

Oberlandesgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB

- 1. Die "ca."-Angabe zur vermieteten Fläche im Rahmen der Beschreibung des Mietgegenstandes in § 1 des Mietvertrages vom 8. März 2002 stellt keine Zusicherung einer Eigenschaft des Mietobjekts im Sinne von § 536 Abs. 2 BGB dar. Die Zusicherung einer Eigenschaft setzt voraus, dass eine Partei die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft derart übernommen hat, dass sie für diese unbedingt einstehen will.**
- 2. Eine derartige Erklärung ist einer "ca.-Angabe zur Mietfläche" nicht zu entnehmen, weil aus dieser deutlich wird, dass sich der Vermieter insoweit nicht binden will-**
- 3. Der Zusatz "ca." lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Unerheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10 % anzusetzen.**
- 4. Auch bei der Miete von Gewerberäumen stellt deshalb eine Mietfläche, die mehr als 10 % unter der im Mietvertrag vereinbarten Fläche liegt, grundsätzlich einen zur Minderung berechtigenden Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB der Mietsache dar.**
- 5. Da der Mieter von Gewerberäumen eine Berechnung nach den Regeln für Wohnraum nicht erwarten kann, sind für die Berechnung der tatsächlich nutzbaren Flächen von Gewerbemieträumen die Grundsätze der Wohnflächenberechnung nach §§ 43, 44 der II. Berechnungsverordnung nicht einschlägig.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.2011; Az.:I-24 U 56/11

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 17. Januar 2011 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 8.415,12 Euro (7.601,55 Euro + auf den für erledigt erledigten Räumungsanspruch entfallende vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 813,57 Euro).

Gründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist offensichtlich unbegründet, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht hat zutreffend entschieden. Der Kläger kann von der Beklagten für die Monate Februar bis einschließlich Juni 2008 die Zahlung der vollen Miete in Höhe von 7.601,55 Euro gemäß § 535 Abs. 2 BGB verlangen.

A.

Zur Begründung verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 10. Oktober 2011. Hierin hat der Senat im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

I.

1. Wie das Landgericht zutreffend entschieden hat, kann die Beklagte keine Mietminderung gemäß § 536 BGB wegen einer Flächenabweichung geltend machen, weshalb der Beklagten auch ein aufrechenbarer Anspruch auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB nicht zusteht.

a) Die "ca.-Angabe zur vermieteten Fläche im Rahmen der Beschreibung des Mietgegenstandes in § 1 des Mietvertrages vom 8. März 2002 stellt keine Zusicherung einer Eigenschaft des Mietobjekts im Sinne von § 536 Abs. 2 BGB dar. Die Zusicherung einer Eigenschaft setzt voraus, dass eine Partei die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft derart übernommen hat, dass sie für diese unbedingt eintreten will (BGH, Urt. v. 30.11.1990 – V ZR 91/89, NJW 1991, 912; Urt. v. 04.05.2005 – XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152). Eine derartige Erklärung ist einer "ca.-Angabe zur Mietfläche" nicht zu entnehmen, weil aus dieser deutlich wird, dass sich der Vermieter insoweit nicht binden will (vgl. a. BGH, Urt. v. 04.05.2005 – XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Rdnr. 398). Darüber hinaus kann regelmäßig nicht davon ausgegangen werden, dass der Vermieter bereits durch die Objektbeschreibung eine weitergehende Haftung begründen und vertragsmäßig bindend erklären will, die Gewähr für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zu übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen. Demgemäß rechtfertigt die Flächenangabe die Annahme einer stillschweigenden Zusicherung regelmäßig erst dann, wenn sie durch eine entsprechende Angabe im Rahmen der Mietzinsvereinbarung als Kalkulationsgrundlage für die Miethöhe vereinbart ist (vgl. KG, Urt. v. 22.10.2001 – 20 U 3713/00, GE 2002, 257 m. w. Nachw.). In § 3 des Mietvertrages vom 8. März 2002 wird die Miete jedoch nicht auf der Grundlage der in § 1 angegebenen vermieteten Fläche berechnet. Die Vereinbarung einer Quadratmetermiete findet sich dort gerade nicht. Soweit die Beklagte geltend macht, der im Mietvertrag festgelegte Nettokaltmietzins von 1.280,00 Euro basiere auf einem Kaltmietzins von 3,20 Euro pro qm, zeigt sie nicht schlüssig auf, dass die Parteien sich zunächst auf einen solchen Quadratmetermietzins verständigt und diesen dann schlicht mit der im Mietvertrag angegebenen Fläche multipliziert haben. Hierzu fehlt es an hinreichendem Sachvortrag. Wenn die Parteien eine Mietregelung gewollt hätten, dann hätten sie dies auch so formulieren können; es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine entsprechende Aufnahme der Kalkulation nur versehentlich unterblieb.

b) Ein zur Mietminderung berechtigenden Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB wegen einer Flächenabweichung ist ebenfalls nicht feststellbar.

aa)

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt bei der Wohnraummiete ein zur Minderung der Miete berechtigender Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wenn die gemietete Wohnung eine Wohnfläche aufweist, die mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Fläche liegt (vgl. BGH, Urteile v. 24.03.2004 – VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230 und VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268; Urt. v. 28.09.2005 – VIII ZR 101/04, WuM 2005, 712; Urt. v. 22.02.2006 – VIII ZR 219/04, NJW-RR 2006, 801; Urt. v. 23.05.2007 – VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624; Urt. v. 23.05.2007 – VIII ZR 138/06, NJW 2007, 2626; Urt. v. 16.09.2009 – VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421; Urt. v. 28.10.2009 – VIII ZR 164/08, NJW 2010, 292; Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 164/08, NJW 2010, 1064; Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745). Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, infolge der Flächendifferenz sei die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert, bedarf es in einem solchen Fall nicht (BGH, Urteile v. 24.03.2004 – VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 und VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268; Urt. v. 28.09.2005 – VIII ZR 101/04, WuM 2005, 712). Die Erheblichkeitsgrenze von 10 % gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Mietvertrag zur Größe der Wohnung nur eine "ca."-Angabe enthält (BGH, Urt. v. 24.03.2009 – VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268; Urt. v. 22.04.2009 – VIII ZR 86/08, WuM 2009, 344; Urt. v. 08.07.2009 – VIII ZR 218/08, NJW 2009, 2880; Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745). Der Zusatz "ca." lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Unerheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10 % anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt (BGH, Urt. v. 24.03.2009 – VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268; Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745).

Diese vom Bundesgerichtshof für den Fall des Vorhandenseins von Minderflächen bei der Vermietung von Wohnungen aufgestellten Grundsätze sind auch auf Mietverhältnisse über Gewerberäume anwendbar. Bei der Anmietung von Gewerberäumen spielen wirtschaftliche Gesichtspunkte eine entscheidende Rolle. Der Gewerberaummieter, der Räume anmietet, um in ihnen Gewinn zu erzielen, wird, um konkurrenzfähig zu sein, mit besonderer Aufmerksamkeit darauf achten, dass er keine höhere als die ortsübliche Miete zahlt. Da sich die Miete gerade bei Gewerberäumen in der Regel nach der Betriebsfläche richtet, kommt deren Größe für den Nutzwert wesentliche Bedeutung zu (BGH, Urt. v. 04.05.2005 – XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152). Auch bei der Miete von Gewerberäumen stellt deshalb eine Mietfläche, die mehr als 10 % unter der im Mietvertrag vereinbarten Fläche liegt, grundsätzlich einen zur Minderung berechtigenden Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB der Mietsache dar (BGH, Urt. v. 04.05.2005 – XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152; OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.12.2004 – I-10 U 77/04, OLG 2005, 394; v. 13.01.2005 – I-10 U 86/04, ZMR 2005, 450; KG, Urt. v. 05.02.2009 – 12 U 122/07, MDR 2009, 499). Bei einer geringeren Flächenabweichung hat der Mieter zur Rechtfertigung einer Minderung darzulegen, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch erheblich beeinträchtigt wird (KG, Urt. v. 05.02.2009 – 12 U 122/07, MDR 2009, 499 m. w. Nachw.).

bb) Danach sind im Streitfall die Voraussetzungen für eine Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB wegen einer Flächenabweichung zum Nachteil der Beklagten nicht feststellbar. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich allenfalls eine Abweichung von weniger als 10 % der im Vertrag genannten Fläche; eine dadurch bedingte, erhebliche Beeinträchtigung des Mietgebrauchs ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

(1) Eine ausdrückliche Festlegung zur Flächenberechnung haben die Parteien im Mietvertrag vom 8. März 2002 nicht getroffen. Sie haben keine Berechnungsmethode bestimmt, die konkretisiert, welche Fläche bei der Bestimmung der "vermieteten Fläche" voll, anteilig oder nicht zu berücksichtigen ist. Es kommt deshalb darauf an, wie der Begriff "vermietete Fläche" auszulegen ist. Auszugehen ist hierbei davon, dass nach § 1 des Mietvertrages zum Betrieb einer Halle die auf dem Grundstück O.-Straße XX in D., gelegenen Räume vermietet worden sind. Daraus ergibt sich, dass die gesamte Halle mit ihrer gesamten Fläche Mietgegenstand ist. Ausnahmen sind im Mietvertrag nicht vorgesehen. Diesem lässt sich weder entnehmen, dass die Fläche oberhalb des in der Halle integrierten Büro- und Sozialtrakts nicht mitvermietet sein sollte, noch ergibt sich aus dem Mietvertrag, dass diese Fläche nicht unter die im Mietvertrag angegebene vermietete Fläche von ca. 400 qm fallen sollte. Die betreffende Fläche war für die Beklagte im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit nutzbar. Denn sie konnte zumindest als Lagerfläche genutzt werden, und als solche wurde sie von der Beklagten auch tatsächlich genutzt. Die Nutzfläche des Mietobjekts verteilte sich damit auf zwei Ebenen, und zwar auf das Erdgeschoss und auf die Lagerfläche oberhalb des in der Halle integrierten Büro- und Sozialtrakts.

Entgegen der Auffassung der Beklagten musste die Fläche oberhalb des Büro- und Sozialtrakts nicht als "zusätzlich vermietete Fläche" in der betreffenden Spalte des Mietvertrages ausgewiesen werden. Dass die gesamte Halle und damit auch die Fläche oberhalb des in der Halle integrierten Büro- und Sozialtrakts mitvermietet war, ergibt sich bereits aus der Spalte davor. Die in Rede stehende Fläche ist in dem dort bezeichneten Mietobjekt enthalten und gehört schon deshalb zur "vermieteten Fläche". Mit "zusätzlich vermieteten Flächen" sind hingegen – wie die im Klammerzusatz genannten Beispiele ("Freiflächen, Garagen") verdeutlichen – außerhalb des Mietobjekts gelegene, weitere Flächen gemeint. Um eine solche Fläche geht es hier nicht.

Dass die Parteien bei Abschluss des Mietvertrages übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass sich die im Mietvertrag angegebene Mietfläche von ca. 400 qm lediglich auf die Fläche im Erdgeschoss – ohne die darüber hinaus vorhandene Fläche oberhalb des in der Halle integrierten Büro- und Sozialtrakts – bezieht, zeigt die Beklagte nicht schlüssig auf. Sie behauptet nicht einmal, dass die Parteien vor Abschluss des Mietvertrages hierüber gesprochen haben. Die Beklagte macht insoweit lediglich geltend, die Parteien hätten zu keiner Zeit vereinbart, dass das Dach des in der Halle integrierten Büro- und Sozialtrakts als vermietete Fläche betrachtet werden solle. Einer solchen zusätzlichen Vereinbarung bedurfte es indessen nicht, weil sich bereits aus § 1 des Mietvertrages ergibt, dass die gesamte Halle Mietgegenstand ist.

Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, dass die in Rede stehende Fläche weder als Werkshallenbereich noch als Lagerraum genehmigungsfähig gewesen sei. Zum einen steht die mangelnde Genehmigungsfähigkeit eines Teilbereichs des Mietobjekts einer Berücksichtigung der betreffenden Fläche bei der Bestimmung der vertraglich vereinbarten Mietfläche nicht entgegen. Dies kann allenfalls einen Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB begründen. Zum anderen ist das Vorbringen der Beklagten ohne Substanz. Der Kläger hat dargetan und durch Vorlage der Prüfstatik vom 11. Februar 1987 belegt, dass die Nutzlast der Decke über dem Büro- und Sozialtrakt 3 ½ Tonnen pro Quadratmeter beträgt. Es mag dahinstehen, ob damit die Nutzung der Dachfläche zu gewerblichen Zwecken genehmigt ist. Es ist jedenfalls weder dargetan noch ersichtlich, weshalb die gewerbliche Nutzung dieses Bereichs bei einer solchen Nutzlast nicht

genehmigungsfähig sein sollte. Hierzu fehlt es an jedwedem Vorbringen der Beklagten.

Darüber hinaus führt das Fehlen einer für die gewerbliche Nutzung erforderlichen Baugenehmigung auch nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 Abs. 1 BGB und damit zum Vorenthalten des vertragsgemäßen Gebrauchs mit der Folge des Eintritts einer Mietminderung. Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt regelmäßig nur vor, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist (vgl. BGH, Urt. v. 16.09.2009 – VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.05.2005 – I-10 U 190/04, DWW 2005, 235; Urt. v. 30.03.2006 – I-10 U 166/05, DWW 2006, 240; Senat, Urt. v. 07.03.2006 – I- 24 U 91/05, OLGR 2006, 716; Senat, Urt. v. 04.05.2010 – I-24 U 195/09, MDR 2010, 1244; Urt. v. 05.05.2009, I-24 U 87/08, OLGR 2009, 647; Urt. v. 28.10.2010 – I- 24 U 28/10, GE 2011, 689). Dafür ist hier nichts dargetan und auch nichts ersichtlich.

(2) Die Fläche oberhalb des Büro- und Sozialtrakts ist entgegen der Auffassung der Beklagten trotz der dort vorhandenen sog. Windrispen bei der Berechnung der Mietfläche voll in Ansatz zu bringen. Dabei kann dahinstehen, ob die Windrispen – wie die Beklagte behauptet – zum Teil in einer Höhe von weniger als 1,50 m verlaufen oder ob – wie der Kläger behauptet – an keiner Stelle der Dachfläche eine Stehhöhe von weniger als 1,50 m gegeben ist.

Für die Ermittlung von Gewerberaumflächen existieren keine allgemein anerkannten Berechnungsgrundlagen (Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., Anhang zu § 556 a BGB Rdnr. 17; Neuhaus, a.a.O., Rdnrn. 385 u. 410). Da im Falle der Vermietung von Gewerberäumen nicht die Wohn-, sondern die Nutzfläche maßgeblich ist, kann der Mieter solcher Räume eine Berechnung nach den Regeln für Wohnraum nicht erwarten (vgl. KG, Urt. v. 22.10.2001 – 20 U 3713/00, GE 2002, 257; Beschl. v. 30.09.2005 – 12 U 213/04, KG 2006, 175; Langenberg in: Schmidt-Futterer, a.a.O., Anhang zu § 556 a BGB Rdnr. 17). Wenn der Mieter von Gewerberäumen die Flächenberechnung bei Vertragsschluss nicht hinterfragt und zur Art der Berechnung nichts ausdrücklich vereinbart, muss er sich regelmäßig damit abfinden, dass der Vermieter ihm die Mietfläche durch eine zulässige und mögliche Berechnung nachweist (KG, Urt. v. 22.10.2001 – 20 U 3713/00, GE 2002, 257; Beschl. v. 30.09.2005 – 12 U 213/04, KG 2006, 175; LG Hildesheim, Urt. v. 27.08.2009 – 4 O 376/08, MDR 2010, 316). Eine solch zulässige und mögliche Berechnungsmethode ist z. B. die DIN 277.

Da der Mieter von Gewerberäumen eine Berechnung nach den Regeln für Wohnraum nicht erwarten kann, sind für die Berechnung der tatsächlich nutzbaren Flächen von Gewerbemieträumen die Grundsätze der Wohnflächenberechnung nach §§ 43, 44 der II. Berechnungsverordnung nicht einschlägig (vgl. a. KG, Urt. v. 22.10.2001 – 20 U 3713/00, GE 2002, 257; Beschl. v. 30.09.2005, 12 U 213/04, KG 2006, 175). § 44 II. BV, wonach auf die Wohnfläche die Grundfläche von Räumen und Raumteilen mit einer lichten Höhe von mindestens 1,5 m zur Hälfte und die Grundflächen von Räumen oder Raumteilen mit einer lichten Höhe von weniger als 1 m gar nicht anzurechnen sind, ist vorliegend deshalb nicht anwendbar. Es besteht auch keine bundesweit übliche Praxis, Flächen mit einer lichten Höhe bis 1,50 m überhaupt nicht oder nur zur Hälfte anzurechnen (vgl. KG, Beschl. v. 30.09.2005, 12 U 213/04, KG 2006, 175).

Dem Senat ist auch nicht bekannt, dass eine solche Praxis im Bereich des hiesigen Oberlandesgerichts oder in D. üblich ist.

Nach DIN 277 müssen bei der Berechnung der Nettogrundfläche Räume oder Raumteile mit einer lichten Raumhöhe von über 1,5 m bzw. unter 1,5 m zwar getrennt ermittelt werden. Die DIN 277 macht jedoch keine Vorgabe, mit welcher Quote die Fläche von Räumen oder Raumteilen mit einer lichten Höhe von unter 1,5 m angerechnet werden. Dies obliegt der Parteivereinbarung. Vorliegend haben die Parteien eine lediglich anteilige Anrechnung solcher Räume nicht vereinbart. Es hat deshalb bei der vollen Anrechnung zu bleiben, die nach DIN 277 prinzipiell möglich und zulässig ist.

(3) Ist die in Rede stehende Dachfläche damit sogar voll zu berücksichtigen, weicht die tatsächlich nutzbare Fläche nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht mehr als 10 % von der im Mietvertrag vereinbarten Mietfläche ab.

Nach dem – bestrittenen – Vorbringen der Beklagten soll die Hallengrundfläche, d. h. die Fläche im Erdgeschoß, 316 qm betragen. Die hinzuzurechnende Lagerfläche im ersten Geschoss hat der Kläger in erster Instanz mit 67,56 qm angegeben. Hieraus errechnet sich eine Gesamtfläche von 383,56 qm. Diese weicht um weniger als 5% von der im Mietvertrag vereinbarten Mietfläche ab. Wie der Kläger im Berufungsrechtszug unwidersprochen vorgetragen hat, hat die Lagerfläche im ersten Geschoss tatsächlich sogar eine Größe von 76,56 qm. Soweit der Kläger die Größe dieser Fläche in der Klageschrift mit 67,56 qm angegeben hat, handelt es sich nach seinen Angaben in der Berufungserwiderung um einen Zahlendreher. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten, weshalb sich bei dem Vortrag des Klägers zur Größe der Lagerfläche um unstreitigen Vortrag handelt, welcher in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen ist. Für die Richtigkeit des nunmehr angegebenen Werts spricht im Übrigen, dass die Beklagte die Größe der Fläche über dem Büro- und Sozialtrakt in ihrem vorprozessualen Schreiben vom 3. Juli 2008 selbst mit 80 qm angegeben hat. Ist von einer zu berücksichtigenden Lagerfläche von 76,56 qm auszugehen, ergibt sich unter Zugrundelegung der von der Beklagten angegebenen Hallengrundfläche eine tatsächliche Gesamtmietfläche von 392,56 qm. Bei einer solchen tatsächlichen Mietfläche liegt sogar nur eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Mietfläche um weniger als 2 % vor.

Eine Abweichung der tatsächlichen Mietfläche von der im Mietvertrag vereinbarten Mietfläche von mehr als 10% ist hier im Übrigen auch dann nicht feststellbar, wenn man mit der Beklagten davon ausgehen wollte, dass Räume und Raumteile mit einer lichten Raumhöhe von weniger als 1,5 m nur zur Hälfte zu berücksichtigen sind. Denn die Beklagte zeigt nicht konkret auf, wie hoch der Anteil der Flächen ist, über die die Windrispen im Dachbereich verlaufen. Soweit die Beklagte von einem Bereich "von etwa 50%" spricht, ist ihr Vorbringen pauschal und unsubstantiiert. Es hätte der Beklagten insoweit obliegen, konkret darzulegen, wie viele Windrispen in welchem Abstand mit welcher Breite über das Dach des Büro- und Sozialtrakts verlaufen. Solcher Sachvortrag fehlt jedoch. Vor diesem Hintergrund ist nicht feststellbar, dass selbst bei nur hälftiger Berücksichtigung der Flächen, über welche die Windrispen verlaufen, eine Flächenabweichung von mehr als 10% zu Lasten der Beklagten vorliegt.

2. Zutreffend hat das Landgericht auch entschieden, dass bezogen auf die Monate Februar bis einschließlich Juni 2008 ein Minderungsrecht wegen der von der Beklagten ferner behaupteten Mängel nicht besteht. Die Beklagte hat ein etwaiges Recht auf Mietminderung gemäß § 536 BGB wegen der von ihr behaupteten

weiteren Mängel verloren, weil sie dem Kläger konkrete Mängel entgegen ihrer aus § 536c Abs. 1 BGB folgenden Verpflichtung erst mit dem Schreiben vom 4. Juli 2008 angezeigt hat, so dass der Kläger infolge der verspäteten Anzeige der Mängel in dem betreffenden Zeitraum nicht für Abhilfe sorgen konnte. Die Beklagte ist infolgedessen gemäß § 536c Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht berechtigt, ein etwaiges Minderungsrecht für die Monate Februar bis einschließlich Juni 2008 geltend zu machen. Dass sie dem Kläger die von ihr behaupteten Mängel bereits früher angezeigt hat, zeigt die Beklagte mit der Berufung nicht auf.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Berufung schließlich dagegen, dass das Landgericht der Beklagten die gesamten Kosten des Rechtsstreits erster Instanz auferlegt hat.

Soweit die Parteien den Rechtsstreit betreffend den Räumungsantrag in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat das Landgericht die diesbezüglichen Kosten des Rechtsstreits zu Recht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen gemäß § 91a Abs. 1 ZPO der Beklagten auferlegt, weil dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Räumung und Herausgabe der von der Beklagten angemieteten Gewerbehalle gemäß § 546 BGB zustand. Die fristlose Kündigung des Klägers war berechtigt, weil die Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung am 9. Juni 2008 mit der Entrichtung der Miete für fünf Monate, nämlich für die Monate Februar bis einschließlich Juni 2008 in Verzug war (§ 543 Abs. 1. Abs. 2 Nr. 3 BGB). Ein Minderungsrecht wegen einer Flächenabweichung bestand – wie ausgeführt – nicht, weshalb der Beklagten auch ein Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Miete gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB nicht zustand und die von ihr erklärte Aufrechnung ins Leere ging. Ferner war die Beklagte – wie ausgeführt – auch nicht berechtigt, ein etwaiges Minderungsrecht für die Monate Februar bis einschließlich Juni 2008 geltend zu machen (§ 536c Abs. 2 Nr. 1 BGB), wobei die Beklagte im Übrigen selbst im Falle des Bestehens eines solchen Rechts zur Zahlung einer geminderten Miete verpflichtet geblieben wäre. Die Beklagte beruft sich insoweit selbst lediglich auf eine Mietminderung in Höhe von 50%. Auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB in Bezug auf die Entrichtung der Mieten für die Monate Februar bis einschließlich Juni 2008 im Hinblick auf die von ihr behaupteten weiteren Mängel konnte sich die Beklagte – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – nicht berufen. Denn der Mieter kann ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Mangels des Mietobjekts, von dem der Vermieter keine Kenntnis hat, erst an den Mieten geltend machen, die fällig werden, nachdem der Mieter dem Vermieter den Mangel angezeigt hat (BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09, NJW-RR 2011, 447).

Hiergegen richtet sich die Berufung auch nicht. Mit dieser wendet sich die Beklagte vielmehr dagegen, dass das Landgericht ihr die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt hat, obwohl die Klägerin ihre Klageforderung um 1.700,00 Euro zurückgenommen hat. Die vom Landgericht getroffene Kostenentscheidung ist jedoch auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klage wegen weiterer 898,45 EURO (8.500,00 Euro – 7.601,55 Euro) abgewiesen worden ist, nicht zu beanstanden. Bei einer Teilklagerücknahme sind die Kosten nach § 92 ZPO zu verteilen (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 296 Rdnr. 18a und 19a), wobei grundsätzlich auch § 92 Abs. 2 ZPO anwendbar bleibt. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Kläger bei einer freiwilligen Teilklagerücknahme schlechter als im Falle eines Teilunterliegens durch streitige Entscheidung stehen soll. Gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kann das Gericht der einen Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei verhältnismäßig geringfügig war und keine oder nur geringfügig höhere Kosten angepasst hat. Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Bezogen auf den ursprünglichen Streitwert von 28.478,40 Euro, aus dem hier sämtliche Gebühren

für die erste Instanz zu berechnen sind, belief sich die Zuvielforderung des Klägers auf insgesamt 9 %. Eine solche Zuvielforderung kann noch als geringfügig angesehen werden. Mehrkosten sind durch die Zuvielforderung ebenfalls nicht entstanden, weil auch ohne die Mehrforderung der Gebührenrahmen von 25.000,00 bis 30.000,00 Euro anwendbar geblieben wäre; ein Gebührensprung liegt nicht vor. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man bei einer Teilklagerücknahme die Kostenquote dadurch ermittelt, dass die Mehrkosten, die auf den zurückgenommenen Teil entfallen, errechnet und diese in das Verhältnis zu den tatsächlich entstandenen Kosten gesetzt werden (vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 03.09.2007 – 1 W 37/07, OLGR 2008, 89). Bei Anwendung der Mehrkostenmethode sind hier durch die teilweise Klagerücknahme – wie auch durch die weitere Zuvielforderung – keine Mehrkosten entstanden, die dem Kläger hätten auferlegt werden müssen, da sich die Gebühren vorliegend auch nach der Teilklagerücknahme nach demselben Streitwert (bis zu 30.000,00 €) errechnen.

B.

An dieser Beurteilung hält der Senat fest. Die mit Schriftsatz vom 11. November 2011 vorgebrachten Einwendungen der Beklagten rechtfertigen keine abweichende Beurteilung.

Dass sich die Parteien bei Abschluss des Mietvertrages darüber einig waren, dass sich die im Mietvertrag angegebene Mietfläche von ca. 400 qm lediglich auf die Fläche im Erdgeschoss bezieht, hat die Beklagte nicht schlüssig aufgezeigt. Ihr Vorbringen war und ist insoweit ohne Substanz. Die Beklagte behauptet nach wie vor nicht einmal, dass die Parteien vor Abschluss des Mietvertrages hierüber gesprochen haben. Der insoweit fehlende substantiierte Sachvortrag kann nicht durch einen auf eine unzulässige Ausforschung hinauslaufenden Beweisantritt (Vernehmung von Frau S.) ersetzt werden.

Aus den bereits im Beschluss vom 10. Oktober 2011 angeführten Gründen musste nicht in den Mietvertrag aufgenommen werden, dass die in Rede stehende Dachfläche, die für die Beklagte im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit als Lagerfläche nutzbar war, von der Flächenangabe erfasst sein sollte.

Dass nach der zum Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses gültigen Fassung der DIN 277 bei der Berechnung der Nettogrundfläche Räume oder Raumteile mit einer lichten Raumhöhe von über 1,5 m bzw. unter 1,5 m getrennt ermittelt werden mussten, hat der Senat berücksichtigt. Aus der DIN 277, deren Anwendung die Parteien vorliegend nicht vereinbart haben, ergibt sich aber, dass eine volle Anrechnung von Räumen mit einer Raumhöhe von unter 1,5 m prinzipiell möglich und zulässig ist. Wie ausgeführt, muss sich der Mieter von Gewerberäumen, wenn er wegen der Flächenberechnung bei Vertragsschluss nicht nachfragt und zur Art der Berechnung nichts ausdrücklich vereinbart, damit abfinden, dass der Vermieter ihm die Mietfläche durch eine zulässige und mögliche Berechnung nachweist.

C.

Da auch die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2, 3 und 4 ZPO n. F. vorliegen, war die Berufung durch Beschluss zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung für das Berufungsverfahren berücksichtigt die geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten als Streitwert erhöhenden Hauptanspruch, soweit der geltend gemachte Hauptanspruch (hier. der Räumungsanspruch) übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist (vgl. BGH, NJW 2008, 999).