenen Sachlage erscheint zweckmäßig, in der erneuten Entscheidung den erledigten Teil des Rechtsstreits lediglich in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Weise zu berücksichtigen, daß über die insoweit angefallenen Kosten gemäß § 91a ZPO entschieden wird.

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Gerber

Sprick