

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Hahne, Gerber und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 33. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. Juni 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen die Klageabweisung wegen eines Anspruchs auf Zahlung von 45.699,35 DM (zuzüglich Zinsen) zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1985 mietete die Klägerin von einer Betriebsgesellschaft - der Generalmieterin - 155 qm große gewerbliche Räume im Erdgeschoß eines Parkhauses. Der Mietvertrag erlaubte die Untervermietung. 1987 vermietete die Klägerin die Räume weiter an den Beklagten. Dieser Untermietvertrag enthält nicht die Erlaubnis zu einer weiteren Untervermietung. Dennoch schloß der Beklagte mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts einen Vertrag, der die Untervermietung

einer Teilfläche von ca. 40 qm der von dem Beklagten gemieteten Räume an diese Gesellschaft enthält.

Wegen dieser unerlaubten Untervermietung kündigte die Klägerin den Mietvertrag mit dem Beklagten fristlos zum 20. Januar 1991.

Da der Beklagte die Kündigung nicht akzeptieren wollte, erhob die Klägerin Räumungsklage. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts B. vom 9. September 1992 wurde der Beklagte zur Räumung und Herausgabe an die Klägerin verurteilt mit der Begründung, der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag sei durch die von der Klägerin erklärte fristlose Kündigung beendet worden. Daraufhin räumte der Beklagte die von ihm innegehabte Teilfläche am 31. Oktober 1992. Bis zu diesem Zeitpunkt zahlte er monatlich die als Mietzins für die Gesamtfläche vereinbarten 1.360 DM. Gegen die Untermieterin des Beklagten mußte die Klägerin anschließend einen weiteren Räumungsprozeß führen.

Wegen der nicht fristgerechten Räumung macht die Klägerin mit der Klage für die Zeit vom 20. Januar 1991 bis zum 31. Oktober 1992 einen Anspruch auf Zahlung von 131.118 DM (zuzüglich Zinsen) geltend. Sie stützt diesen Anspruch in erster Linie darauf, daß sie einen Mietinteressenten an der Hand gehabt habe, der bereit gewesen sei, die Räume ab dem 20. Januar 1991 für 7.500 DM monatlich anzumieten. Hilfsweise macht sie geltend, die ortsübliche Miete habe 3.500 DM monatlich betragen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Der Senat hat die Revision, mit der die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiterverfolgt, angenommen, soweit die Klägerin für die Zeit vom 20. Januar 1991 bis zum 31. Oktober 1992 mit ihrem Hilfsantrag die Diffe-

renz zwischen der gezahlten Miete (monatlich 1.360 DM) und der nach der Behauptung der Klägerin ortsüblichen Miete (monatlich 3.500 DM) geltend macht. Im übrigen hat der Senat die Revision nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Soweit die Revision angenommen worden ist, führt sie zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne für die Zeit zwischen dem Wirksamwerden der von ihr ausgesprochenen fristlosen Kündigung - also der Beendigung des Mietverhältnisses - und der Räumung durch den Beklagten als Nutzungsentschädigung nicht den ortsüblichen Mietzins verlangen. Zwar bestimme § 557 Abs. 1 BGB, daß der Vermieter von Räumen in einem solchen Falle anstelle des vereinbarten Mietzinses den Mietzins verlangen könne, der für vergleichbare Räume ortsüblich sei. Der Beklagte habe aber während der gesamten streitigen Zeit - bis zur Räumung zum 31. Oktober 1992 - den vereinbarten Mietzins regelmäßig weitergezahlt und die Klägerin habe diese Zahlungen entgegengenommen, ohne darauf hinzuweisen, sie behalte sich vor, nach der fristlosen Kündigung den ortsüblichen Mietzins zu verlangen. In einem solchen Falle könne der Vermieter nicht nachträglich - für die Vergangenheit - zu dem erhöhten Anspruch auf Zahlung des ortsüblichen Mietzinses übergehen.



Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

2. Das Berufungsgericht folgt allerdings einer in der Literatur verbreitet vertretenen Ansicht. Danach soll der Vermieter, wenn der Mieter ihm nach Beendigung des Mietverhältnisses Räume vorenthält, nach § 557 Abs. 1 Satz 1 1. Halbs. BGB zunächst lediglich einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe des bisher vereinbarten Mietzinses haben. § 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB räume ihm lediglich eine sogenannte Ersetzungsbefugnis - ein Gestaltungsrecht - ein. Der Vermieter müsse dieses Gestaltungsrecht durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ausüben und auf diese Weise den Anspruch auf Zahlung des bisherigen Mietzinses umgestalten in einen Anspruch auf Zahlung des ortsüblichen Mietzinses (Staudinger/Sonnenschein, BGB-Bearbeitung 1995 § 557 Rdn. 39 ff.; Soergel/Heintzmann, BGB 12. Aufl. § 557 Rdn. 17; MünchKomm-BGB/Voelskow, 3. Aufl. § 557 Rdn. 12; RGRK-BGB/Gelhaar, 12. Aufl. § 557 Rdn. 14; Erman/Jendrek, BGB 9. Aufl. § 557 Rdn. 9; Palandt/Putzo, BGB 58. Aufl. § 557 Rdn. 9; Scheuer in Bub/Treier, Handbuch 3. Aufl. V Rdn. 107; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 7. Aufl. § 557 Rdn. 23 ff.; Stornel, MietR 3. Aufl. IV 671).

Während einige Autoren annehmen, die Gestaltungserklärung wirke grundsätzlich nur für die Zukunft (so z.B. jeweils aaO Staudinger/Sonnenschein m.w.N. in Rdn. 41, Emmerich/Sonnenschein und MünchKomm-BGB/Voelskow), wollen andere auch eine rückwirkende Gestaltung zulassen, jedoch nicht für solche Zeiträume, für die der bisher vereinbarte Mietzins von dem Mieter gezahlt und von dem Vermieter vorbehaltlos entgegengenommen worden ist. In diesem Falle sei nämlich der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung vor der Umgestaltung durch Erfüllung erloschen und könne

deshalb nicht mehr modifiziert werden (so z.B. Scheuer in Bub/Treier und Palandt/Putzo aaO).

3. Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Sie beruht auf einem falschen Verständnis des § 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB. Der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe des ortsüblichen Mietzinses entsteht nicht erst durch eine rechtsgestaltende Willenserklärung des Vermieters. Werden dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses von dem Mieter Räume vorenthalten, hat er vielmehr von vornherein einen Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung mindestens in Höhe des vereinbarten Mietzinses (§ 557 Abs. 1 Satz 1 1. Halbs. BGB) oder, wenn der ortsübliche Mietzins höher ist, einen Anspruch auf den ortsüblichen Mietzins (§ 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB). Zahlt der Mieter den vereinbarten Mietzins weiter und ist der ortsübliche Mietzins höher, so tritt nur eine Teilerfüllung des Anspruchs des Vermieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung ein.

a) Die in der Literatur herrschende Meinung will das Erfordernis einer Gestaltungserklärung daraus herleiten, daß es in § 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB heißt, der Vermieter könne "anstelle" des vereinbarten Mietzinses den Mietzins verlangen, der für vergleichbare Räume ortsüblich sei. Damit mißt sie dem Wort "anstelle" eine zu große, nicht gerechtfertigte Bedeutung bei. Den Wortlaut des § 557 Abs. 1 BGB kann man durchaus auch dahin verstehen, daß der Anspruch auf den vereinbarten Mietzins eine Mindestentschädigung sein soll, wenn nicht der ortsübliche Mietzins höher ist. Aus der Entstehungsgeschichte des § 557 BGB in der heute geltenden Fassung ergibt sich, daß die Vorschrift so gemeint ist.

§ 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB ist durch das dritte Mietänderungsgesetz vom 21. Dezember 1967 (BGBl. I S. 1248) eingeführt worden. Vorher

sah § 557 Abs. 1 BGB nur einen (nach-)vertraglichen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe des vereinbarten Mietzinses vor. Zu dieser alten Fassung der Vorschrift hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß es sich nicht um eine abschließende Regelung handele, daß daneben vielmehr Bereicherungsansprüche in Betracht kämen. Der Vermieter könne nach Bereicherungsgrundsätzen Erstattung des objektiven Mietwerts für den Zeitraum verlangen, in welchem ihm nach Beendigung des Mietverhältnisses die Räume vorenthalten würden (BGHZ 44, 241, 242 ff.; BGH, Urteile vom 28. Juni 1967 - VIII ZR 59/65 - NJW 1968, 197 und vom 23. Januar 1974 - VIII ZR 214/72 - WM 1974, 260, 261). Dieser schon vor der Neufassung des § 557 Abs. 1 BGB gegebene Anspruch des Vermieters auf Zahlung des ortsüblichen Mietzinses war in keiner Weise von einer Gestaltungserklärung abhängig und konnte deshalb auch nicht durch das Unterlassen einer solchen Gestaltungserklärung verloren gehen.

Würde man der dargelegten Literaturmeinung folgen, so wäre durch die Einführung des § 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB diese Rechtsposition des Vermieters im Ergebnis verschlechtert worden. Der Gesetzgeber hätte nämlich die Möglichkeit, den ortsüblichen Mietzins auch für die Vergangenheit zu verlangen, zumindest von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht, wenn nicht sogar ganz ausgeschlossen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich aber unmißverständlich, daß dies nicht die Absicht des Gesetzgebers war. In der Begründung des Bundestagsausschusses, auf dessen Initiative hin der § 557 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB eingeführt wurde, heißt es, angesichts steigender Mieten sei es nicht angemessen, daß der Vermieter sich nach Beendigung des Mietverhältnisses u.U. "für einen langen Zeitraum mit einer nicht mehr angemessenen, niedrigen Nutzungsentschädigung begnügen" müsse. Es

sei deshalb erforderlich, die Rechtsposition des Vermieters zu verbessern (BT-Drucks. V/2317 S. 4).

b) Um eine echte Ersetzungsbefugnis kann es sich ohnehin nicht handeln. Würde durch die von der Literatur verlangte Gestaltungserklärung der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe des vereinbarten Mietzinses ersetzt durch einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe des ortsüblichen Mietzinses, so könnte der Vermieter nach Abgabe der Erklärung den vereinbarten Mietzins nicht mehr verlangen, auch wenn während eines möglicherweise mehrere Jahre dauernden Räumungsprozesses die Mieten fallen und unerwartet der ortsübliche Mietzins niedriger würde als der ursprünglich vereinbarte. Dieses Ergebnis würde offensichtlich der dargelegten Intention des Gesetzgebers widersprechen und kommt deshalb nicht in Betracht. Es wird - soweit ersichtlich - in der Literatur auch nicht vertreten. Auch nach Abgabe der gestaltenden Erklärung müßte der Vermieter berechtigt bleiben, mindestens den vereinbarten Mietzins zu verlangen. Dann führt aber die von der Literatur befürwortete Gestaltung zu genau derselben Rechtslage, die der Senat unmittelbar dem § 557 Abs. 1 BGB entnimmt und die im Ergebnis schon vor der Neufassung der Vorschrift galt. Daß die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Zahlung des ortsüblichen Mietzinses entfallen könnte, wenn der Vermieter es versäumt, rechtzeitig eine gestaltende Erklärung abzugeben, und daß damit die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs erschwert würde, wäre mithin im Ergebnis die einzige Rechtsfolge der Neuregelung. Auch dies würde der Intention des Gesetzgebers gerade nicht entsprechen.

c) Die Annahme, dem Vermieter sei lediglich eine durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung auszuübende Ersetzungsbefugnis einzuräumen, ist

auch sonst wenig überzeugend. Eine solche dem Gläubiger zustehende Ersetzungsbefugnis hat einen Sinn, wenn ihm ein Wahlrecht eingeräumt wird, statt der primär geschuldeten Leistung eine inhaltlich andere Leistung zu verlangen. Ein typisches Beispiel für eine solche dem Gläubiger eingeräumte Ersetzungsbefugnis enthält § 249 BGB. Der Geschädigte kann in bestimmten Fällen statt Naturalrestitution Schadensersatz in Geld verlangen. Um eine solche Fallkonstellation handelt es sich im Rahmen des § 557 Abs. 1 BGB nicht. Es kommen nicht zwei inhaltlich unterschiedliche Ansprüche in Betracht. Der Vermieter hat grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Geld. Es kommen lediglich für die Höhe dieses Anspruchs zwei Berechnungsmethoden in Frage, die sich im Ergebnis unterscheiden können. Ein Gestaltungsrecht des Vermieters könnte sich nur darauf beziehen, einen Mindestzahlungsanspruch umzuwandeln in einen höheren Zahlungsanspruch.

Der Sinn einer solchen Konstruktion leuchtet nicht ein. Wenn der Gesetzgeber dem Berechtigten bei Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen lediglich eine zweite, für ihn günstigere Berechnungsmethode für die Höhe seines Zahlungsanspruchs eröffnet, bedarf es keines Gestaltungsaktes.

4. Soweit der Senat die Revision angenommen hat, kann das Berufungsurteil deshalb keinen Bestand haben. Sollte der ortsübliche Mietzins höher sein als die bereits geleistete Zahlung in Höhe des vereinbarten Mietzinses, hat die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung der Differenz. Der Senat ist nicht in der Lage, selbst in der Sache abschließend zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat nämlich - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine Feststellungen zur Höhe des ortsüblichen Mietzinses getroffen. Die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit es die notwendigen Feststellungen nachholen kann.

Blumenröhr

Krohn

Bundesrichterin Dr. Hahne
ist im Urlaub und verhindert
zu unterschreiben.

Blumenröhr

Gerber

Weber-Monecke