



Anlage zum Protokoll vom 25.06.08

Verkündet am 25.06.08

...
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Herrn L... S...,

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...

g e g e n

die P... F... ... mbH,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...

hat der 3. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts unter Mitwirkung

der Vorsitzenden Richterin am Oberlandesgericht Bunge,
des Richters am Oberlandesgericht Hüsgen und
des Richters am Amtsgericht Coblitz

auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 2008

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 27.09.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) - 13 O 147/07 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.401,29 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.913,56 € seit dem 01.10.2006, aus weiteren 364,45 € seit dem 06.05.2007, aus weiteren 298,51 € seit dem 06.06.2007 und aus weiteren 824,77 € seitdem 06.07.2007 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Berufung wird im Übrigen zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten Instanz tragen die Klägerin 28 % und der Beklagte 72 %.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin, die mit dem Beklagten einen Mietvertrag geschlossen hat, hat mit ihrer Klage von ihm Gewerbemietzins für folgende Zeiträume und in folgender Höhe verlangt:

09.09.2006 bis 30.09.2006 5.734,34 € (brutto warm)

Mai 2007	500,00 € (netto kalt)
Juni 2007	1.111,84 € (netto kalt)
Juli 2007	1.678,80 € (netto kalt)

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und der Klägerin im Einzelnen folgende Ansprüche zugesprochen:

09.09.2006 bis 30.09.2006	5.004,12 €
Mai 2007	364,45 €
Juni 2007	298,51 €
Juli 2007	824,77 €

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass das Nichtverschließen des Ladenlokals im Fassadenbereich zur Decke hin keinen Mangel begründe. Die Decke sei nicht geschuldet gewesen. § 3.2 der Baubeschreibung, die Teil des Mietvertrages sei, deute darauf hin, dass die Schaffung des Abschlusses nach oben hin Sache des Mieters sei. Das Schreiben der Architekten vom 22.08.2006 begründe nur das Recht des Beklagten zur Fassadengestaltung. Der Beklagte habe mit seiner Unterschrift unter das Protokoll vom 30.08.2006 auf die weitere Geltendmachung des Mangels verzichtet. Der Beklagte sei wegen der undichten Decke zur Minderung der Miete in Höhe von 10 % der Bruttowarmmiete in den Monaten Mai bis Juli 2007 berechtigt gewesen. Für eine wirksame Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen für den Monat Juli 2007 habe die Klägerin nichts vorgetragen. Der Beklagte sei zur Aufrechnung mit überzahlten Mieten gegenüber der Miete September 2006 wegen der Wassereinbrüche im November und Dezember 2006 berechtigt gewesen.

Das landgerichtliche Urteil, auf das im Übrigen wegen der Entscheidungsgründe im Einzelnen Bezug genommen wird, ist dem Beklagten am 01.10.2007 zu Händen seines erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten zugestellt worden. Der Beklagte hat am 01.11.2007 mit anwaltlichem Schriftsatz Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel mit weiterem Schriftsatz am 03.12.2007 begründet.

Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat den Rechtsstreit hinsichtlich der für September 2006 anteilig geltend gemachten Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 900,09 € übereinstimmend für erledigt erklärt.

Der Beklagte ficht das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens in vollem Umfang seiner Beschwer an. Er trägt dazu insbesondere Folgendes vor:

Er sei zur Minderung wegen des fehlenden Deckenabschlusses berechtigt. Der handschriftliche Vermerk der Parteien vom 30.08.2006 sei so zu verstehen, dass aufgrund der nicht vollendeten Arbeiten der vertraglich vereinbarte Mietzahlungsbeginn verzögert worden sei. Ein Verzicht auf eine ordnungsgemäße Erstellung der Fassade enthalte diese Erklärung nicht. Es sei absolut unüblich, dass bei einer Shopping Mall eine Fassade nach oben hin offen sei. Vertragsgegenstand sei die Vermietung von Geschäftsräumen. Er habe davon ausgehen können, dass es sich um eine vollständig abgeschlossene Einheit handeln würde. Daher sei auch ohne das Angebot der Architekten eine geschlossene Fassade geschuldet gewesen. Mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz vom 03.12.2007 erklärt er die weitere Aufrechnung mit einem behaupteten Anspruch aus überzahlter Miete für November 2006 in Höhe von 190,47 € wegen der Deckenundichtigkeit. Er habe zunächst lediglich wegen eines Teilbetrages die Aufrechnung erklärt, da die Klage zunächst nicht nachvollziehbar begründet gewesen sei.

Der Beklagte beantragt sinngemäß,

das am 27.09.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder)
- Az. 13 O 147/07 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres gesamten erstinstanzlichen Vorbringens das erstinstanzliche Urteil. Es sei weder erforderlich, dass das Gebäudeteil vollständig abgeschlossen sei, noch werde vorausgesetzt, dass der Mieter den gesamten Raum nutzen könne und dürfe. Es ergebe sich aus der Baubeschreibung, was geschuldet sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der bisherigen Prozessgeschichte wird ergänzend auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und auf die Terminprotokolle und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig (§§ 517 ff ZPO).

In der Sache selbst hat das Rechtsmittel überwiegend keinen Erfolg.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten nach Abzug der für erledigt erklärten Nebenkostenvorauszahlungen einen Anspruch auf Zahlung der rückständigen Mieten für die Monate September 2006 (3.913,56 €) sowie Mai bis Juli 2007 (1.487,73 €), insgesamt 5.401,29 €.

Der Beklagte beruft sich hinsichtlich des fehlenden Deckenabschlusses ohne Erfolg auf eine Minderung, die er für September 2006 sowie Mai bis Juli 2007 unmittelbar und für die Monate Oktober 2006 bis einschließlich April 2007 im Wege der Aufrechnung mit einem entsprechenden Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB wegen behaupteter Zuvielzahlung gegenüber dem weiteren Mietzinsanspruch für September 2006 geltend gemacht.

Die Aufrechnung mit den bestrittenen Mietminderungsansprüchen für den Zeitraum Oktober 2006 bis April 2007 scheidet schon an dem vereinbarten Aufrechnungsverbot in § 5 Ziffer 6 des Mietvertrages. Nach dieser Regelung war der Beklagte nur berechtigt, mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen. Ein Aufrechnungsausschluss, der die Aufrechnung mit Forderungen dieser Art zulässt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. nur BGH WM 1978, 620; zur Übersicht Wolf/Eckert/Ball, 9. Aufl., Rn. 465 ff m.w.N.), der sich der Senat anschließt, wirksam.

Der unstreitig fehlende Deckenabschluss stellt keinen zur Minderung berechtigenden Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Unter einem Mangel im Sinne dieser Vorschrift ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache

vom vertraglich vorausgesetzten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können (ständige Rechtsprechung BGH NJW 2000, 1714; NJW 2006, 899). Sie muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufheben oder erheblich mindern. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Einbau einer Decke oder ein deckenbündiger Abschluss der Wände waren von der Klägerin vertraglich nicht geschuldet. In der Baubeschreibung, aus der sich gemäß § 3 des Mietvertrages der bauliche Umfang des Mietgegenstandes ergibt, findet sich keine ausdrückliche Regelung über den Fassadenabschluss. Gemäß § 3 Ziffer 3 des Mietvertrages i.V.m. Ziffer 3.2 der Baubeschreibung vereinbarten die Parteien jedoch eine Übergabe der Ladenflächen durch die Klägerin ohne Decke, wobei es dem Beklagten als Mieter gestattet war, selbst eine Decke einzubauen. Nach verständiger Würdigung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben gemäß §§ 133, 157 BGB beschränkte sich die Vereinbarung nicht nur auf die Frage des Einbaus einer Zwischendecke. Dies hätte bei der Anmietung von Ladenflächen dieser Art keiner ausdrücklichen Erwähnung in der Baubeschreibung bedurft. Vielmehr war sie nur so zu verstehen, dass ein deckenbündiger Fassadenabschluss ebenfalls nicht geschuldet war. Die vermieteten Flächen sollten vermierterseits nach oben hin offen sein, was sich auch aus Ziffer 4 der Baubeschreibung ergibt, in der ausdrücklich von einer offenen Decke die Rede ist. Diese in der Baubeschreibung vereinbarte Bauweise wäre aber bei einem bündigen Abschluss von Wand und Decke nicht gegeben. Dementsprechend ist eine entsprechende Verpflichtung der Klägerin zum deckenbündigen Abschluss zu verneinen.

Die Ladenflächen sind auch für den vertragsgemäßen Gebrauch - den Betrieb eines Sportfachgeschäftes - geeignet. Es ist von dem Beklagten nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich, dass sich die angemieteten Ladenflächen aufgrund der offenen Bauweise in einem Zustand befinden, der die Aufnahme dieses Betriebes nicht gestattet.

Ob eine derartige Bauweise in Shopping Malls unüblich ist, bedarf keiner weiteren Vertiefung, insbesondere ist entgegen der Auffassung des Beklagten die Einholung eines Sachverständigengutachtens entbehrlich, weil es Sache der Parteien ist, den Vertragszweck und die Beschaffenheit der Mietsache festzulegen. Die Parteien können auch unübliche Bauweisen vereinbaren.

Dem Beklagtenvorbringen kann nicht entnommen werden, dass die Parteien die vertragliche Regelung über den Deckenabschluss nachträglich abgeändert haben.

Dem Schreiben der Architekten Q... vom 22.08.2006 kann nicht die Bedeutung eines Angebots der Klägerin beigemessen werden, auf ihre Kosten die Fassade nach oben hin schließen zu lassen. Vielmehr wurde dem Beklagten die Gelegenheit gegeben, an der Fassadengestaltung mitzuwirken. Das Schreiben enthält keine Angaben über die Übernahme der Kosten durch die Klägerin. Zudem ergibt sich aus dem Vortrag des Beklagten nicht, dass die Architekten, die das Schreiben verfasst haben, befugt waren, im Namen der Klägerin den Gewerbemietvertrag abzuändern.

Auch aus dem Übergabeprotokoll vom 30.08.2008 (Bl 38 d.A.) sowie der handschriftlichen Vereinbarung der Parteien vom selben Tag (Bl 40 d.A.) lässt sich eine Abänderung der vertraglichen Vereinbarung zugunsten des Beklagten nicht ableiten. In dem Protokoll haben die Parteien die deckenbündige Schließung als noch durchzuführende Arbeit der Klägerin nicht aufgenommen. Der Vereinbarung vom selben Tag lässt sich lediglich entnehmen, dass die Parteien aufgrund verschiedener Beanstandungen des Beklagten den Mietzahlungsbeginn auf den 09.09.2006 festgelegt haben. Eine Verpflichtung der Klägerin ergibt sich hieraus nicht.

Der Mietzinsanspruch der Klägerin für September 2006 ist gemäß § 389 BGB in Höhe von 190,47 € erloschen.

Die erstmalig im zweiten Rechtszug mit Schriftsatz vom 03.12.2007 erklärte Aufrechnung des Beklagten mit seinem weiteren Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Miete für November 2006 wegen der Deckenundichtigkeit ist gemäß § 533 ZPO zulässig.

Sie ist sachdienlich, weil die Klägerin in ihrem Erwidierungsschriftsatz vom 10.01.2008 (Bl. 184/5) die Gegenforderung ausdrücklich nicht bestreitet. Sie wird auch auf Tatsachen gestützt, die der Senat ohnehin seiner Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel des Beklagten nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, § 533 Nr. 2 ZPO. Entgegen der Auffassung der Klägerin bestehen schon Bedenken, ob es sich hier tatsächlich um neuen Sachvortrag handelt, weil zwischen den Parteien bereits in der ersten Instanz unstreitig war, dass dem Beklagten wegen der im November 2006 eingetretenen Deckenundichtigkeit ein Minderungsrecht zustand. Jedenfalls sind neue unstreitige Tatsachen in der Berufung gemäß § 529 Abs.1 Nr. 2 i.V.m. § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen, die Vorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO über die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel betrifft nur streitiges und somit beweisbedürftiges Vorbringen (BGH MDR 2005, 588). Die Klägerin wendet sich gegen die Aufrechnung lediglich mit dem Argument, dass das Zahlenwerk nicht nachvollziehbar sei.

Die Aufrechnung hat in der Sache Erfolg. Dem Beklagten steht die Gegenforderung in Gestalt eines Rückerstattungsanspruchs weiterer 190,47 € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass dem Beklagten - wie vom Landgericht festgestellt - ein Minderungsanspruch in Höhe von 10 % der Bruttowarmmiete wegen der Deckenundichtigkeit zusteht, mithin für November 2006 in Höhe von 792,82 €, wobei der Beklagte schon in der ersten Instanz - ausgehend von der Nettokaltmiete - mit einem Betrag von 602,35 € die Aufrechnung erklärt hat.

Da der Beklagte unstreitig die Mieten der Klägerin unter Vorbehalt überwiesen hat, ist die Rückforderung gemäß § 814 BGB nicht ausgeschlossen.

Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 2 BGB.

Soweit die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der von der Klägerin begehrten Vorauszahlungen für Betriebs- und Heizkosten für den Monat September 2006 übereinstimmend für erledigt erklärt haben (900,09 €), waren dem Beklagten gemäß § 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Dies entsprach der Billigkeit unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes. Die Klägerin hatte gegen den Beklagten zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit am 16.05.2007 noch einen Anspruch auf die anteiligen Vorauszahlungen für den Monat September 2006. Die Abrechnung der Betriebskosten für das Jahr 2006 erfolgte erst am 03.06.2007. Dem Beklagten stand ein weiteres Minderungsrecht wegen des fehlenden Abschlusses zwischen Wand und Decke nicht zu. Dementsprechend war er auch nicht berechtigt, die Nebenkosten zu kürzen. Es ergeben sich auch keine sonstigen Gesichtspunkte, nach denen es billig wäre, der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die Kostenentscheidung im Übrigen beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Ob § 97 Abs. 2 ZPO aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte die Aufrechnung, mit der er obsiegt hat, schon erstinstanzlich hätte abgeben können, einschlägig ist, kann im Hinblick auf die Anwendung des § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO dahingestellt bleiben.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO.

Schutzanordnungen zu Gunsten des Beklagten haben gemäß § 713 ZPO zu unterbleiben, weil die Voraussetzungen, unter denen nach § 543 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO ein Rechtsmittel gegen das vorliegende Urteil stattfindet, unzweifelhaft nicht vorliegen.

Die Revision wird vom Senat nicht zugelassen, weil es alle Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 133 GVG fehlt. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch fordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes als Revisionsgericht.

Den Gebührenstreitwert für den zweiten Rechtszug hat der Senat gemäß § 3 ZPO in Verbindung mit § 47 Satz 1 und § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG bis zum 20.05.2008 auf 6.491,85 € und ab dem 21.05.2008 auf 5.591,76 € festgesetzt.

Bunge

Hüsgen

Cablitz