# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 33/04

Verkündet am:
18. Oktober 2006
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 543 Abs. 2 Satz 1, 536 b, 539 a.F.

An der Rechtsprechung zur Verwirkung eines Rechts zur fristlosen Kündigung wegen eines Sachmangels in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. (vgl. Senatsurteil vom 31. Mai 2000 - XII ZR 41/98 - NJW 2000, 2663) wird unter dem seit 1. September 2001 geltenden Mietrecht nicht mehr festgehalten. Mit dem Mietrechtsreformgesetz ist die Grundlage für eine analoge Anwendung des § 539 BGB a.F./§ 536 b BGB entfallen (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 16. Februar 2005 - XII ZR 24/02 - NZM 2005, 303 zur Frage des Minderungsrechts).

BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006 - XII ZR 33/04 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richter Prof. Dr. Wagenitz, Fuchs, Dr. Ahlt und die Richterin Dr. Vézina

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 20. Januar 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eines gewerblichen Mietvertrages und über rückständige Mietzinsen.

2 Mit Vertrag vom 6. Dezember 1995 mietete die Beklagte von der Klägerin ein Grundstück mit 3.239 m² Gebäudefläche und 2.537 m² Verkehrsfläche zunächst bis 31. Dezember 2000. Am 12. September 2000 wurde die Mietzeit bis 31. Dezember 2005 verlängert. Mit Schreiben vom 3. Juli 2001, 27. Juli 2001 und 15. November 2001 zeigte die Beklagte der Klägerin an, dass es in der Halle 11 aufgrund der Undichtigkeit des Daches bei starken Regenfällen zu Über-

schwemmungen komme und kündigte mit Schreiben vom 3. Juli 2002 das Mietverhältnis außerordentlich zum 30. September 2002 mit der Begründung, dass ihr die Klägerin die Nutzungsmöglichkeit für das Gebäude 14 entzogen habe. Den Mietzins zahlte die Beklagte bis September 2002 ohne Vorbehalt.

3 Das Landgericht hat der Klage auf Feststellung, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten zum 30. September 2002 beendet worden sei, stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung rückständiger Miete in Höhe von 107.352 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung, mit der die Beklagte in erster Linie die Wirksamkeit ihrer außerordentlichen Kündigung, hilfsweise die Aufrechnung mit Mietrückzahlungsansprüchen wegen Minderung geltend gemacht hat, ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

## Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

5 1. Das Oberlandesgericht führt aus, die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 3. Juli 2002 habe das Mietverhältnis nicht zum 30. September 2002 beendet. Zwar bedürfe die Kündigung im Bereich der gewerblichen Miete keiner Begründung. Jedoch berechtige die von der Beklagten im Kündigungsschreiben aufgeführte Vorenthaltung des Gebäudes 14 nicht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 BGB. Diese sei auch durch die im Kündigungsschreiben nicht erwähnte Undichtigkeit des Daches und die unzureichende Ka-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

pazität der Kanalisation sowie die dadurch entstandenen Schäden nicht gerechtfertigt.

6 Zutreffend habe das Landgericht ausgeführt, dass das Gebäude 14 lediglich 2 % der 5.776 m² großen Gesamtfläche betrage und es deshalb an einer erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung fehle.

7 In Bezug auf die Undichtigkeit des Daches liege zwar eine Entziehung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 BGB vor. Es könne aber nicht festgestellt werden, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für die Beklagte aus diesem Grunde nicht mehr zumutbar sei. Denn dieser Mangel sei der Beklagten bereits bei Abschluss des Mietvertrages bekannt gewesen. Zwar habe die Beklagte vorgetragen, dass der Mangel bis heute nicht behoben sei. Sie habe den Mangel aber über einen Zeitraum von sieben Jahren hingenommen, ohne das Mietverhältnis vorzeitig zu beenden. Gleiches gelte im Hinblick auf die behauptete unzureichende Kanalisation und die durch sie verursachten Wasserschäden. Auf diese habe die Beklagte mit Schreiben vom 15. November 2001 hingewiesen. Die außerordentliche Kündigung sei aber erst nach Ablauf von neun Monaten erfolgt.

8 Ferner sei nach § 542 BGB a.F. in Verbindung mit § 539 BGB a.F. bzw. § 543 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 536 b BGB zu berücksichtigen, dass die Beklagte trotz der aus ihrer Sicht bestehenden Gebrauchsbeeinträchtigungen die Miete bis einschließlich September 2002 vorbehaltlos gezahlt habe. Vor diesem Hintergrund habe das Landgericht zutreffend angenommen, dass etwaige Minderungsansprüche der Beklagten verwirkt seien. Selbst wenn die von der Beklagten behaupteten Zusagen im Rahmen der Verhandlungen zu den Nachträgen zuträfen, ändere dies nichts daran, dass die Beklagte mit der vorbehaltlosen Zahlung der Miete bis September 2002 bei der Klägerin das Ver-

trauen hervorgerufen habe, sie werde wegen der Mängel keine Minderung geltend machen. Deshalb habe die Klägerin allenfalls damit rechnen müssen, dass die Beklagte auf einer Mängelbeseitigung bestehe, nicht aber, dass sie die Miete mindere. Für den vor dem 1. September 2001 liegenden Zeitraum (Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes) entspreche es einhelliger Auffassung, dass der Mieter sein Recht zur Minderung nach § 539 BGB a.F. (vorliegend: Undichtigkeit des Daches) bzw. in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. (vorliegend: Unzureichende Kanalisation und hierdurch verursachte Schäden) verliere, wenn er den Mietzins vorbehaltlos und ungemindert über einen Zeitraum von sechs Monaten gezahlt habe. Die Gewährleistungsrechte des Mieters seien damit für die Vergangenheit und die Zukunft ausgeschlossen, ohne dass ein weiterer Vertrauenstatbestand aufseiten des Vermieters bestehen müsse. Soweit der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 16. Juli 2003 (- VIII ZR 274/02 - NJW 2003, 2601 f.) entschieden habe, dass ab dem 1. September 2001 ein Minderungsrecht des Mieters wieder auflebe, weil ein Mietzinsanspruch für jeden Monat neu entstehe, schließe sich das Berufungsgericht dieser Auffassung nicht an und gehe weiter davon aus, dass ein einmal verwirktes Recht jedenfalls so lange als erloschen anzusehen sei bzw. seine Geltendmachung ausgeschlossen sei, bis sich an den Umständen etwas ändere. Deshalb sei das Minderungsrecht wegen der streitgegenständlichen Mängel aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung des Mietzinses von über sechs Monaten für die Zukunft und somit auch für den Zeitraum ab 1. September 2001 erloschen.

9 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

10 Mit Erfolg macht die Revision geltend, dass die vom Berufungsgericht angeführten Gründe den Ausschluss der außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht tragen. Nach dieser Bestimmung liegt ein wichti-

ger Grund für die außerordentliche Kündigung vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass in der Undichtigkeit des Hallendaches eine Entziehung im Sinne dieser Vorschrift zu sehen ist. Soweit das Berufungsgericht allerdings meinen sollte, dass für die Beklagte die Fortsetzung des Mietverhältnisses deshalb nicht unzumutbar sei, könnte ihm nicht gefolgt werden. Zu Recht macht die Revision nämlich geltend, dass es nicht darauf ankommt, ob dem Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann. Wenn einer der Tatbestände des § 543 Abs. 2 BGB vorliegt, ist eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich. Die in § 543 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen, wie etwa die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung, müssen in diesem Falle nicht zusätzlich vorliegen (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 8. Aufl. § 543 BGB Rdn. 3 m.w.N.; Kandelhardt/Herrlein Mietrecht 2. Aufl. § 543 Rdn. 3).

11 Die Ausführungen des Berufungsgerichts legen allerdings den Schluss nahe, dass es - entgegen der von ihm gewählten Formulierung - für eine außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 2 BGB nicht ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit einführen wollte, sondern die Kündigung trotz Vorliegens der Voraussetzungen als "verwirkt" angesehen hat. Es unterliegt auch keinem Zweifel, dass das Recht der außerordentlichen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles verwirkt sein kann (Gramlich in Bub/Treier Handbuch des Geschäfts- und Wohnraummietrechts 3. Aufl. Kap. 6 Rdn. 117). Die Voraussetzungen dafür liegen aber entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts im Streitfall nicht vor.

12 a) Soweit das Berufungsgericht den Ausschluss des Kündigungsrechts damit begründet, dass der Beklagten die Undichtigkeit des Daches bereits vor Abschluss des Mietvertrages bekannt gewesen sei, sie das aber sieben Jahre

hingenommen habe, ohne das Mietverhältnis zu kündigen, berücksichtigt es die Umstände nicht, warum die Beklagte die Mängel so lange hingenommen hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin vor Abschluss des Vertrages der Beklagten zugesagt, das Hallendach zu sanieren, und dann in den Jahren 1995 bis 2001 tatsächlich Sanierungsarbeiten durchgeführt. Nach dem Vorbringen der Beklagten, das revisionsrechtlich als zutreffend zu unterstellen ist, hat der Geschäftsführer der Klägerin bei sämtlichen Verhandlungen, die zum Abschluss der Nachtragsvereinbarungen geführt haben, zugesichert, dass die erforderlichen Arbeiten durchgeführt würden. Wenn die Beklagte unter diesen Umständen die zugesagten Sanierungsarbeiten abgewartet hat, kann das nicht zum Ausschluss des Kündigungsrechts durch Verwirkung führen. Im Gegenteil hätte sich die Beklagte den Vorwurf der unzulässigen Rechtsausübung gefallen lassen müssen, hätte sie trotz Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss und der erklärten Bereitschaft der Klägerin, diese Mängel zu beseitigen, das Ende der Sanierungsarbeiten nicht abgewartet.

13 b) Dass die Beklagte, obwohl nach ihrer Behauptung das Dach nach Abschluss der Arbeiten weiter undicht war und die Halle bei starken Regenfällen vollständig unter Wasser stand (Schreiben der Beklagten vom 3. Juli 2001) und zudem noch Wasser aus der Kanalisation die Halle überschwemmte (Schreiben der Beklagten vom 15. November 2001) erst am 3. Juli 2002 die außerordentliche Kündigung erklärte, erlaubt nicht die Annahme der Verwirkung. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte, dass dieses Recht in Zukunft nicht geltend gemacht werde (BGHZ 84, 281). Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seine Ansprüche nicht mehr geltend machen.

14 Die Klägerin hatte keinen Anlass darauf zu vertrauen, die Beklagte werde nicht außerordentlich kündigen. Einen dahingehenden Anschein hat die Beklagte durch ihr Zuwarten nicht erweckt. Aufgrund der bisherigen Sanierungsbemühungen der Klägerin durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin nach den erneuten Überschwemmungen weitere Sanierungsmaßnahmen durchführen würde. Zum anderen war für die Klägerin ohne weiteres klar, dass der Beklagten eine ausreichende Frist zur Prüfung zugebilligt werden musste, ob sie einen geeigneten Ersatz für das bisherige Objekt mit einer Gebäudefläche von 3.239 m² und einer Verkehrsfläche von 2.537 m² finden konnte und eine Ersatzanmietung vornehmen wollte.

15 c) Der außerordentlichen Kündigung steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte die Miete bis einschließlich September 2002 vorbehaltlos gezahlt hat. Soweit das Berufungsgericht aus § 542 BGB a.F. in Verbindung mit § 539 BGB a.F. bzw. aus § 543 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 536 b BGB von einer Verwirkung ausgeht, kann ihm nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung nicht näher begründet. Aus der unmittelbar folgenden Begründung, mit der das Berufungsgericht die Minderung ausgeschlossen hat, kann aber entnommen werden, dass es nicht nur die Minderung, sondern auch die außerordentliche Kündigung deshalb ausschließen wollte, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 31. Mai 2000 - XII ZR 41/98 - NJW 2000, 2663, 2664) bei vorbehaltloser Zahlung der vollen Miete über einen Zeitraum von sechs Monaten nicht nur das Recht auf Minderung, sondern auch das auf außerordentliche Kündigung ausgeschlossen war. An dieser Rechtsprechung kann aber unter dem seit 1. September 2001 geltenden Recht nicht festgehalten werden.

16 aa) Der VIII. Zivilsenat (Urteil vom 16. Juli 2003 aaO) hat für das Wohnraummietrecht und ihm folgend der erkennende Senat (Beschluss vom

16. Februar 2005 - XII ZR 24/02 - NZM 2005, 303) für die Geschäftsraummiete entschieden, dass für nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten eine analoge Anwendung des § 536 b BGB, der an die Stelle des § 539 BGB a.F. getreten ist, ausscheidet. § 536 c BGB enthalte eine abschließende Regelung für nachträglich sich zeigende Mängel mit der Folge, dass für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke im Rahmen des § 536 c BGB und die dadurch eröffnete Möglichkeit einer Analogie zu § 536 b BGB kein Raum bleibe. Das gilt auch für Verträge, die vor dem 1. September 2001 abgeschlossen wurden. Soweit das Minderungsrecht nach dem 1. September 2001 nicht entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a.F. erloschen ist, bleibt lediglich zu prüfen, ob der Mieter dieses Recht unter den strengen Voraussetzungen der Verwirkung (§ 242 BGB) oder des stillschweigenden Verzichts verloren hat.

17 bb) Ob das seit 1. September 2001 geltende Recht bei längerer vorbehaltloser Zahlung der Miete - wie bisher - auch das Recht der außerordentlichen Kündigung ausschließt, hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. Die Frage ist zu verneinen. Wenn nach dem Willen des Gesetzgebers eine planwidrige Regelungslücke nicht mehr angenommen werden kann mit der Folge, dass der Mieter nunmehr die Miete trotz längerer vorbehaltloser Zahlung wegen solcher Mängel (wieder) mindern kann, hinsichtlich derer er nach altem Recht die Minderungsbefugnis verloren hatte, dann kann für das Recht der außerordentlichen Kündigung nichts anderes gelten. Soweit das Berufungsgericht in seinen Ausführungen zum Minderungsrecht unter Heranziehung von Stimmen in der Literatur von der Entscheidung des VIII. Zivilsenat ausdrücklich abgewichen ist (die Entscheidung, mit der sich der erkennende Senat für den Bereich der Geschäftsraummiete dem VIII. Zivilsenat angeschlossen hat, ist erst nach der Entscheidung des Berufungsgerichts ergangen), kann ihm nicht gefolgt werden. Seine Auffassung, ein einmal verwirktes Recht sei jedenfalls so lange als erlo-

schen anzusehen bzw. seine Geltendmachung sei ausgeschlossen, bis sich an den Umständen etwas ändere, berücksichtigt nicht ausreichend, dass seit dem 1. September 2001 eine wesentliche Änderung der Rechtslage eingetreten ist. Mit dem Mietrechtsreformgesetz ist - wie ausgeführt - die Grundlage für eine analoge Anwendung des § 539 BGB a.F./§ 536 b BGB entfallen. Da Übergangsvorschriften fehlen, gilt das neue Recht auch für "Altfälle", soweit über sie nicht rechtskräftig entschieden ist. Danach kann der Mieter in diesen Fällen seine Gewährleistungsrechte und auch das Recht der außerordentlichen Kündigung nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 536 c Abs. 2 BGB sowie dann, wenn der allgemeine Verwirkungstatbestand gegeben ist, verlieren (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 8. Aufl. § 536 b BGB Rdn. 49, 50).

18 3. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Nach dem Vortrag der Klägerin hatte das Hallendach vor der Sanierung bei starken Regenfällen lediglich "geringfügige" Undichtigkeiten aufgewiesen. Im Jahre 2001 wurde das Dach total saniert. Es steht nicht fest, ob und ggf. in welchem Umfang das Dach zum Kündigungszeitpunkt noch undicht gewesen ist.

19 Die Klägerin hat nicht bestritten, dass durch den Bau der Halle 12 neben der Halle 11 durch die fehlende Regenwasserversickerung bei starken Regenfällen Regenwasser aus der Kanalisation in der Halle 11 hochgedrückt wird und dies seit Abschluss der Baumaßnahmen im Jahre 2001 zweimal geschehen ist. Die Behauptung der Beklagten, dass es durch die Wassereinbrüche zu Produktionsausfällen sowie kostspieligen Reparaturen gekommen sei, hat die Klägerin aber bestritten.

20 Daher bedarf es einer tatrichterlichen Würdigung, ob die behaupteten Mängel vorliegen und eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 (BGB) rechtfertige. Eine unerhebliche Hinderung bzw. Vorenthaltung würde das Kündigungs-

recht der Beklagten ausschließen (Schmidt-Futterer/Blank aaO § 543 Rdn. 37; Herrlein/Kandelhardt aaO § 543 Rdn. 42; Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 543 Rdn. 19).

Hahne Wagenitz Fuchs

Ahlt Vézina

Vorinstanzen:
LG Magdeburg, Entscheidung vom 16.07.2003 - 9 O 2464/02 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 20.01.2004 - 9 U 134/03 -