



Anlage zum Protokoll
vom 25.06.2008
verkündet am 25.06.2008

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

1. der Frau H... C...,

Beklagte zu 1 und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

2. der N... GmbH,

Beklagte zu 2,

g e g e n

die Verwaltungsgesellschaft Ärztehaus C... GbR,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...

hat der 3. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts unter Mitwirkung

des Richters am Oberlandesgericht Jalaß als Vorsitzenden,
des Richters am Oberlandesgericht Hüsgen sowie
des Richters am Amtsgericht Cablitz

auf die mündliche Verhandlung vom 30.04.2008

für **R e c h t** erkannt:

- I. Auf die Berufung der Beklagten zu 1. wird das am 05.10.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Cottbus - Az.: 3 O 262/04 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin 1.717,27 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit dem 23.12.2003 zu zahlen.
 2. Die weitergehende Klage betreffend die Beklagte zu 1) wird abgewiesen.
 3. Im Wege eines Teil-Versäumnisurteils wird die Beklagte zu 2. zudem verurteilt, an die Klägerin weitere 30.061,96 € zuzahlen nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB
aus jeweils 153,39 €
seit dem 05.02.2003,
seit dem 05.03.2003,
seit dem 05.04.2003,
seit dem 06.05.2003,
seit dem 05.06.2003,
seit dem 05.07.2003,
seit dem 05.08.2003,
seit dem 05.09.2003,
seit dem 07.10.2003,
seit dem 05.11.2003,
seit dem 05.12.2003,
des Weiteren aus jeweils 276,10 €
seit dem 06.01.2004,
seit dem 05.02.2004,
seit dem 05.03.2004,
seit dem 06.04.2004,
seit dem 06.05.2004,
seit dem 05.06.2004,
aus 313,06 € für die Zeit vom 05.04.2003 bis 31.07.2004,
aus jeweils 402,65 €
für die Zeit vom 06.05.2003 bis zum 31.07.2004,
für die Zeit vom 05.06.2003 bis zum 31.07.2003,
für die Zeit vom 05.07.2003 bis zum 31.07.2004,
für die Zeit vom 05.08.2003 bis zum 31.07.2004,
für die Zeit vom 05.09.2003 bis zum 31.07.2004,

für die Zeit vom 07.10.2003 bis zum 31.07.2004,
für die Zeit vom 05.11.2003 bis zum 31.07.2004,
für die Zeit vom 05.12.2003 bis zum 31.07.2004,
aus jeweils 406,31 €
für die Zeit vom 06.01.2004 bis zum 31.07.2005,
für die Zeit vom 05.02.2004 bis zum 31.07.2005,
für die Zeit vom 05.03.2004 bis zum 31.07.2005,
für die Zeit vom 06.04.2004 bis zum 31.07.2005,
für die Zeit vom 06.05.2004 bis zum 31.07.2005,
für die Zeit vom 05.06.2004 bis zum 31.07.2005,
aus 6.131,69 € seit dem 24.03.2005,
aus 5.878,31 € seit dem 14.02.2006,
aus 8.869,12 € seit dem 06.02.2007,
aus 5.685,56 € seit dem 11.10.2006 und
aus 2.346,50 € für die Zeit vom 11.10.2006 bis zum 31.07.2005.

4. Wegen eines weiteren Betrages i.H.v. 14.802,61 € sowie weiter geltend gemachter Zinsen wird die Klage gegen die Beklagte zu 2. abgewiesen.

II. Die Berufung wird im Übrigen zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits verteilen sich wie folgt:

Von den Kosten der I. Instanz tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin die Beklagte zu 2. zu 55 % und die Klägerin zu 45 %, darüber hinaus trägt die Klägerin die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. zu 83 % und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. zu 33 %.

Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Von den Kosten der II. Instanz tragen die Klägerin zu 83 % und die Beklagte zu 1. zu 17 %.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten zu 1. die Zahlung der abgerechneten Betriebskosten für das Jahr 2001 und 2002 i.H.v. insgesamt 10.213,46 €, wobei zwischen den Parteien streitig ist, mit welchem Inhalt das gewerbliche Mietverhältnis zwischen den Parteien - insbesondere im Hinblick auf die einzelnen Betriebskostenarten - vereinbart worden ist. Zur näheren Dar-

stellung des Tatbestandes und der erstinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat nach durchgeführter Beweisaufnahme der Klage gegen die Beklagte zu 1. i.H.v. 10.155,60 € stattgegeben sowie gegen die Beklagte zu 2. ein Teil-Versäumnisurteil i.H.v. 30.061,69 € erlassen und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte zu 1. zwar den Mietvertrag nicht unterschrieben habe, dieser aber aufgrund einer mündlichen Vereinbarung zustande gekommen sei. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass im Rahmen dieser Vereinbarung sich die Parteien einig gewesen seien, dass auch die Kosten für die Positionen „Hausmeister“ und „Verwaltergebühren“ entsprechend der Regelung in § 4 Abs. 2 des Mietvertragsentwurfes der Klägerin (Bl. 10 d.A.) auf die Beklagte zu 1. als Mieterin umzulegen seien. Nach den Aussagen der Zeugen K... und R... habe die Klägerin den Mietvertragsentwurf ihr zugeleitet, die bei Korrekturbedarf den zugeleiteten Entwurf mit entsprechenden handschriftlichen Änderungen versehen und zurückgesandt habe. Daraus könne gefolgert werden, dass der Inhalt vereinbart worden sei, der nach der Korrektur der Beklagten zu 1. von der Klägerin akzeptiert und in dem neuerlichen Entwurf übernommen worden sei. Eine andere Fassung als den Entwurf der Klägerin habe sie auch nicht vorgelegt. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, dass die Positionen „Hausmeister“ und „Verwaltergebühren“ im Nachhinein aus dem Katalog der umzulegenden Betriebskosten herausgenommen worden seien. Die Beklagte zu 1. habe nicht mit Mietminderungsansprüchen gem. § 389 BGB aufrechnen können, da die Parteien, wie die Beweisaufnahme ebenfalls ergeben habe, ein Aufrechnungsverbot im Sinne der Regelung des § 11 Satz 3 des Vertragsentwurfes vereinbart hätten.

Das landgerichtliche Urteil, auf das im Übrigen wegen der Entscheidungsgründe im Einzelnen Bezug genommen wird, ist der Beklagten zu 1. zu Händen ihres erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 22.10.2007 zugestellt worden. Sie hat am 22.11.2007 mit anwaltlichem Schriftsatz Berufung eingelegt und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 21.01.2008 ihr Rechtsmittel mit Schriftsatz vom 08.08.2007, eingegangen beim Brandenburgischen Oberlandesgericht am 10.08.2007, begründet.

Sie ficht das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens in vollem Umfang ihrer Beschwer an. Dazu trägt sie insbesondere vor: Einen schriftlichen Vertrag vom 15.11.2000 habe es nicht gegeben. Die Schlussfolgerung des Gerichts,

dass sie aufgrund des Austausches von korrigierten Mietvertragsentwürfen die Positionen „Hausmeister“ und „Verwaltungskosten“ zu tragen habe, sei falsch. Aus der Aussage des Zeugen C... ergebe sich, dass die Positionen von ihm gestrichen worden seien. Ein Aufrechnungsverbot i.S.d. § 11 Satz 3 des Mietvertragsentwurfes sei nicht vereinbart worden.

Die Beklagte zu 1. beantragt sinngemäß,

das am 05.10.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Cottbus
- Az. 3 O 262/04 - aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit es sie
betrifft.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zu 1. zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das Urteil des Landgerichts Cottbus. Die Beklagte zu 1. habe selbst vorgetragen, dass zwischen ihnen ein Mietvertrag geschlossen worden sei. Die Aussage des Zeugen C... zur Vereinbarung der Nebenkostenarten „Hausmeister“ und „Verwalterkosten“ sowie zum Aufrechnungsverbot sei widersprüchlich.

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 der Beklagten zu 1., über die hier allein zu befinden ist, ist zulässig; sie wurde insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 517 ff. ZPO).

In der Sache selbst hat das Rechtsmittel teilweise Erfolg. Es führt zur überwiegenden Abänderung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Klageabweisung.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1. einen Anspruch auf Zahlung von 1.717,27 € aus den abgerechneten Betriebskosten für das Jahr 2002. Die weitergehende Klage auf Zahlung der abgerechneten Betriebskosten für das Jahr 2001 ist unbegründet. Der Klägerin stand gegenüber der Beklagten zu 1. aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2002 ursprünglich ein Betrag i.H.v. 2.373,93 € zu, der durch ihre Aufrechnung i.H.v. 656,66 € erloschen ist.

Dazu im Einzelnen:

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien kein schriftlicher Vertrag zustande gekommen ist, sondern vielmehr der Vertragsabschluss durch schlüssiges Verhalten der Parteien erfolgte. Zwar kann die einvernehmliche Überlassung oder Nutzung der Mietsache und Zahlung eines Entgelts nicht zwangsläufig einen Vertragsschluss bedeuten (BGH NJW 1997, 1982; Wolf/Eckert/Ball Rn. 53), auch wenn dem Austausch von Leistungen und Gegenleistungen, also den Vertragsvollzug der übereinstimmende Parteiwille entnommen werden kann, eine vertragliche Bindung einzugehen (BGH NJW 1983, 1728). Das schlüssige Verhalten muss von dem beiderseitigen Willen getragen sein, ein Mietverhältnis einzugehen. Unverzichtbar ist insbesondere die schlüssige Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt (OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 589), also zumindest die Einigung über die Mietsache, die Miete und die Vertragsdauer (Wolf/Eckert/Ball Rn. 53). Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist hier ein stillschweigender Abschluss des Mietvertrages zu bejahen. Das Verhalten beider Parteien war von dem Willen getragen, eine vertragliche Bindung einzugehen. Das Verhältnis zwischen den Parteien erschöpfte sich nicht nur darin, dass die Klägerin der Beklagten zu 1. die nach ihrer Ansicht geschuldeten Mieträumlichkeiten überließ und diese im Gegenzug hierzu den von den Parteien vereinbarten Mietzins monatlich entrichtete. So unterzeichnete der Mitarbeiter der Beklagten zu 1., der Zeuge K..., ein Übergabeprotokoll und die Parteien schlossen am 23.12.2002 eine Vereinbarung über die Übernahme des Mietvertrages vom 15.11.2000. Der Annahme eines Mietvertrages stand lediglich das Fehlen der Schriftform entgegen. Unabhängig davon haben die Parteien im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat das Zustandekommen eines mündlichen Mietvertrages an sich unstreitig gestellt und lediglich hinsichtlich seines Inhalts unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Entgegen der Behauptung der insofern beweisbelasteten Klägerin ist zwischen den Parteien die Einbeziehung der Betriebskostenpositionen „Hausmeister“ und „Verwaltungskosten“ sowie ein Aufrechnungsverbot zu Lasten der Beklagten zu 1. nicht vereinbart worden. Die erst-

instanzliche Beweisaufnahme hat entgegen der Beweiswürdigung des Landgerichts nicht die Richtigkeit dieser Behauptung erbracht. Die vom Landgericht erfolgte Würdigung der erhobenen Beweise ist fehlerhaft. Der erstinstanzliche Richter darf zwar im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln nach seiner individuellen Einschätzung die Richtigkeit einer Behauptung feststellen oder die Tatsache, dass er von einer Behauptung nicht überzeugt ist. Es ist auch grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft er den Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst. Er hat die wesentlichen Gesichtspunkte für seine Überzeugungsbildung nachvollziehbar darzulegen (BGH NJW 1991, 1894). Das Berufungsgericht kann die Beweiswürdigung der I. Instanz nach neuem Zivilprozessrecht nur eingeschränkt überprüfen, jedenfalls aber darauf, ob das erstinstanzliche Gericht alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Ein solcher Verstoß liegt insbesondere vor, wenn das Erstgericht die Ambivalenz der Indiztatsachen nicht erkennt oder ihnen eine Indizwirkung zuerkennt, die sie nicht haben können (BGH NJW 1991, 1894). Das ist hier der Fall. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sind die Aussagen der Zeugen K... und R... nicht ergiebig. Sie konnten einen Vertragsschluss der Parteien am 15.11.2000 mit den von der Klägerin behaupteten Abreden über die Einbeziehung der oben genannten Nebenkosten und über das Aufrechnungsverbot nicht bestätigen. Die Aussagen der Zeugen, auf die sich das Landgericht stützt, erschöpften sich lediglich darin, dass beide übereinstimmend angeben, dass die Klägerin zunächst über den Zeugen R... einen Vertragsentwurf übermittelt und er diesen an den Zeugen K... oder C... weitergeleitet habe. Daraufhin seien von der Beklagtenseite Änderungen vorgenommen worden und die Entwürfe mehrfach hin- und hergegangen, wobei die abgeänderten Entwürfe von der Beklagten zu 1. nicht unterschrieben worden seien. Aus diesen Angaben kann lediglich der Schluss gezogen werden, dass zwischen den Parteien Vertragsverhandlungen stattgefunden haben. Beide Zeugen haben die Behauptung der Klägerin, dass die Einbeziehung der Nebenkostenpositionen vereinbart worden sei, nicht bestätigen können. Zwar konnten sich die Zeugen daran erinnern, dass in dem Entwurf eine Regelung über die Betriebskosten vorhanden gewesen war. Zu den einzelnen Positionen der Betriebskosten konnten sie jedoch keine Angaben machen. Der Zeuge K... meinte sich sogar daran erinnern zu können, dass lediglich ein Pauschalbetrag ohne weitere Aufschlüsselung in dem Vertragsentwurf genannt worden sei. Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang ausführt, dass sich der Zeuge nicht daran erinnern konnte, dass bezüglich der Betriebskostenregelung Änderungswünsche in den Entwürfen festgehalten worden seien, verkennt es die Indizwirkung der Aussage. Die Aussage des Zeugen ist lediglich unergiebig. Die Schlussfolgerung des Landge-

richts würde letztendlich zu einer Umkehr der Beweislast zum Nachteil der Beklagten zu 1. führen. Entscheidend ist, ob eine Vereinbarung nachgewiesen werden kann. Auch der von der Klägerin vorgelegte und nur von ihr unterschriebene Entwurf des Mietvertrages streitet nicht für ihre Behauptung. Dieser Entwurf hat sich lediglich in ihren Akten befunden. Dass es sich hierbei um die Urkunde mit den letzten Korrekturen der Beklagten zu 1. gehandelt habe, ist eine Vermutung des Landgerichts, für die keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen. Auch dass die Beklagte zu 1. einen vermeintlich anderen Entwurf im Prozess nicht vorgelegt hat, kann nicht als Indiz für eine Vereinbarung mit dem Inhalt des vorgelegten Entwurfes gewertet werden. Damit würde ihrem prozessualen Verhalten ebenfalls eine Indizwirkung zuerkannt, welche es nicht haben kann. Auf die Aussage des Zeugen C... kam es nicht mehr an. Das Landgericht hat zwar die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen in Frage gestellt. Da er lediglich gegenbeweislich benannt war und die Aussagen der hauptbeweislich benannten Zeugen K... und R... unergiebig waren, kann eine Würdigung seiner Aussage dahingestellt bleiben.

Eine erneute Vernehmung der Zeugen durch den Senat war nicht geboten. Eine erneute Vernehmung ist dann erforderlich, wenn das Berufungsgericht der Aussage eine andere Tragweite, ein anderes Gewicht oder eine vom Wortsinn abweichende Auslegung geben will oder wenn es die protokollierten Angaben des Zeugen für zu vage und präzisierungsbedürftig hält (BGH MDR 2002, 1450). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die Zeugen sind von dem Landgericht umfassend vernommen worden. Weitere aufklärungsbedürftige Lücken im Sachverhalt oder in der Befragung der Zeugen sind nicht ersichtlich. Jedenfalls bei Verfahrensverstößen der oben genannten Art ist es zulässig, die Aussage der erstinstanzlich vernommenen Zeugen ohne deren wiederholte Vernehmung entgegen der Würdigung des Erstrichters als nicht zur Beweisführung ausreichend zu erachten. Eine Pflicht zur erneuten Vernehmung ergibt sich lediglich bei Zweifeln über die Vollständigkeit und Richtigkeit der protokollierten Aussagen (BGH NJW 1993, 64). Solche Zweifel sind hier indes nicht gegeben.

Die von der Beklagten zu 1. erklärte Aufrechnung mit dem von ihr errechneten Guthaben aus der Betriebskostenabrechnung 2001 gegen den Nachzahlungsanspruch der Klägerin aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2002 ist wirksam.

Der von der Beklagten zu 1. errechnete Betrag i.H.v. 656,66 € ist rechnerisch richtig. Das

Guthaben ergibt sich aus der Differenz zwischen dem von der Klägerin errechneten Nachzahlungsbetrag und den herauszurechnenden Positionen „Hausmeister- und Verwalterkosten“. Die Klägerin ist der Berechnung auch nicht entgegengetreten.

Der Aufrechnung steht auch nicht das von der Klägerin behauptete Aufrechnungsverbot entgegen. Wie schon oben ausgeführt hat die Beweisaufnahme die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbotes nicht ergeben.

Die Beklagte zu 1. kann jedoch nicht mit ihren behaupteten Mietminderungsansprüchen aus den Jahren 2001 und 2002 wegen zu hoher Temperaturen in den gemieteten Räumlichkeiten gegenüber dem Restanspruch der Klägerin aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2002 aufrechnen. Zum einen ist nicht ersichtlich, dass sie den Mangel gem. § 536 c Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB gegenüber der Klägerin angezeigt hat. Sie hat nicht dargelegt, dass die Klägerin Kenntnis von der Anzeige des Mangels gehabt hatte. Ihr Vortrag, dass der Zeuge C... die Schreiben übermittelt habe, ist nicht ausreichend. Gleiches gilt für den in dem Schreiben erklärten Vorbehalt der Mietzahlung. Die Beklagte zu 1. hat nämlich in den Jahren 2001 und 2002 die Miete ungemindert gezahlt. Einziger Anhaltspunkt für eine Vorbehaltszahlung findet sich in den Schreiben zur Mängelanzeige. Auch hier hätte sie den Zugang der Schreiben bei der Klägerin darlegen und beweisen müssen, was aber nicht geschehen ist.

Zum anderen ist ihr Vortrag zum Mietmangel nicht hinreichend substantiiert. Sie hat zwar vorgetragen, dass der Zeuge C... die Temperatur jeden Tag gemessen und die Messergebnisse in einer Tabelle eingetragen habe. Hier war jedoch zu berücksichtigen, dass sie eine Gewerbefläche von insgesamt 761,85 m² gemietet hat und ihrem Vortrag sowie den beigefügten Messergebnissen nicht entnommen werden kann und in welchem Abstand zu den Fenstern die Temperaturen durch den Zeugen C... ermittelt wurden.

Der Zinsanspruch folgt aus § 288 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, 2 Nr. 1 ZPO.

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

Schutzanordnungen zugunsten der Parteien haben gem. § 713 ZPO zu unterbleiben, weil die

Voraussetzungen, unter denen nach § 543 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO ein Rechtsmittel gegen das vorliegende Urteil stattfinden kann, unzweifelhaft nicht vorliegen.

Die Revision wird vom Senat nicht zugelassen, weil es an den Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO i.V.m. § 133 GVG fehlt. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes als Revisionsgericht.

Der Gebührenstreitwert für den zweiten Rechtszug beträgt gem. § 3 ZPO i.V.m. § 47 Satz 1 und § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG 10.155,60 €.

Jalaß

Hüsgen

Cablitz