

12 U 74/19

Verkündet laut Protokoll am  
19.12.2019

10 0 229/18 Landgericht Darmstadt

Heinl, Justizangestellte



# OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit



Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Kruthoffer

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Dr.-Hermann-Neubauer-Ring 38-40, 63500 Seligenstadt,

Geschäftszeichen: 001966-19/MK/JD

gegen

[REDACTED]

[REDACTED]

Klägerin und Berufungsbeklagte,

[REDACTED]

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit Sitz in Darmstadt aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2019 durch die Richterin am Amtsgericht Dr. Hamann als Einzelrichterin für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 07.03.2019 (10 O 229/18) abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus diesem Urteil gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die

Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des Betrages leistet, dessen Vollstreckung sie betreibt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Klägerin begehrt die Räumung einer Gewerbeimmobilie.

Die Parteien unterzeichneten am 04.02.2017 mit Wirkung zum 15.02.2017 einen befristeten Mietvertrag (Bl. 7 ff. d.A.) über eine Ladenfläche im Erdgeschoss nebst einer Fläche im Kellergeschoss sowie 5 zugehörige PKW-Stellplätze in der Strahlenbergstraße 105 – 107 in Offenbach.

Der monatliche Mietzins betrug insgesamt 3.498,60 €. Ferner verpflichtete sich die Beklagte zur Erbringung einer Sicherheitsleistung in Höhe von 8.250,00 € in Form einer Bankbürgschaft oder eines Kautionsparbuches. In Ziffer 21.2 des Mietvertrages heißt es: „Die Sicherheitsleistung ist bei

Vertragsunterzeichnung.“

Nachdem die Beklagte die Sicherheitsleistung nicht leistete, forderte die ██████████ Hausverwaltung die Beklagte mit Schreiben vom 05.09.2017 (Bl. 13 d.A.) vergeblich zur Zahlung der Kaution bis zum 20.09.2017 auf. .

Mit Schreiben vom 21.09.2017 (Bl. 14 d.A.) erklärte die ██████████ Hausverwaltung der Beklagten im Namen der Klägerin die fristlose Kündigung bzw. hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aufgrund der Nichtzahlung der Mietkaution und forderte sie zur Herausgabe der Räumlichkeiten auf. Am 25.09.2017 überwies die Beklagte die Kaution in voller Höhe.

Die Beklagte räumte das Mietobjekt Ende März 2019. Zweitinstanzlich

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Kündigung der Klägerin sei aus verschiedenen Gründen unwirksam. Die verspätete Zahlung der Sicherheitsleistung berechtige die Klägerin nicht zur Kündigung. Vielmehr sei gemäß Ziffer 21.2 des Mietvertrages als Sanktion nur die Verlängerung des Übergabetermins der Mietsache bei fortbestehender Mietzahlungspflicht vereinbart.

Vor Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit von 58,5 Monaten sei eine Kündigung nach Ziffer 17.2 des Mietvertrages nur wegen vertragswidrigen Gebrauchs und wegen Mietrückständen möglich.

Abgesehen vom fehlenden Kündigungsgrund sei die Kündigung bereits aufgrund der ungültigen Vollmacht des für die Kläger handelnden ██████████ unwirksam. Überdies stehe der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zu, da die Kläger ihrer

vertraglichen Verpflichtung zur Demontage der Sanitärobjekte und Sanitärkabinen im Herren-WC sowie der Montage der vier Türblätter nicht nachgekommen sei.

Bei dem Schreiben vom 15.09.2017 handle es sich nicht um eine Abmahnung, da es nicht ausdrücklich als Mahnung bezeichnet sei und nicht vor einer fristlosen Kündigung, sondern einer gerichtlichen Auseinandersetzung warne.

Ferner sei selbst für den Fall, dass das Schreiben vom 05.09.2017 im Sinne einer Abmahnung zu verstehen sei, keine angemessene Frist bis zur Kündigungserklärung eingehalten worden.

Schließlich sei die ausgesprochene Kündigung unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls mangels Vorliegen eines wichtigen Grundes unberechtigt. Vor dem Hintergrund der unstreitig erfolgten pünktlichen Mietzahlungen führe die verspätete Zahlung der Mietkaution nicht dazu, dass eine Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar sei.

Zu berücksichtigen sei zudem, dass zwischen der Fälligkeit der Sicherheitsleistung und der Kündigung ein Zeitraum von sieben Monaten liege, so dass die fristlose Kündigung nicht mehr innerhalb angemessener Frist erfolgt sei.

Wegen der Feststellungen und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (Bl. 76 ff. d.A.).

Das Landgericht hat die Beklagte zur Räumung und Herausgabe der Gewerberäume verurteilt. Die Klägerin sei aufgrund der Nichtzahlung der Kaution zur fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigt gewesen. Unter Berücksichtigung der Wertung des § 569 Abs. 2 a BGB sei ein wichtiger Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Mieter mit der Sicherheitsleistung in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der der zweifachen Monatsmiete entspricht. Dies sei hier der Fall. Die Nichtleistung der Kaution erwecke zudem Zweifel an der Vertragstreue und Bonität des Vermieters.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund sei auch nicht durch § 17.2 des Mietvertrages ausgeschlossen. Die dort aufgeführten Gründe seien nur Beispiele, was sich an dem Zusatz etc. zeige.

Auch die Regelung des § 21.2 des Mietvertrages stehe einer Kündigung nicht entgegen. Diese Regelung sei nicht als einzig mögliche Sanktion für den Fall der Nichtleistung der Kaution aufzufassen.

Auch unter der gebotenen Abwägung der beiderseitigen Interessen sei eine sofortige Beendigung des Mietverhältnisses gerechtfertigt. Die Beklagte habe sich mit der

Leistung der Kautions in Verzug befunden. Das Schreiben vom 05.09.2017 sei als Abmahnung anzusehen. Hierin sei ausdrücklich von einer Gefährdung des Fortbestandes des Mietverhältnisses durch die Nichtzahlung der Kautions die Rede. Unerheblich sei, dass nicht ausdrücklich mit einer fristlosen Kündigung gedroht werde.

Es sei auch unerheblich, dass die Beklagte der Mietzahlungspflicht nachgekommen sei.

Die (fortgesetzte) Nichtzahlung der Kautions trotz Abmahnung begründe die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Insofern sei auch zu berücksichtigen, dass das Mietverhältnis bis zum 31.12.2021 befristet war und daher noch mehrere Jahre bestanden hätte.

Die gesetzte Frist sei angemessen. Es sei davon auszugehen, dass für die Bestellung einer Sicherheit sieben bis zehn Tage ausreichen.

Die Vollmachtsrüge sei mangels Unverzüglichkeit im Sinne des § 174 Satz 1 letzte Alternative BGB unbeachtlich.

Auf ein Zurückbehaltungsrecht könne sich die Beklagte nicht berufen, dies sei mit dem Sicherungszweck der Kautions nicht vereinbar.

Die Klägerin habe die Kündigung auch innerhalb der Frist des § 314 Abs. 3 BGB ausgesprochen. Der Umstand, dass die Klägerin sieben Monate mit dem Ausspruch der Kündigung zugewartet hat, sei nicht illoyal. Es sei kein schützenswertes Interesse der Beklagten erkennbar, innerhalb eines kürzeren Zeitraums Klarheit darüber zu bekommen, ob das Mietverhältnis beendet sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses sei der Klägerin nicht unzumutbar gewesen. Insbesondere könne die Wertung des § 569 Abs. 2 a BGB nicht zur Auslegung herangezogen werden.

Diese Vorschrift gelte nur für das Wohnraummietrecht. Es sei den Parteien des Gewerbemietvertrages unbenommen eine entsprechende Klausel aufzunehmen, dies sei hier aber nicht erfolgt. Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses könne auch nicht darauf gestützt werden, dass Zweifel an der Vertragstreue und Bonität bestünden. Hiergegen spreche bereits, dass die Klägerin erst sieben Monate nach Vertragsschluss erstmals zur Zahlung aufforderte. Im Übrigen seien die Mieten immer fristgemäß geleistet worden. Die hiesige Situation sei mit den herangezogenen Entscheidungen (insbes. BGH, Urteil vom 21.03.2007, XII

ZR 36/05) nicht vergleichbar, da in den aufgeführten Fällen die Mieter jeweils mit den Mietzahlungen erheblich im Rückstand waren.

Bei der Interessenabwägung hätten die Interessen der Beklagten keine Berücksichtigung gefunden. Sie habe Investitionen in Höhe von 40.000,00 € in die Mietsache eingebracht.

Dem Schreiben vom 05.09.2017 fehle der eindeutige Charakter einer Abmahnung.

Des Weiteren sei die Frist des § 314 Abs. 3 BGB gerade nicht gewahrt.

Auch sei die Frist im Schreiben vom 05.09.2017 zu kurz bemessen. Aufgrund von Rückfragen bei örtlichen Banken sei davon auszugehen, dass für die Erlangung der Mietsicherheit drei bis vier Wochen erforderlich seien.

Wegen der Einzelheiten ihres Vortrages wird insbesondere auf die Berufungsbegründung vom 07.06.2019 (Bl. 123 ff d. A.) und die weiteren zweitinstanzlichen Schriftsätze vom 04.11.2019 (Bl. 176 ff d.A.) und 05.11.2019 (Bl. 182 f d.A.) einschließlich des in Bezug genommenen erstinstanzlichen Vorbringens und das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2019 (Protokoll Bl. 188 ff.d.A.) verwiesen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 07.03.2019 (Aktenzeichen 10 O 229/18) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin, die zunächst die Zurückweisung der Berufung beantragt hatte, erklärte in der Sitzung vom 14.11.2019 die Hauptsache einseitig für erledigt.

Sie beantragt daher nunmehr, festzustellen, dass die Hauptsache erledigt ist.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Wertung des § 569 Abs. 2 a BGB könne sehr wohl herangezogen werden. Die Vorschrift des § 578 BGB umfasse Normen, bei denen es sich um den Mieter privilegierende Vorschriften handelt. Die Vorschrift des § 569 Abs. 2 a BGB schütze aber den Vermieter. Da der Mieter im Gewerberaummietrecht weniger schützenswürdig ist als im Wohnraummietrecht, sei eine Übertragung der Wertung gerechtfertigt.

Im Übrigen sei die Beklagte mehrfach telefonisch zur Leistung der Kautionsaufgefordert worden.

Wegen der Einzelheiten ihres Vortrages wird insbesondere auf die Berufungsbegründung vom 22.07.2019 (Bl. 142 ff d. A.) und den weiteren zweitinstanzlichen Schriftsatz vom 06.12.2019 (Bl. 204 ff. d.A.) einschließlich des in Bezug genommenen erstinstanzlichen Vorbringens und das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2019 (Protokoll Bl. 288 ff. d.A.) verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist auch begründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Feststellung, dass sich die Hauptsache erledigt hat.

Die Klägerin war nicht daran gehindert, den Rechtsstreit ohne Einlegung einer Anschlussberufung einseitig für erledigt zu erklären. Die einseitige Erledigungserklärung stellt gemäß § 264 Nr. 2 ZPO eine privilegierte Klageänderung dar. Damit der Erledigung von einem Leistungs- auf einen Feststellungsantrag übergegangen wird, handelt es sich um eine Antragsbeschränkung. Bei dieser Sachlage soll durch den Erledigungsantrag nicht mehr als die Zurückweisung der Berufung erreicht werden (BGH, Urteil vom 19.06.2008 - IX ZR 84/07, NJW 2008, S. 2580).

Eine Erledigung der Hauptsache war aber nicht festzustellen, weil die Klage zwar ursprünglich zulässig, jedoch nicht begründet war.

Ein Anspruch der Klägerin auf Räumung und Herausgabe der Gewerbemieträume nach § 546 BGB bestand nicht.

Das Mietverhältnis der Parteien ist nicht durch die Kündigung der Klägerin vom 21.09.2017 wirksam beendet worden.

Die Klägerin war zur fristlosen Kündigung nicht berechtigt. Sie kann sich insbesondere nicht auf einen Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB berufen.

Nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beantwortung der Frage, ob eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung.

Diese wertende Betrachtung führt —anders als vom Landgericht angenommen dazu, dass der Klägerin die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der mietvertraglich vereinbarten Befristung zuzumuten ist.

Die Nichtzahlung der Kautions stellt in der Regel eine derart schwerwiegende Störung des Mietverhältnisses dar, dass dem Vermieter dessen Fortsetzung nicht mehr

zuzumuten ist. Die Kautionsbefriedigung regelmäßig ein legitimes Sicherheitsbedürfnis des Vermieters. Die Nichtzahlung der Kautions stellt damit grundsätzlich eine erhebliche Vertragsverletzung dar. Der Vermieter kann daher jedenfalls im Bereich der Gewerberaumiete vor der Kündigung in der Regel nicht auf die Einklagung der Kautions verwiesen werden (BGH, Urteil vom 21.03.2007, XII ZR 36/05).

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall erhebliche Mietrückstände und Mietminderungen wegen Flächenabweichungen und Baulärm gab. Der Vermieter hatte in dem entschiedenen Fall also ein aktuelles Sicherheitsbedürfnis.

Ein solches aktuelles Sicherheitsbedürfnis gab es vorliegend gerade nicht. Die hiesige Beklagte hatte zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung unstrittig gerade keine Miet- oder sonstigen Rückstände.

In einem derartigen Fall hat das OLG München (Beschluss vom 17.04.2000, 3 W 1332/00) es jedenfalls für eine fristlose Kündigung ausreichen lassen, wenn die Erbringung der Sicherheit zumindest mehrfach angemahnt wurde.

Auch diese Konstellation ist hier nicht gegeben. Die Klägerin hat erstinstanzlich nur die Mahnung mit Schreiben vom 05.09.2017 vorgetragen. Soweit sie nunmehr zweitinstanzlich mit Schriftsatz vom 06.12.2019 vorgetragen hat, auch weitere telefonische Mahnungen ausgesprochen zu haben, handelt es sich um neuen Vortrag, der nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen war. Insoweit waren auch die hierzu angebotenen Zeugen nicht zu hören. Die Beklagte hatte auch schon in ihrer Klageerwiderung (konkret Seite 7 der Klageerwiderung vom 06.12.2018) vorgetragen, dass nur die einmalige Mahnung vom 05.07.2017 erfolgt ist. Selbst nach diesem Vortrag sah sich die Klägerin nicht veranlasst erstinstanzlich zu weiteren Mahnungen vorzutragen.

Auch aus den nunmehr als Anlage K 1 und K 2 vorgelegten E-Mails ergibt sich keine Mahnung der Beklagten. Den E-Mails ist lediglich zu entnehmen, dass eine Mitarbeiterin der Beklagten um einen Rückruf bittet. Ob dieser tatsächlich stattgefunden hat und was in diesem Zusammenhang telefonisch gesprochen wurde, ergibt sich aus dem E-Mails selbst nicht. Lediglich in der Weiterleitung an den Prozessbevollmächtigten mit Datum vom 28.11.2019 und 04.12.2019 hat ein Beauftragter der Klägerin ergänzt, dass in den anschließenden Telefonaten auch die Kautionszahlung angemahnt worden sei.

Ebenfalls in die Interessabwägung einzubeziehen ist, dass die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, bereits einen Betrag von 40.000,00 € in den

Standort investiert zu haben. Dies hat das Landgericht nicht im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt.

Weiter ist auch im Rahmen der Abwägung der gegenseitigen Interessen der zeitliche Ablauf zu betrachten. Die Klägerin wartet zunächst sieben Monate ab, ohne nachweisbar an die Kautionszahlung zu erinnern. Dann aber setzt sie eine Frist von nur 15 Tagen und spricht gleich am Folgetag nach dem Fristablauf die Kündigung aus.

Es kann auch dahinstehen, ob die Wertung des § 569 Abs. 2 a BGB entsprechend auf Gewerberaummietverträge anzuwenden ist. Denn selbst eine entsprechende Anwendung der Wertung des § 569 Abs. 2 a BGB führt nicht zu einer Wirksamkeit der Kündigung. Zwar sieht § 569 Abs. 2 a Satz 1 BGB für den Bereich der Wohnraummiete einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung vor, wenn der Mieter mit einer Sicherheitsleistung nach § 551 BGB in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der der zweifachen Monatsmiete entspricht. Allerdings verweist § 569 Abs. 2 a Satz 4 BGB auch auf eine entsprechende Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB. Demnach wird die Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs (...) befriedigt wird. Die Beklagte hat die Kautionsleistung unstreitig in voller Höhe noch vor Rechtshängigkeit der Räumungsklage gezahlt. Es ist nicht ersichtlich, warum sich die entsprechende Anwendung der Wertung des § 569 Abs. 2 a BGB gerade nur auf dessen Satz 1, nicht aber auf den in diesem Absatz enthaltenen Satz 4 beziehen sollte. Insofern würde eine entsprechende Anwendung der Wertung des gesamten Absatzes gerade zu einer Unwirksamkeit der Kündigung führen.

Auch die Frist des § 314 Abs. 3 BGB ist, anders als das Landgericht annimmt, nicht gewahrt. Nach § 314 Abs. 3 BGB kann der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Bei Mietverträgen kann ausnahmsweise eine Frist von zwei bis sechs Monaten noch angemessen sein (Palandt-Grüneberg, § 314 BGB Rdnr. 11). Eine Kündigung kann auf die Nichtzahlung der Kautionsleistung jedenfalls nicht gestützt werden, wenn seit der Kenntnis des Vorliegens des Kündigungsgrundes zehn Monate vergangen sind (OLG Koblenz, Beschluss vom 05.05.2011, 2 U 793/10). Hier war die Kautionsleistung nach § 21.2 des Mietvertrages bei Vertragsunterzeichnung fällig. Diese erfolgte am 04.02.2017, ab diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin mithin auch Kenntnis von der Nichtzahlung, die Kündigung erfolgte am 21.09.2017, mithin siebeneinhalb Monate nach Fälligkeit.

Nicht Nachvollziehbar ist insoweit die Argumentation der Klägerin, sie hätte erst mit dem —von ihr selbst verfassten- Schreiben vom 05.09.2017 Kenntnis von der Nichtzahlung der Kautions erhalten. Anders als die Klägerin in der Klageschrift ausführt (Bl. 6 unter Ziffer 5) hat der BGH § 314 Abs. 3 BGB auch nicht für unanwendbar gehalten. Im Urteil vom 21.03.2007 (XII ZR 36/05) nimmt er auf die Vorschrift ausdrücklich Bezug und erklärt, dass eine Frist von ca. vier Monaten bis zum Ausspruch der Kündigung noch angemessen ist. Die Entscheidung vom 13.07.2016 (VIII 296/15), in der der BGH § 314 Abs. 3 BGB für unanwendbar erklärt hat, bezieht sich gerade auf Wohnraummietverhältnisse und nicht auf Gewerberaummietverhältnisse.

Auf eine ordentliche Kündigung kann sich die Klägerin nicht berufen, da für die Dauer des Vertragsverhältnisses (bis 31.12.2021 —ohne Berücksichtigung der Verlängerungsoption-) eine vorzeitige Vertragskündigung nach § 2.3 des Mietvertrages ausgeschlossen war.

Auch die in erster Instanz erklärte Prozesskündigung verhilft der Klägerin nicht zum Erfolg. Ein diffamierendes Verhalten der Klägerin ist ihrem Prozessvortrag nicht zu entnehmen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus 708 Nr. 10, 711 ZPO.



Dr. Hamann