

Urteil vom 28.02.2007 Oberlandesgericht Hamm, AZ: 30 U 131/06

Vorinstanz:

Landgericht Detmold, 9 O 358/03

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 29. Juni 2006 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold abgeändert und wie folgt klarstellend neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, in dem dem Kläger überlassenen Mietobjekt I-Straße in T in den Räumen, in denen Spielautomaten zur Nutzung für das Publikum aufgestellt sind, die bautechnischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass bei einer Außentemperatur bis zu 32 Grad Celsius die Innentemperatur regelmäßig 26 Grad Celsius nicht übersteigt und bei höheren Außentemperaturen die Innentemperatur regelmäßig mindestens 6 Grad Celsius unter der Außentemperatur liegt, ohne dass hierdurch das derzeitige äußere Erscheinungsbild des Gebäudes wesentlich geändert wird, insbesondere die Fensterflächen durch feste Elemente geschlossen werden.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Streithelfer der Beklagten tragen ihre Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Kostenvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Im Übrigen darf die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Vornahme geeigneter Maßnahmen zur Reduzierung der Innentemperaturen in Mieträumen.

Die Beklagte ist Eigentümerin des Grundstücks I-Straße in T, das mit einem eingeschossigen Gebäude mit Flachdach, dessen Südwest-Fassade

großflächig verglast ist, bebaut ist. An den Fenstern befinden sich keine Außenjalousien. Das Gebäude wurde im Auftrag der Beklagten von der Streithelferin zu 1) errichtet. Die hierauf bezogenen Fachingenieurleistungen für die haustechnischen Gewerke (Heizung, Sanitär, Elektro) wurden von der Streithelferin zu 2) im Auftrag der Streithelferin zu 1) durchgeführt.

Mit Vertrag vom 30.01.2002 mietete die I und S GbR von der Beklagten ca. 490 qm Gewerbefläche zum Betrieb eines Spielautomatenlokals in dem Gebäude I-Straße in T.

Zuvor war in den Mieträumen eine Videothek betrieben worden.

Der monatliche Kaltmietzins beträgt 5.650,00 €; für die Betriebskosten ist eine monatliche Vorauszahlung von 300 € vereinbart. Auf beide Beträge ist die Zahlung von Umsatzsteuer geschuldet.

Wegen der Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen wird auf den Inhalt des Mietvertrages verwiesen (Anlagenband, S.1 ff).

Im August 2002 verstarb Herr S und der Kläger übernahm dessen Geschäftsanteile an der GbR.

Mit Schreiben vom 16.04.2003 teilte der Kläger der Beklagten mit, dass aufgefallen sei, dass die Lüftung/Klimatisierung in den Räumen nicht ausreichend sei. Es seien von den Mitarbeitern Temperaturen bei 25 Grad und darüber gemessen worden. Diese seien wohl auf eine mangelhafte Lüftung/Klimatisierung zurückzuführen. Es sei dringend Abhilfe geboten. Er sei der Auffassung, dass ein Mietmangel vorliege und er für den Fall einer nicht fristgerechten Erledigung zur Minderung bzw. Zurückbehaltung des Mietzinses berechtigt sei.

Die Beklagte teilte mit anwaltlichem Schreiben vom 29.04.2003 mit, dass eine Kühlung von Räumen auf Temperaturen unterhalb der Außentemperatur lediglich durch eine Klimatisierung zu erreichen sei, die mietvertraglich nicht vereinbart sei. In der Rechtsprechung werde ein Mietmangel erst bei Temperaturen ab 35 Grad diskutiert. Eine Mietminderung oder Zurückbehaltung der Miete würde einen Verstoß gegen den Mietvertrag darstellen. Die Entlüftungsanlage sei nicht defekt, aber zu warten, was Aufgabe des Klägers sei.

Am 29.04.2003 trafen der Kläger, sein Bevollmächtigter und Herr S2 von der Streithelferin zu 1) am Mietobjekt zusammen. Über den Inhalt des Gesprächs informierte der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 30.04.2003.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 07.05.2003 setzte der Kläger eine Frist bis zum 15.05.2003, binnen derer die Rechtsauffassung der Beklagten überdacht werden sollte.

Die Beklagte reagierte mit anwaltlichem Schreiben vom 19.05.2003, in dem darauf hingewiesen wurde, dass, bevor die Problematik auf eine rechtliche Ebene gebracht werde, zunächst versucht werden solle, die Bedingungen im Rahmen des Möglichen zu verbessern. Die Erhitzung sei im Übrigen nicht auf die Bauweise, sondern auf die Spielautomaten und deren Hitzeentwicklung zurückzuführen.

Der Kläger reagierte mit anwaltlichem Schreiben vom 23.05.2003, verwies auf ein mit dem Anwalt der Beklagten geführtes Telefonat vom 20.05.2003 und teilte mit, dass der Einbau mehrerer kleinerer mobiler Klimageräte in Frage komme. Er bat um Erledigung bis zum 02.06.2003.

Am 26.05.2003 kam es zu einem Ortstermin, an dem u.a. Vertreter der Streithelferinnen, der Kläger und sein Bevollmächtigter teilnahmen. Das Ergebnis des Termins fasste der Anwalt des Klägers mit an die Beklagte gerichtetem Schreiben vom 02.06.2003 zusammen und bat um umgehende Rückantwort.

Die Beklagte ließ mit anwaltlichem Schreiben vom 05.06.2003 darauf hinweisen, dass es in dem Gespräch nur darum gegangen sei, ohne Anerkennung einer Rechts-pflicht, eine kostengünstige kleine stationäre Klimaanlage aufzustellen, an der sich beide Parteien beteiligen sollten. Aus rechtlichen Gründen bestehe kein Anspruch des Klägers.

Der Kläger ließ mit anwaltlichem Schreiben vom 13.06.2003 darauf hinweisen, dass in den letzten Tagen Temperaturen über 40 Grad gemessen worden seien und es zu hitzebedingten Schäden an den Spielgeräten gekommen sei.

Mit Schreiben vom 30.06.2003 teilte er einen Mangel an der Toilettenanlage mit. Wegen dieses Mangels und des Mangels der zu hohen Temperaturen werde die Miete "weiterhin unter Vorbehalt" gezahlt.

Mit Klageschrift vom 16.07.2003 hat der Kläger dann die auf Beseitigung des Mangels gerichtete Klage erhoben und die Beklagte hiervon mit Schreiben vom 18.07.2003 in Kenntnis gesetzt.

Im Verlauf des Rechtsstreits hat der Kläger den Mietvertrag mit Zustimmung der Beklagten auf die Fa. W GmbH, deren Geschäftsführer er ist, übertragen.

Der Kläger hat behauptet, es träten Temperaturen von bis zu 40 Grad und mehr auf. Dies führe zu massiven Beschwerden der Besucher, die danach dem Ladenlokal fernblieben. Die in den Räumen arbeitenden Mitarbeiter litten bei hohen Temperaturen unter Kreislaufbeschwerden. Eine Mitarbeiterin sei ohnmächtig geworden. Die untere Grenze der noch akzeptablen Werte sei nach seiner Auffassung überschritten. Als solche Werte könnten die Vorschriften des Arbeitsschutzes herangezogen werden. Danach sollen die Innentemperaturen in Arbeitsräumen 26 Grad C nicht überschreiten und bei höheren Temperaturen die Innentemperaturen mindestens 6 Grad unter der

Außentemperatur liegen. Überschreitungen dieser Werte seien bereits im Mai 2003 mehrfach festgestellt worden.

Der Architekt der Beklagten habe in deren Namen den Bauantrag eingereicht. In den von dort vorgelegten Genehmigungsunterlagen seien sämtliche jetzt betriebenen Geräte bereits mit ihrem heutigen Standort angeführt gewesen.

Vor Unterzeichnung des Mietvertrages habe er zweimal das Objekt besichtigt, und zwar im Herbst und Winter. Er habe lediglich die Innengestaltung und Dekoration übernommen. Er sei davon ausgegangen, dass das Objekt auch über eine Klimaanlage verfüge, weil einzelne Geräte im Technikraum den Aufdruck "Klima" aufwiesen. Er habe vor Vertragsbeginn mehrfach darauf hingewiesen, dass für sein Gewerbe eine ordentliche Lüftung und Klimatisierung erforderlich sei, woraufhin der Zeuge I sinngemäß bestätigt habe, das Objekt sei in einem einwandfreien technischen Zustand. Wenn man vor Vertragsschluss über von dem Kläger vorzunehmende Änderungen gesprochen habe, sei es nur um Maßnahmen der Dekoration gegangen.

Er habe keine Arbeiten vorgenommen, die zu einer Beschädigung am Dach hätten führen können, Fenster und Türen hätten nicht ständig offen gestanden. Es sei unzutreffend, dass er nachts die Lüftungsanlage nicht heruntergestellt habe. Die höheren Temperaturen seien erstmals im Jahr 2003 aufgetreten.

Die Parteien und weiteren Beteiligten haben die sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils, auf dessen Inhalt verwiesen wird, ergebenden Anträge gestellt.

Die Beklagte hat behauptet, die Parteien hätten vereinbart, dass die Räume von dem Kläger selbst gestaltet werden sollten. Die gesamte Planung sei vom Kläger vorgenommen worden. Nur für bestimmte Genehmigungsverfahren sei ihr Architekt eingeschaltet worden. Der Kläger habe dafür gesorgt, dass die Grundfläche durch mehrere Wände abgetrennt worden sei. Er sei von ihr darauf hingewiesen worden, dass dagegen keine Bedenken bestünden, dass aber die Lüftungsklimatisierung und Heizung über Deckenlüftung funktioniere. Der Kläger sei ausdrücklich auf die großen Fensterflächen hingewiesen und ihm sei vorgeschlagen worden, diese Fenster zu schließen. Der Kläger habe aber erklärt, mit den großen Fensterflächen könne er leben. Die großen Fensterflächen habe die Mieterin gut gefunden. Der Kläger habe erklärt, wenn sich nach Vertragsschluss herausstellen werde, dass bestimmte Änderungen sinnvoll seien, werde er dies auf eigene Kosten vornehmen.

Sie hat bestritten, dass eine übermäßige Erwärmung der Innenräume überwiegend auf die Sonneneinstrahlung zurückzuführen sei. Sie hat behauptet, die Mieterin habe die Isolierung zwischen Dach und Rasterdecke beschädigt. Außerdem habe der Kläger statt der vereinbarten 30 Automaten 46 Geldspielautomaten, 8 PC-Anlagen, 1 EC-Cash-Gerät, 3

Geldwechselgeräte, 1 Getränkeautomat, 2 Zigaretten-, 1 Süßigkeitenautomaten und 2 elektrische Aufsteller in die Räume eingebracht, die ganz wesentlich zur Aufheizung führten. Ein Teil der Erwärmung sei darauf zurückzuführen, dass der Kläger den ganzen Tag Türen und Fenster geöffnet lasse und die Lüftungsanlage nachts nicht laufen lasse.

Die Parteien hätten bewusst eine Regelung über die Höchsttemperatur vermieden, weil hierüber bei Vertragsschluss ausdrücklich gesprochen worden sei.

Sie meint, der Kläger habe sich vertraglich verpflichtet, für Maßnahmen zur Verminderung der Innentemperatur selbst zu sorgen.

Ein eventueller Anspruch des Klägers sei verwirkt, weil der Kläger die Wärmeentwicklung erst im 2. Sommer nach Einzug geltend gemacht habe.

Im Übrigen hätten sich die Parteien im Sommer 2003 darauf geeinigt, dass der Kläger eine Lösung akzeptiere, wonach ein Einzelklimagerät unter der Decke habe eingebaut werden sollen. Die Kosten hierfür hätten etwa 3.000,00 bis 4.000,00 € betragen. Der Kläger habe ausdrücklich erklärt, mit einer solchen Lösung einverstanden zu sein.

Die Zivilkammer des Landgerichts hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing. M vom 05.01.2006 (Bl. 186 ff d.A.) und dessen mündliche Erläuterungen im Termin vom 18.05.2006 (Bl. 263 ff d.A.).

Die Kammer hat die Beklagte mit dem angefochtenen Urteil antragsgemäß dazu verurteilt, durch geeignete Maßnahmen zu gewährleisten, dass die begehrten Innentemperaturen zu erreichen sind.

Zur Begründung heißt es, der Anspruch des Klägers ergebe sich aus dem Mietvertrag i.V.m. § 535 Abs.1 BGB. In ihrem gegenwärtigen Zustand sei die Mietsache mangelhaft, weil sie zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzung als Spielhalle aufgrund einer nicht nur kurzzeitigen Überhitzung nur eingeschränkt geeignet sei. Nach Auffassung der Kammer sei durch die Beklagte geschuldet, dass eine Raumtemperatur von 26 Grad C unter den Bedingungen, die im Sommer hierzulande herrschen, nur ganz ausnahmsweise überschritten werde. Für das Betreiben einer Spielhalle unter Einsatz von Mitarbeitern sei Voraussetzung, dass den Anforderungen der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättVO) entsprochen werde. Es könne dahin stehen, ob die Arbeitsstättenverordnung allgemein für gewerblich genutzte Räume gelte. Hier sei maßgeblich, dass eine nicht zu hohe Raumtemperatur zur Sollbeschaffenheit einer Spielhalle unter anderem deshalb gehöre, weil auch in den Sommermonaten ein Raumklima herrschen müsse, das von den Kunden in Relation zur Außentemperatur als "noch nicht unangenehm" empfunden werden könne. Hierfür halte die Kammer die Werte der

Arbeitsschutzbestimmungen für sachgerecht. Nach § 6 Abs.1 ArbStättVO müssten in Arbeitsräumen während der Arbeitszeit unter Berücksichtigung der Arbeitsverfahren gesundheitlich zuträgliche Raumtemperaturen herrschen. Gemäß der diese Vorschrift konkretisierenden Arbeitsstättenrichtlinie ASR 6/1.3 müsse gewährleistet sein, dass in Arbeitsräumen bei Außentemperaturen von bis zu 32 Grad C die Innentemperatur 26 Grad C nicht übersteige und diese im Übrigen mindestens 6 Grad C unter der Außentemperatur liege. Darüber liegende Raumtemperaturen stellten einen Mangel dar.

§ 9 des Vertrages enthalte auch keine abschließende Regelung, weil hiermit nur eine zu erreichende Mindesttemperatur habe bestimmt werden sollen. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme seien die Mieträume in den Sommermonaten für den vertraglichen Zweck nur teilweise geeignet, wie sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. M ergebe. Für diese Temperaturen sei auch nicht das individuelle Nutzungsverhalten des Klägers maßgeblich. Die Kühllast der Spielgeräte mache nur einen geringen Bruchteil der Gesamtkühllast aus. Entsprechendes gelte für die Behauptung eines unzureichenden Lüftungsverhaltens, die Änderung der Ablufführung der Belüftungsanlage und die Änderung der Position des Temperaturfühlers.

Soweit die Beklagte behauptet habe, dem Kläger sei der Zustand der Mieträume bei Anmietung bekannt gewesen, schließe dies einen Anspruch nicht aus, weil nicht dargelegt sei, wieso dem Kläger die Überhitzungsproblematik bekannt gewesen sein soll. Ähnliches gelte für die Behauptung, der Kläger habe erklärt, er werde für alle nachträglichen Änderungen sorgen. Dem lasse sich nicht entnehmen, dass der Kläger Arbeiten habe vornehmen wollen, die über eine Veränderung der Gestaltung hinausgehen sollten. Im Übrigen sei die Behauptung unbestimmt und nicht einlassungsfähig.

Die Beklagte wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht erhobenen Berufung gegen dieses Urteil.

Sie nimmt Bezug auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertieft diesen wie folgt:

Sie meint, der Urteilstenor sei unbestimmt, weil dieser keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweise.

Im Übrigen sei bereits in erster Instanz nach ihrer Auffassung konkret behauptet worden, dass vor Abschluss des Vertrages über die Sonnenproblematik gesprochen worden sei. Soweit die Zivilkammer dies anders bewertet habe, wäre ein Hinweis gemäß § 139 ZPO erforderlich gewesen. Wenn dieser erfolgt wäre, hätte sie Folgendes vorgetragen:

Am 07.11., 20.11.2001, 14.01., 24.01. und 29.01.2002 hätten Vorgespräche jeweils in Anwesenheit des Klägers und dessen verstorbenen Mitgesellschafter mit dem Zeugen I stattgefunden. Speziell bei den Terminen am 14. und

24.01.2002 sei die Sonnenproblematik erörtert worden. Der Kläger habe nach Hinweis des Zeugen I darauf, dass es wegen der großen Fensteröffnungen an der Südseite zu einer erheblichen Aufheizung kommen könne, erklärt, die großen Fensteröffnungen sollten, wie vorhanden, mit Folie beklebt, bestehen bleiben. Falls sich später Änderungen als notwendig erweisen sollten, werde er, der Kläger, diese in eigener Regie und auf eigene Kosten vornehmen.

Im Übrigen meint sie, befinde sich das Mietobjekt unabhängig davon in einem vertragsgemäßen Zustand, weil das Fehlen einer Klimaanlage keinen mangelhaften Zustand darstelle. Große, nach Süden und Westen gerichtete Fenster begründeten keinen Mangel. Im Übrigen könnten die Regeln der ArbStättVO nur die Pflichten des Klägers als Arbeitgeber betreffen, nicht aber die mietrechtlichen Pflichten. Die Werte der ArbStättVO könnten auch nicht auf die Besucher von Spielhallen übertragen werden, weil die Situation von Nutzer und Arbeitnehmer nicht vergleichbar sei. Es sei auch nicht zutreffend, wie es das Landgericht festgestellt habe, dass das individuelle Nutzungsverhalten des Klägers nicht die Hitzeentwicklung verursacht habe. Die Temperatur sei regelmäßig in der Zeit zwischen Mitternacht und 2.00 Uhr angestiegen, wie sie erstmals in der Berufungsinstanz behauptet.

Im Übrigen könne sich der Kläger nach ihrer Auffassung nach Treu und Glauben nicht auf einen Mangel berufen, weil die Gewährleistung in § 2 Abs.3 S.1 des Mietvertrages ausgeschlossen worden sei. Sie habe von einer Überhitzung vor Vermietung an den Kläger nichts gewusst.

Der Kläger habe einen Herstellungsanspruch im Übrigen verwirkt, weil er erstmals im April 2003 die Hitze gerügt habe.

Sie beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage auch hinsichtlich des in der Berufungsinstanz geänderten Klageantrags abzuweisen.

Die Streithelferinnen der Beklagten schließen sich dem Antrag der Beklagten an.

Der Kläger beantragt, die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Beklagte verurteilt wird, in dem dem Kläger überlassene Mietobjekt I-Straße in T die bautechnischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass bei einer Außentemperatur bis zu 32 Grad C die Innentemperatur mindestens 6 Grad C unter der Außentemperatur liegt, ohne dass hierdurch das äußere Erscheinungsbild des Gebäudes wesentlich verändert wird, insbesondere die Fensterflächen durch feste Elemente geschlossen werden.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Bezugnahme und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags.

Er meint, § 2 Abs.3 S.2 des Mietvertrages enthalte weder einen Gewährleistungsausschlüsse noch einen Verzicht auf entsprechende Ansprüche. Die dortige Regelung, wonach der Mieter Umbauten und Einbauten in eigener Regie und auf eigene Kosten vornehme, beziehe sich auf Umbauten für die Einrichtung einer Spielhalle und das Aufstellen der Automaten, nicht auf Umbauten am Gebäude selbst.

Ein Ausschluss ergebe sich auch nicht aus eventuellen Gesprächen mit Herrn I. Dieser habe das Objekt nur vorgestellt und sei nicht Vermieter gewesen. Nach der erstmalig in der Berufungsinstanz erhobenen Behauptung des Klägers habe nicht der Zeuge I auf die Fenster hingewiesen, sondern seine, des Klägers, Ehefrau habe gefragt, ob die großen Fenster nicht zu einer erheblichen Erwärmung der Räume führten. Hierauf habe der Zeuge I erklärt, das sei nicht der Fall, da das Gebäude über eine moderne Lüftungs- und Klimaanlage verfüge. Er habe ihn und seine Ehefrau zu dem Technikraum geführt und dort die Anlage gezeigt. Es seien auch nur am 24.01.2002 und 29.01.2002 Gespräche vor Ort geführt worden, nicht an den anderen Daten. Erst am 14.01.2002 sei dieses Objekt überhaupt ins Gespräch gebracht worden. Bei den Gesprächen am 14. und 29.01. 2002 sei die Zeugin L2 dabei gewesen. Es sei nicht richtig, dass dem Kläger vorgeschlagen worden sei, die Fenster zuzumauern. Über Folien sei nur in Form von Sichtschutz-, nicht als Sonnenschutzfolien gesprochen worden. Über Sonnenschutzfolien sei nicht gesprochen worden, weil Herr I mehrfach erklärt habe, dass die Klimatisierung kein Problem sei. Alle seine Ladenlokale hätten eine Klimaanlage, insoweit bestünden keine Probleme.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen I und L2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll vom 07.02.2007 (Bl. 398 ff d.A.).

II.

Die Berufung hat ganz überwiegend keinen Erfolg.

Sie ist zulässig, aber unbegründet.

Die zulässige Klage ist im Wesentlichen begründet.

1. Der Klageantrag genügt den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO, da dieser eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil heraus ermöglicht, statt noch das Vollstreckungsverfahren mit Sachfragen zu belasten (vgl. Musielak Foerster, 5. Aufl., 2007, § 253, Rn. 29).

2. Die Übertragung des Mietvertrages von dem Kläger auf die W GmbH hat auf diesen Prozess keinen Einfluss, § 265 Abs. 1, 2 ZPO.

3. Die Klage ist begründet.

a)

Der Kläger hat gegen die Beklagte gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anspruch auf Schaffung der baulichen Voraussetzungen, damit die im Tenor bezeichneten Raumtemperaturen erzielt werden können, wobei hierbei die äußere Erscheinung des Gebäudes im Vergleich zum Zustand bei Anmietung nicht wesentlich verändert werden darf.

Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und in diesem Zustand zu erhalten.

Die gesetzliche Erhaltungspflicht gewährt dem Mieter in der Regel nur einen Anspruch auf Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs, nicht aber auf Verbesserung, Modernisierung der Mietsache oder Herstellung des technisch neuesten Zustandes (Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, III., Rn. 1282).

Liegt ein Mangel vor, ist der Vermieter zur Mangelbeseitigung grundsätzlich unabhängig von den Ursachen verpflichtet, welche die Maßnahmen erfordern.

Es kann dahin stehen, ob die Parteien vereinbart haben, dass eine Klimaanlage vorhanden sein sollte und ob aus dem Fehlen einer solchen ein Mangel folgt.

aa)

Ein Mangel ergibt sich hier nämlich aus den in den Mieträumen herrschenden Temperaturen.

Unter einem Mangel ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes von dem vertraglich geschuldeten Zustand der Mietsache zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache und auch Störquellen außerhalb der Mietsache als Mangel in Betracht kommen können (BGH, NJW 2000, 1714, 1715 m.w.N.).

Gewerblich gemietete Räume müssen auch ohne ausdrückliche Abrede so beschaffen sein, dass die nach dem Vertragszweck vorgesehene Nutzung darin in zulässiger Weise ausgeübt werden kann, § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Dafür genügt es nicht bereits, dass das Objekt bautechnisch den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Nach § 2 des Mietvertrages vermietete die Beklagte die Räume zum Betrieb einer Spielhalle mit 30 Spielautomaten.

Die dafür notwendigen Voraussetzungen müssen die vermieteten Räume erfüllen, auch ohne dass es einer besonderen Vereinbarung der Parteien über eine bestimmte Ausstattung der Räume hinsichtlich des Vorhandenseins einer Klimaanlage oder äußeren Sonnenschutzes bedarf.

Danach müssen die Räume so beschaffen sein, dass in ihnen Arbeitnehmer beschäftigt werden können und die Arbeits- und Aufenthaltsbedingungen nicht aufgrund des Bauzustandes in unzuträglicher Weise beeinträchtigt werden (vgl. OLG Rostock, NZM 2001, 425; OLG Köln, NJW-RR 1993, 466; OLG Naumburg, NJW-RR 2004, 299; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 143).

Zuträgliche Arbeitsbedingungen setzen auch die Behaglichkeit des thermischen Raumklimas in akzeptablen Grenzen voraus. Eine absolute Grenze für diese Behaglichkeit ist gesetzlich nicht vorgegeben und auch nicht im Sinne eines absoluten Grenzwertes definierbar.

Zur Bestimmung der noch akzeptablen Grenzen kann nach Auffassung des Senats auf die Bestimmungen der Arbeitsstättenverordnung zurückgegriffen werden, ohne dass diese im Verhältnis der Parteien unmittelbar anwendbar wären.

Dabei kann dahin stehen, ob das daraus folgt, dass die Räume aufgrund des Mietzwecks so beschaffen sein müssen, dass in ihnen Arbeitnehmer beschäftigt werden können und aus diesem Grund den Anforderungen der Arbeitsstättenverordnung genügt werden muss (so etwa OLG Rostock, NZM 2001, 425; OLG Naumburg, NJW-RR 2004, 299; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 143; LG Bielefeld, AiB 2003, 752) oder ob diese Bestimmungen für die Beurteilung der Frage, wann eine dem Mietzweck widersprechende Überhitzung vorliegt, heranzuziehen ist (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1307; OLG Köln, NJW-RR 1993, 466; KG, GE 2003, 48).

Nach der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Vorschrift des § 6 Abs.1 ArbStättV (jetzt: § 3 Abs.1 S.1 ArbStättV 2004 i.V.m. Nr.3.5 des Anhangs Anforderungen an Arbeitsstätten) muss in Arbeitsräumen während der Arbeitszeit eine unter Berücksichtigung der Arbeitsverfahren und der körperlichen Beanspruchung der Arbeitnehmer gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur vorhanden sein. Diese Bestimmung wird konkretisiert durch die Arbeitsstättenrichtlinie Nr. 3.3 ASR 6, die bis zum 25.08.2010 gültig ist und deren Regelung als antizipiertes Sachverständigengutachten zu bewerten und damit im Rahmen eines Rechtsstreits verbindlich ist (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1995, 143).

In dieser Richtlinie heißt es:

"3.3 Die Lufttemperatur in Arbeitsräumen soll + 26 Grad C nicht überschreiten. Bei darüberliegender Außentemperatur darf in Ausnahmefällen die Lufttemperatur höher sein."

Danach begründet nach Auffassung des Senats nicht bereits jede Überschreitung der Richtwerte der Arbeitsstättenrichtlinie einen Mangel der Mietsache. Nur kurzzeitige Unannehmlichkeiten in Folge extremer Außentemperaturen etwa im Hochsommer hat der Mieter als unerhebliche Beeinträchtigung hinzunehmen. Das ergibt sich schon allein daraus, dass es bei der Formulierung der ASR heißt: *"Die Lufttemperatur in Arbeitsräumen soll + 26 Grad C nicht überschreiten. Bei darüberliegender Außentemperatur darf in Ausnahmefällen die Lufttemperatur höher sein."*

Die Forderung, dass die Raumtemperatur in Arbeitsräumen 26 Grad C nicht überschreiten soll, ist nicht in jeder Extremsituation, völlig ungeachtet des Außenklimas, zu erfüllen (OLG Hamm, a.a.O., OLG Köln, a.a.O.). Eine schematische Beurteilung mit 26 Grad C als "Grenzwert" ist unzulässig, die Obergrenze eines behaglichen Raumklimas ist vielmehr im Einzelfall unter Beachtung aller relevanten Umstände zu ermitteln. Dabei ist zum einen zu ermitteln, wie intensiv die Temperaturüberschreitung ist. Zum anderen darf es sich nicht nur um kurzzeitige Unzuträglichkeiten bei extremen Außentemperaturen handeln. Außerdem ist der Nutzungszweck der Räume zu berücksichtigen.

Ergänzend ist die DIN 1946-2 heranzuziehen (vgl. etwa OLG Hamm, NJW-RR 1995, 143), die entgegen der Auffassung der Beklagten zu berücksichtigen ist. Zwar regelt diese nicht unmittelbar das Verhältnis der Parteien zueinander, kann aber nach Auffassung des Senats für die Frage der Ausfüllung des Begriffs der noch gesundheitlich verträglichen Temperaturen herangezogen werden, auch wenn diese grundsätzlich einen Maßstab für die Auslegung raumlufttechnischer Anlagen in Bezug auf die gesundheitliche Verträglichkeit ihres Wirkungsgrades geben. Letztlich geht es um die Frage, bei welchen Temperaturen der Aufenthalt noch als gesundheitlich zuträglich entsprechend den Bestimmungen der Arbeitsstättenverordnung angesehen werden kann.

Gemäß dieser DIN soll der Temperaturunterschied zwischen Außenluft und Raumluft maximal 6 Grad betragen soll. Ein höherer Temperaturunterschied sei in der Regel nicht anzustreben, um einen "Kälteschock" für den gekühlten Raum verlassende Personen zu vermeiden (vgl. OLG Hamm, a.a.O.).

Der Einwand der Beklagten, dass bei Anwendung der Vorschriften der ArbStättV nicht auf die Kunden der Spielhalle abzustellen ist, ist insoweit zutreffend, als die Vorschriften der ArbStättV nur die Arbeitsplätze betreffen, nicht aber das Verhältnis zum Kunden. Wenn aber über einen erheblichen Zeitraum die Raumtemperaturen erheblich über den Außentemperaturen liegen, ist der vertragsgemäße Gebrauch insoweit beeinträchtigt, dass die

Räume nicht dazu geeignet sind, dass sich Kunden dort über einen gewissen Zeitraum aufhalten, wie es der Praxis in Spielhallen entsprechen dürfte.

Auch der ökonomische Einwand der Beklagten, bei konsequenter Anwendung der ArbStättV müssten zahlreiche gewerblich genutzte Objekte mit Klimaanlage ausgestattet werden, was nicht den Vorgaben der allgemeinen Energiepolitik entsprechen dürfte, begründet keine andere Bewertung. Die Beklagte hätte durch einen Hinweis im Vertrag, dass das Objekt über keine Klimaanlage verfügt und eine Höchsttemperatur nicht gewährleistet werden könne, Ansprüche abwenden können.

bb)

Dass die Räume diesen Vorgaben nicht genügen, steht aufgrund der vom Landgericht festgestellten Tatsachen, an die der Senat gemäß § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO gebunden ist, fest.

Der Sachverständige hat sich eingehend unter Würdigung der unterschiedlichen Kühllasten mit den erzielten und erzielbaren Raumtemperaturen der Mieträume auseinandergesetzt. Insoweit wird auf die Feststellungen des Landgerichts verwiesen.

Aus dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. M ergibt sich u.a. Folgendes:

Nach den Ausführungen des Sachverständigen stehen über mehrere Stunden dauernde Temperaturüberschreitungen in den Sommermonaten fest, obwohl die Außentemperaturen zu den Messzeiträumen nicht extrem waren. Bei höheren Temperaturen sind noch höhere Innentemperaturen zu erwarten. Die Räume können aufgrund der erheblichen äußeren Kühllast durch hohe Außentemperaturen, insbesondere aufgrund der durch die Fenster gelangenden Strahlungswärme, die nach der ArbStättV erforderlichen Temperaturen nicht erreichen.

Der Sachverständige hat Temperaturmessungen in der Zeit vom 30.06.2004 bis 13.07.2004 und vom 23.06.2005 bis 03.07.2005 vorgenommen.

In dieser Zeit ist an folgenden Tagen bei Außentemperaturen bis 32 Grad C die Raumtemperatur über 26 Grad C gewesen:

30.06.2004, 01.07.2004, 06.07.2004, 07.07.2004, 08.07.2004, 23.06. bis 03.07.2005.

Im Wesentlichen handelte es sich dabei nicht um kurzzeitige Überschreitungen. Die Messungen betreffen auch keine extrem heißen Sommertage, bei denen der Mieter ohnehin mit hohen Raumtemperaturen rechnen muss.

Der Sachverständige hat festgestellt, dass die Raumtemperaturen im Spielcenter durch äußere Witterungszustände und innere Wärmelasten nahezu immer höher als normale Raumtemperaturen von 20 bis 22 Grad C liegen. Wenn die Raumtemperatur im Sommer nur mit einem Abstand von max. 6 Grad C an die Außentemperatur herankommen dürfe, müsse der Raum gekühlt werden, weil dies nicht erreicht werden könne.

Daraus folgt, dass bei Außentemperaturen von 32 Grad C, wie sie in heißen Sommern auch über längere Zeiten vorkommen können, nie 26 Grad C erreicht werden können. Aus den Messungen ergibt sich vielmehr, dass die Innentemperaturen konstant über den Außentemperaturen lagen.

Die zusätzlichen inneren Wärmelasten von größerer Bedeutung ergäben sich aus Maschinen und Geräten (= 16 %) und der Wärme durch Beleuchtung (= 9 %).

Auch wenn die eingebrachten Automaten und Beleuchtungskörper eine zusätzliche innere Kühllast begründen, ändert sich hierdurch nichts am Vorliegen eines Mangels. Erstere sind von dem Vertragszweck umfasst, so dass der bauliche Zustand der Räume dem Rechnung tragen muss.

Der Senat ist an diese Feststellungen gemäß § 529 Abs. 1 Nr.1 ZPO gebunden, weil Anhaltspunkte für Zweifel oder Unrichtigkeiten, die eine erneute Feststellung gebieten würden, nicht ersichtlich sind.

Soweit die Beklagte mit der Berufung einwendet, gegen die Feststellung des Landgerichts, nicht das individuelle Nutzungsverhalten des Klägers, sondern die Strahlungswärme der Sonne sei für die Hitzeentwicklung verantwortlich, spreche, dass die Temperatur regelmäßig in der Zeit zwischen Mitternacht und zwei Uhr angestiegen sei, führt dies zu keiner anderen Bewertung.

Zum einen ergibt sich aus diesem Einwand nicht, inwieweit ein Verhalten des Klägers für den Anstieg ursächlich sein soll. Von dem Kläger konnte nicht erwartet werden, nachts Türen und Fenster geöffnet zu halten, um einen Luftaustausch herbeizuführen. Ein solches Verhalten war ihm nicht zuzumuten.

Zum anderen ist aber auch nicht ersichtlich, dass es dem Kläger überhaupt möglich war, die Raumtemperatur zu dieser Zeit herabzukühlen, weil dies vorausgesetzt hätte, dass zu diesem Zeitpunkt ein erhebliches Temperaturgefälle im Verlauf des Tages eingetreten wäre und die Lüftungsanlage dies ermöglicht hätte. Letzteres steht nach den Ausführungen des Sachverständigen bereits nicht fest. Dieser hat bekundet, dass durch eine bessere Einstellung der Lüftungsanlage auch die in dem Beweisbeschluss angegebenen Temperaturen nicht hätten erreicht werden können.

Weiter ergibt sich auch aus den Messdaten der behauptete generelle Temperaturanstieg in der fraglichen Zeit nicht.

b) Der Anspruch des Klägers ist nicht aufgrund einer abweichenden Vereinbarung ausgeschlossen, wonach dieser selbst und auf eigene Kosten wegen der "Sonnenproblematik" Abhilfe schaffen sollte.

aa)

Gegen die Annahme einer solchen Vereinbarung spricht bereits der Text des Mietvertrages, der eine solche abweichende Vereinbarung in Bezug auf die sonnenbedingte Erhitzung nicht zum Inhalt hat.

Vielmehr heißt es unter § 7 Abs.1 des Mietvertrages, dass die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung am Gebäude dem Vermieter obliegen und er sich verpflichtet, einen vertragsgemäßen Zustand der Mietsache aufrechtzuerhalten.

In § 8 werden einzelne Pflichten der Mieterin aufgeführt, worunter aber die Aufgabe, im Hinblick auf eine eventuelle sonnenbedingte Erwärmung des Innern auf eigene Kosten Abhilfe zu schaffen, nicht aufgeführt ist.

Da es sich bei dem Mietvertrag um eine echte Urkunde handelt, die über ein Rechtsgeschäft aufgenommen worden ist, hat der Mietvertrag die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich (BGH, NJW 2002, 3164).

Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.

(1) Eine entsprechende, den Anspruch ausschließende Vereinbarung ergibt sich unabhängig von der Frage des Beweises - nicht aus dem Vortrag der Beklagten in erster Instanz, der Kläger sei ausdrücklich auf die großen Fensterflächen hingewiesen und es sei vorgeschlagen worden, diese zu schließen, worauf der Kläger erklärt habe, er könne mit den großen Fensterflächen leben; wenn sich nach Vertragsschluss herausstellen werde, dass bestimmte Änderungen sinnvoll seien, werde er diese nach seiner Erklärung auf eigene Kosten vornehmen.

Aus diesem Vortrag ergibt sich bereits nicht, dass der Kläger Kenntnis von einer aufgrund der großen Fensterflächen zu erwartenden konkreten Erhitzung der Mieträume hatte und seine Erklärung sich auf die hierdurch bedingten Folgekosten beziehen konnte. Vielmehr konnten die Erklärungen sich auch bloß auf die Folgen der Einsicht in die Räume beziehen.

(2) Die auf den Mietvertrag bezogene Vermutung ist auch nicht durch den neuen Vortrag der Beklagten zu der behaupteten Vereinbarung in zweiter Instanz, der gemäß §§ 529 Abs.1 Nr.1, 531 Abs.2 S.1 Nr.2 ZPO zuzulassen ist, widerlegt.

Zur Überzeugung des Senats steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme weder fest, dass der Zeuge I den Kläger oder die Mieterin darauf hingewiesen hat, dass es wegen der großen Fensteröffnungen an der Südseite zu der hier vorliegenden erheblichen Aufheizung kommen konnte, noch dass Herr S darauf hin erklärt hat, die Fensteröffnungen sollten, wie vorhanden und mit Folie beklebt, bestehen bleiben und falls sich später Änderungen als notwendig erweisen sollten, werde der Kläger, diese in eigener Regie und auf eigene Kosten vornehmen.

Der Zeuge hat diese Fragen bereits nicht bestätigt.

Der Zeuge I hat den von ihm bekundeten Hinweis auf die großen Fensterflächen lediglich auf eine durch die Sonneneinstrahlung bedingte, nicht näher spezifizierte Temperaturerhöhung erstreckt. Speziell über die Einstrahlung sei nicht weiter gesprochen worden.

Aufgrund eines solchen Hinweises musste die Mieterin nicht von den hier vorliegenden Raumtemperaturen ausgehen, zumal über das Ausmaß der Temperaturerhöhungen nach den Bekundungen des Zeugen nicht gesprochen worden ist und nach dem Vortrag der Beklagten auch wohl nicht gesprochen werden konnte, weil die Beklagte selbst erklärt hat, im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages von etwaigen Überhitzungen keine Kenntnis gehabt zu haben.

Der Kläger und sein Mitgesellschafter mussten das von dem Zeugen bekundete Angebot, die Fenster mit Isoelementen zu verschließen, nicht so verstehen, dass dies der Reduzierung erheblicher sonnenstrahlungsbedingter Raumtemperaturen dienen sollte. Der Zeuge I hat nämlich bekundet, Herr S habe auf dieses Angebot erklärt, das sei kein Problem. Wenn nachträglich etwas erforderlich würde, würde die Mieterin das so machen, wie sie es für ihren Betrieb benötige, wobei sich Letzteres darauf bezogen habe, dass der Spielsalon nicht von außen habe eingesehen werden dürfen.

Danach steht nicht fest, dass die Mieterin Kenntnis von den jetzt feststehenden Erwärmungen der Räume hatte und in dieser Kenntnis sich bereit erklärt hat, selbst und auf eigene Kosten Abhilfe zu schaffen.

Da die Mieterin keine Kenntnis von der tatsächlichen Höhe der Temperaturen hatte, die ihr der Zeuge I mangels eigener konkreter Angaben hierzu nicht verschaffen konnte, besteht die nicht fern liegende Möglichkeit, dass der von Herrn I bekundeten Erklärung des Herrn S, die Richtigkeit dieser Aussage unterstellt, zugrunde lag, dass das Angebot des Herrn I auf die Reduzierung der Einsichtsmöglichkeit bezogen worden ist.

Im Übrigen hat der Zeuge I auch nicht bestätigt, dass man sich darüber geeinigt habe, dass eventuelle Maßnahmen von der Mieterin zu bezahlen seien.

Der Zeuge hat auf Befragen, ob über die Kosten eventueller Maßnahmen gesprochen worden sei, nur sein eigenes Verständnis der vertraglichen Regelungen wiedergegeben, nämlich, dass für ihn klar gewesen sei, dass das, was der Mieter selbst mache, auch von ihm bezahlt werde. Deswegen sei die entsprechende Regelung in den Mietvertrag aufgenommen worden. Eine ausdrückliche Absprache ergibt sich daraus aber nicht.

Da es danach auch nicht auf den Überzeugungswert der Aussage der Zeugin L2 ankam, gibt der Inhalt des anwaltlichen Schriftsatzes der Beklagten vom 15.02.2007 keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

c)

Der geltend gemachte Anspruch auf Herstellung ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht aufgrund der Regelung des § 2 S.10 des Mietvertrages ausgeschlossen, wonach der Mieter Umbauten und Einbauten in eigener Regie und auf eigene Kosten vornehmen sollte.

Weder fallen die mit der Klage begehrten Maßnahmen hierunter, noch ist mit dieser Bestimmung die Erhaltungslast auf den Mieter übertragen worden.

aa) Bereits der Wortlaut der vertraglichen Regelungen spricht dagegen.

Mit den Regelungen zu § 2 S.9 und 10 des Mietvertrages wird zum Ausdruck gebracht, dass die Beklagte die Räume in dem Zustand zur Verfügung stellt, wie sie sich im Zeitpunkt der Besichtigung befunden haben und der Mieter die für seinen Betrieb erforderlichen Umbauten und Einbauten selbst vornehmen sollte. Danach sollte er aber nicht die Räume erst in einen bestimmten technischen Zustand versetzen, sondern in den Zustand, wie er nach den Bauplanungsunterlagen für den Betrieb des Gewerbes erforderlich war.

Der Begriff der "Um- und Einbauten" bezieht sich regelmäßig auf bauliche Maßnahmen, nicht aber auf Arbeiten an technischen Anlagen und ist auch hier nur in diesem Sinn zu verstehen, zumal die mit der Klage beanstandeten übermäßigen Temperaturen nicht auf bestimmte technische Auswirkungen des Spielsalons zurückzuführen sind, sondern auf den baulichen Gegebenheiten beruhen, wie sie sich bereits bei Übergabe darstellten, wie nach dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. M feststeht.

bb) Auch die Systematik der vertraglichen Regelungen spricht gegen das Verständnis der Beklagten.

Die Regelung steht im Zusammenhang mit der Beschreibung des Mietobjekts. Der Mieterin sollte das Objekt in dem Zustand übergeben werden, wie es bestand und sie sollte die Änderungen vornehmen dürfen, die sich aus den Bauplanungsunterlagen ergaben. Außerdem sollte sie die Ausstattung selbst vornehmen, wie sich aus dem letzten Satz von § 2 des Mietvertrages ergibt.

Gemäß § 7 des Mietvertrages war die Instandhaltung nicht dem Mieter übertragen, sondern verblieb bei der Beklagten.

Entsprechendes ergibt sich auch aus § 9 S.1 des Vertrages.

Auch aus § 8 des Mietvertrages ergibt sich nur, dass die Mieterin die Räume zu reinigen, zu lüften und zu pflegen hatte, nicht aber, dass sie irgendwelche Veränderungen an technischen Einrichtungen vornehmen sollte, die der Klimatisierung dienen sollten.

cc) Dasselbe Ergebnis folgt aus Sinn und Zweck von § 2 S.10 des Mietvertrages. Die Regelung stellt lediglich klar, dass der Mieter bauliche Veränderungen, die betriebsspezifisch erforderlich wurden, vornehmen durfte und dies auf eigene Kosten geschehen sollte.

Da es sich bei den Maßnahmen zur Reduzierung der Raumtemperaturen um die Beseitigung gebäudespezifischer Auswirkungen handelt, unterfallen solche Maßnahmen nicht der Regelung zu § 2 S.10.

d)

Der Anspruch ist auch nicht durch die Regelung in § 2 S.9 des Mietvertrages *"Der Vermieter stellt die Räumlichkeiten in dem Zustand zur Verfügung, wie der Mieter sie in Augenschein genommen hat."* ausgeschlossen.

Es kann dahin stehen, inwieweit es sich hierbei um einen wirksamen Gewährleistungsausschluss handelt und ob hiervon auch die Frage des vertragsgemäßen Gebrauchs betroffen ist.

Bei der Überhitzung der Räume handelt es sich um einen (zunächst) versteckten Mangel, der erst mit der Benutzung der Räume in Zeiten, in denen es zu einer erhöhten Sonneneinstrahlung gekommen ist, in Erscheinung getreten ist. Der Mangel liegt primär nicht in der äußeren Gestaltung des Gebäudes, sondern in deren erst im Laufe der Mietzeit erkennbar werdenden Auswirkungen (vgl. etwa OLG Köln, NJW-RR 1993, 466, 467).

Erforderlich ist, dass der Mieter die den Mangel begründenden Tatsachen kennen muss (vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 2006, 518 ff), d.h. dass es durch die konkreten baulichen Gegebenheiten zu der konkreten, den Mangel begründenden Aufheizung der Räume kommt.

Es steht aufgrund der Bekundungen des Zeugen I aber nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Mieterin Kenntnis über die konkreten Erwärmungen hatte.

Der Zeuge I hat nur erklärt, dass er vor Abschluss des Mietvertrages auf die großen Fenster und darauf hingewiesen haben will, dass infolgedessen durch die Sonneneinstrahlung die Temperaturen erhöht werden könnten. Über die Einstrahlung sei speziell nicht gesprochen worden. Aufgrund dieser Erklärungen und aufgrund der feststellbaren großen Fensterflächen war der Kläger aber nicht über die tatsächlichen Temperaturen unterrichtet.

Hierfür spricht auch, dass die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages keine Kenntnis über den Mangel gehabt hat.

Da eine Lüftungsanlage vorhanden war und die Räume zuvor anderweitig gewerblich genutzt worden waren, durfte der Kläger davon ausgehen, dass die erforderlichen Maßnahmen bei Errichtung des Gebäudes getroffen worden waren, um eine übermäßige Erhitzung zu verhindern.

e) Der Anspruch ist auch nicht gemäß § 9 des Mietvertrages ausgeschlossen.

Bei der Regelung *"Im übrigen stellt der Vermieter sicher, dass in den Gewerberäumen jederzeit eine Raumtemperatur von mindestens 20 Grad Celsius möglich ist."*

handelt es sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht um eine abschließende Regelung, die eine Gewährleistung für Höchsttemperaturen ausschließt.

Soweit die Beklagte in erster Instanz vorgetragen hat, die Parteien hätten über die Höchsttemperaturen bewusst eine Regelung vermieden, weil hierüber bei Vertragsschluss ausführlich gesprochen worden sei, ist dieser Vortrag schon nicht nachvollziehbar, weil ein Gespräch über Höchsttemperaturen nicht vorgetragen worden ist. Die Beklagte hat in erster Instanz lediglich geltend gemacht, der Kläger sei auf die großen Fensterflächen hingewiesen worden. Dass dies vor dem Hintergrund zu erwartender Erhitzung geschehen sei, ist aber schon nicht vorgetragen worden.

Soweit die Beklagte nunmehr in zweiter Instanz ergänzend zu den Gesprächen vorgetragen hat, ergibt sich daraus nicht, dass aus diesem Grund eine Regelung über Höchsttemperaturen bewusst nicht getroffen worden ist. Dies hat auch der Zeuge I nicht bestätigt. Dieser hat lediglich erklärt, der Grund für die Aufnahme der Mindesttemperatur im Mietvertrag sei gewesen, dass Herr S Zweifel gehabt habe, ob mit der vorhandenen Installation eine ausreichende Beheizung hergestellt werden können.

Im Übrigen hätte es nahe gelegen, wenn eine derartige Verpflichtung des Klägers begründet worden wäre, diese in den Mietvertrag aufzunehmen, weil die Beklagte sich zur Instandhaltung und Instandsetzung vertraglich verpflichtet hatte.

f)

Der Anspruch ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Mieterin die Mietsache vorbehaltlos entgegengenommen haben könnte.

Es steht nämlich nach den obigen Ausführungen bereits nicht fest, dass die Mieterin und der Kläger im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages Kenntnis von dem konkreten Mangel hatte.

g)

Der Herstellungsanspruch ist schließlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Kläger erstmals im April 2003 die Raumtemperaturen beanstandet und zuvor die Miete ungemindert gezahlt hat.

Die Regelung des § 539 BGB a.F., für die die einhellige Ansicht vertreten worden ist, dass der Mieter sein Recht zur Minderung verliere, wenn er den Mangel längere Zeit nicht gerügt und die Miete ungekürzt und vorbehaltlos weiter gezahlt habe (vgl. etwa BGH, NJW 2003, 2601), bezog sich nur auf die Frage der Minderung, nicht aber auf den Herstellungsanspruch.

Im Übrigen ist höchstrichterlich ausdrücklich klargestellt worden, dass für nach dem In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten eine analoge Anwendung des § 536 b BGB, der an die Stelle des § 539 BGB a.F. getreten ist, ausscheidet. Insoweit beurteilt sich die Frage, ob und in welchem Umfang ein Mieter wegen eines Mangels die Miete mindern kann, ausschließlich nach § 536 c BGB (BGH, NJW 2003, 2601, BGH, NZM 2005, 303; BGH, NZM 2006, 929), so dass erst recht der Herstellungsanspruch durch die ungeminderte Mietzahlung nicht ausgeschlossen ist.

h)

Der Anspruch ist auch nicht verwirkt gemäß § 242 BGB.

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat, der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Palandt/Heinrichs, 66. Aufl., 2007, § 242, Rn. 97 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Selbst wenn man den Ausführungen des Sachverständigen folgend und an die durchschnittlich üblicherweise auftretende jährliche Sonnenscheindauer anknüpfend, annehmen würde, dass bereits im Jahr 2002 erhebliche Erwärmungen des Rauminnern aufgetreten sind, fehlt es sowohl an dem erforderlichen Zeitmoment als auch dem Umstandsmoment.

Die Nichtgeltendmachung im Jahr 2002 genügt hierfür nicht.

Das Mietverhältnis begann am 01.03.2002. Wenn der Kläger in den Monaten April bis Oktober 2002 die Erwärmung nicht, sondern erst im April des Folgejahres geltend gemacht hat, hätte er allenfalls 7 Monate ohne Rüge verstreichen lassen, in denen es zu einer übermäßigen Erwärmung gekommen wäre. Das genügt nicht für die Annahme des erforderlichen längeren Zeitraumes, aufgrund dessen sich die Beklagte auf die Nichtgeltendmachung hätte einrichten können.

Die Beklagte hat sich auch schon deshalb nicht auf die Nichtgeltendmachung in der Zukunft eingerichtet, weil sie selbst keine Kenntnis von dem behaupteten Mangel und erst durch die Mangelrüge hierüber informiert worden sein will.

j)

Der Anspruch ist auch nicht aufgrund eines Verzichts oder Vergleichs gemäß § 779 BGB ausgeschlossen.

Die Beklagte hat zwar durch wirksame Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vorgetragen, dass die Parteien sich im Sommer 2003 darauf geeinigt hätten, dass der Kläger eine Lösung akzeptiert habe, wonach ein Einzelklimagerät unter der Decke zum Kostenpunkt von 3.000,00 bis 4.000,00 Euro habe eingebaut werden sollen.

Dieser Vortrag ist aber unbeachtlich, weil er in Widerspruch zu dem Inhalt des anwaltlichen Schreibens der Beklagten vom 05.06.2003 steht, wonach nur eine kleine stationäre Klimaanlage *"ohne Anerkennung einer Rechtspflicht im Gespräch gewesen sei"*. Daraus folgt gerade, dass es noch nicht zu einer Einigung über die Frage des Bestehens des Herstellungsanspruchs und der Minderung gekommen ist, sondern, dass dies ohne Ergebnis erörtert worden ist und es sich um einen unverbindlichen Vorschlag der Beklagten gehandelt hat.

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs.1, 101 Abs.1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist gemäß § 543 Abs.2 ZPO nicht veranlasst, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs.2 Nr.1 ZPO), noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert (§ 543 Abs.2 Nr.2 ZPO).