

# OLG Düsseldorf

## Urteil

§§ 307 Abs. 2, 536 Abs. 4, 556 Abs. 3 BGB, 264 Nr. 2, 263, 533 ZPO

- 1. Haben die Mietparteien im Mietvertrag eine Mietminderung wegen Mängel wirksam ausgeschlossen, kann der Mieter gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Der Minderungsausschluss stellt keine unangemessene Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB dar. Der Mieter wird insoweit in zulässiger Weise auf einen Bereicherungsanspruch verwiesen (BGH, NJW 1984, 2404; OLG Karlsruhe, OLGR 2006, 38; OLG Düsseldorf, GE 2005, 799 = MDR 2005, 1045; Senat WuM 1995, 392).**
- 2. Werden durch einheitlichen Mietvertrag zwischen denselben Parteien Wohn- und Geschäftsräume vermietet, handelt es sich um ein Mischmietverhältnis, dessen rechtliche Einordnung anhand der sog. Übergewichtstheorie vorzunehmen ist, d.h. für die Beurteilung ist darauf abzustellen, welche Nutzungsart nach dem autonomen durch den Parteiwillen geprägten Vertragszweck überwiegt, so dass der Ausschluss der Minderung nicht gegen § 536 Abs. 4 BGB verstößt.**
- 3. Unabhängig davon, ob es sich um eine auch in der Berufungsinstanz zulässige Klageerweiterung i.S. des § 264 Nr. 2 ZPO oder um eine als Klageänderung i.S. des § 263 ZPO zu behandelnde Forderungsauswechslung handelt, ist letztere jedenfalls gemäß § 533 ZPO zuzulassen, wenn sie sachdienlich ist und – weil unstreitig - auf Tatsachen gestützt werden kann, die der Berufungsverhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legen hat.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.03.2006, Az.: I-10 U 120/05

### **Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 3. August 2005 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise ab-geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.860,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.10.2004 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Rechtsstreits tragen der Kläger zu 48 %, der Beklagte zu 52 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über Mietzinsansprüche des Klägers in zweitinstanzlich noch geltend gemachter Höhe von 21.588,64 €. Wegen der erstinstanzlich getroffenen Feststellungen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung verwiesen (GA 108-110). Das Landgericht hat die auf Zahlung von 40.084,59 € gerichtete Klage abgewiesen. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen (GA 110 ff.).

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Klageansprüche lediglich in Höhe von 21.588,64 € weiter. Der Kläger macht geltend, das Urteil beruhe auf unzulänglicher Sachverhaltswürdigung und insbesondere auf einer Verkennung der Beweislast. Er beziffert die von dem Beklagten für die Zeit von März 2003 bis August 2004 zu zahlende, rückständige Kaltmiete auf insgesamt 17.700,00 €. Dieser Anspruch sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht durch Minderung entfallen. Diese sei gemäß § 8 I 1 MV ausgeschlossen. Tatsächlich habe es auch nie gravierende, eine Minderung rechtfertigende Mängel gegeben. An Nebenkosten schulde der Beklagte für die Zeit vom 1. März 2003 bis 30. April 2004 eine Nachzahlung in Höhe von 3.888,64 €. Wegen der weiteren Einzelheiten seines Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 3. November 2005 Bezug genommen (GA 138 ff.).

Der Kläger beantragt,

den Beklagten unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an ihn 21.588,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz ab dem 21.10.2004 zu zahlen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und bittet um Zurückweisung der Berufung. Die Berufung auf § 8 MV sei, da

erstinstanzlich nicht erfolgt, ausgeschlossen. Der Ausschluss der Minderung verstoße im Übrigen gegen §§ 307 Abs. 2, 536 Abs. 4 BGB. Hinsichtlich der Nebenkosten bestreitet er deren Anfall und macht geltend, es fehle an einer nachvollziehbaren und substantiierten Nebenkostenabrechnung. Im Übrigen sei die Geltendmachung von Nebenkosten für den hier streitgegenständlichen Zeitraum gemäß § 556 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Hinsichtlich seines weiteren Vorbringens wird auf die Berufungserwiderung vom 13.12.2005 (GA 158 ff.) verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze der Parteien einschließlich der zu den Akten gereichten schriftlichen Unterlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung, mit der der Kläger seine erstinstanzlich geltend gemachte Forderung von 40.084,59 € lediglich in Höhe von 21.588,64 € weiter verfolgt, hat in der Sache in Höhe von 20.860,90 € teilweise Erfolg. Dem Kläger steht in dieser Höhe gegen den Beklagten gemäß § 535 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Zahlung rückständiger Miete und Nebenkosten zu. Dies beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

#### 1. Kaltmiete März 2003 bis Juli 2004

Nach der unstrittigen Aufstellung des Klägers vom 3.11.2005 hat der Beklagte in der Zeit von März 2003 bis Juli 2004 die vertraglich vereinbarte Kaltmiete in Höhe eines Betrages von insgesamt 14.650 € nicht bezahlt.

Der Beklagte war entgegen der Auffassung der Kammer insoweit nicht wegen eines Mangels der Mietsache gemäß § 536 Abs. 1 BGB von der Entrichtung der vereinbarten Miete befreit. Der Senat lässt offen, ob die von dem Beklagten behaupteten Mängel vorgelegen haben. Die Berufung verweist zutreffend darauf, dass die Parteien das Minderungsrecht des Beklagten gemäß § 8 Nr. 1 MV wirksam ausgeschlossen haben. Danach kann der Mieter gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Der Minderungsausschluss stellt keine unangemessene Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB dar. Die Klausel enthält keinen vollständigen Gewährleistungsausschluss und schließt das Minderungsrecht nicht schlechthin aus, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug vom geschuldeten Mietzins. Der Mieter wird insoweit in zulässiger Weise auf einen Bereicherungsanspruch verwiesen (BGH, NJW 1984, 2404; OLG Karlsruhe, OLGR 2006, 38; OLG Düsseldorf, GE 2005, 799 = MDR 2005, 1045; Senat WuM 1995, 392). Soweit der Beklagte sich auf Satz 2 der Klausel beruft, wonach "Forderungen des Mieters wegen Schadensersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, hiervon ausgenommen sind", betrifft dies lediglich etwaige Gegenforderungen

des Mieters, die nicht streitbefangen sind, nicht aber die hier allein vom Beklagten geltend gemachte Minderung.

Der Ausschluss der Minderung verstößt auch nicht gegen § 536 Abs. 4 BGB. Die Parteien haben nicht einen Gaststätten- und einen (separaten) Wohnraummietvertrag geschlossen, sondern der Beklagte hat von dem Kläger durch einheitlichen Mietvertrag eine Gaststätte mit zugehöriger Wirtwohnung gemietet. Werden durch einheitlichen Mietvertrag zwischen denselben Parteien Wohn- und Geschäftsräume vermietet, handelt es sich um ein Mischmietverhältnis, dessen rechtliche Einordnung anhand der sog. Übergewichtstheorie vorzunehmen ist, d.h. für die Beurteilung ist darauf abzustellen, welche Nutzungsart nach dem autonomen durch den Parteiwillen geprägten Vertragszweck überwiegt. Liegt danach der Vertragsschwerpunkt in der vertraglichen Nutzung als Wohnraum, sind im Konfliktfall die Bestimmungen des Wohnraummietrechts heranzuziehen. Dominieren demgegenüber Vertragszwecke, die keinen Wohnraumcharakter haben, gilt allgemeines Mietrecht (BGH, NJW 1977, 1394; ZMR 1979, 49; NJW-RR 1986, 877). Für die hierzu anzustellende Beurteilung sind alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen, insbesondere auch die Mietzins und Flächenanteile, die auf den Wohnraum sowie auf den Geschäftsraum entfallen (Senat, 10 U 198/98, Urt. v. 17.2.2000; Reinstorf in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. I, RdNr. 105; Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 5, § 535, Anm. 7/5. m. umfangreichen Nachweisen).

Hieran gemessen liegt der Schwerpunkt des streitgegenständlichen Mietvertrages auf der gewerblichen Nutzung. Die einheitliche Vertragsurkunde trägt die Bezeichnung "Mietvertrag über gewerbliche Räume". Der Kaltmietzins beträgt gemäß § 4 Nr. 1 MV insgesamt 3.050,00 € (ohne Personalraum). Hiervon entfallen auf das gewerblich zu nutzende Restaurant 2.500 €, während die Kaltmiete für die Wohnung lediglich 550 € beträgt. Letzteres entspricht einem Anteil an der Gesamtkaltmiete von 18 %. Hinzu kommt zum einen die Höhe der mit 20.000 € vereinbarten Kautions, die die für die Wohnraummiete gemäß § 551 Abs. 1 BGB zulässige Kautionsobergrenze von drei Monatsmieten (ohne die als Pauschale oder Vorauszahlung ausgewiesenen Betriebskosten) um mehr als das zwölfwache übersteigt. Zum anderen spricht für die überwiegende gewerbliche Nutzung auch das Verhältnis der der Nebenkostenabrechnung (GA 35) zu entnehmenden Flächenanteile von 255 qm für das Restaurant und von 110 qm für die Wohnung. Damit unterliegt das einheitliche Vertragsverhältnis insgesamt dem allgemeinen, für die Geschäftsraummiete geltenden Mietrecht, so dass die mieterschützende Regelung des § 536 Abs. 4 BGB keine Anwendung findet.

Die Parteien haben sich auch nicht einverstanden auf eine Minderung in Höhe von 900,00 € geeinigt. Der diesbezügliche Vortrag des Beklagten (GA 60 a.E., 75) ist substanzlos und wird ersichtlich von dem Beklagten in zweiter Instanz auch nicht weiter verfolgt. Soweit der Beklagte erstinstanzlich – unbestritten aber ohne nähere Konkretisierung – geltend gemacht hat, er habe auf einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss der

Stadt K. an diese insgesamt 6.000 € an Mietzahlungen geleistet, geht der Senat davon aus, dass der Kläger diese Zahlungen im Rahmen seiner Forderungsberechnung für die Monate April und Mai 2004 (je 3.000 €) bereits berücksichtigt hat. Der Beklagte behauptet weder weitergehende Zahlungen noch ist er hierauf in zweiter Instanz zurückgekommen.

## 2. Kaltmiete August 2004

Erstinstanzlich hat der Kläger lediglich die rückständige Miete bis einschließlich Juli 2004 eingeklagt. Erstmals in der Berufung macht er einen weiteren Rückstand in Höhe von 3.050 € geltend. Unabhängig davon, ob es sich insoweit um eine zulässige Klageerweiterung i.S. des § 264 Nr. 2 ZPO oder um eine als Klageänderung i.S. des § 263 ZPO zu behandelnde Forderungsauswechselung handelt, ist letztere jedenfalls gemäß § 533 ZPO zuzulassen. Sie ist sachdienlich und kann – weil unstreitig – auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legen hat. Unabhängig von der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung des Beklagten vom 20.7.2004 (GA 76) ist das Mietverhältnis der Parteien hierdurch jedenfalls nicht vor dem 31.8.2004 beendet worden. Dies ergibt sich zum einen im Wege der Auslegung (§ 133 BGB) aus dem Inhalt des Kündigungsschreibens, das dem Kläger eine Rückgabe der Mietsache erst zum 31.8.2004 ankündigt und damit bei verständiger Würdigung auch eine Kündigung des Mietverhältnisses erst zu diesem Termin ausgesprochen hat. Zum anderen hat der Beklagte erstinstanzlich ausdrücklich vorgetragen, dass das Mietverhältnis zum 31.8.2004 beendet worden sei. Sofern der zweitinstanzliche Vortrag des Beklagten, Räumung und Schlüsselrückgabe seien unmittelbar nach der fristlosen Kündigung vom 20.7.2004 erfolgt, dahin zu verstehen sein sollte, dass er von einer Beendigung des Mietverhältnisses bereits zum 31.7.2004 ausgeht, ist sein bestrittenes Vorbringen jedenfalls gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert.

Eine Minderung ist aus den bereits unter Ziffer 1 dargelegten Erwägungen ausgeschlossen.

## 3. Rückständige Heiz- und Nebenkosten

Rückständige Heiz- und Nebenkosten schuldet der Beklagte für die Zeit vom 1.3.2003 bis 30.4.2004 in Höhe von insgesamt 3.160,90 €. Aus der bereits erstinstanzlich vorgelegten Heiz- und Wasserkostenabrechnung vom 30.6.2004 ergibt sich zugunsten des Klägers eine Nebenkostennachforderung für den Restaurationsbetrieb des Beklagten in Höhe von 2.740,96 €, die der Kläger ebenso wie den auf die Wirtewohnung entfallenden Betrag von 1.208,35 € (GA 29/30) in zweiter Instanz weiter verfolgt. Die Abrechnung der allgemeinen Betriebskosten 2003 (GA 34, 35) weist für die Wirtewohnung zugunsten des Klägers einen Saldo von 791,54 € und für das Restaurant einen solchen von 3.347,79 € aus. Auch diese Salden sind Gegenstand des Berufungsantrags. Der Beklagte hat gegen die ihm übersandten Nebenkostenabrechnungen weder außergerichtlich noch erstinstanzlich – über die im Schreiben der D. vom 20.7.2004 (GA 64)

enthaltenen Beanstandungen hinsichtlich der Position Inventarversicherung und der nicht berücksichtigten Nebenkostenvorauszahlungen hinaus - Einwendungen erhoben. Sein jetziges Bestreiten eines Kostenanfalls in Höhe von 8.088,64 € (= 2.740,96 + 1.208,35 + 3.347,79 + 791,54 €/GA 9) und die Rüge, es fehle an einer nachvollziehbaren und substantiierten Nebenkostenabrechnung, ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert. Soweit der Kläger seine Abrechnungen (nochmals) mit der Berufungsbegründung erläutert hat, handelt es sich lediglich um eine Ergänzung seines Vorbringens, auf das die Bestimmung des § 531 ZPO nicht anzuwenden ist.

Allerdings ist die Abrechnung der auf das Restaurant entfallenden allgemeinen Nebenkosten (GA 34, 35) um insgesamt 727,74 € (= 1.512,86 - [ 1.804,56 - 868,06 € ] : 365 x 306 Tage) zu kürzen, weil die Umlage der in die Abrechnung eingestellten Kosten der Inventarversicherung (868,06 €) vertraglich nicht vereinbart ist. Es verbleibt für das Restaurant eine allgemeine Nebenkostennachforderung in Höhe von 2.620,05 € (= 3.347,79 - 727,74 €).

Insgesamt beträgt der von dem Beklagten auszugleichende Nebenkostensaldo danach 3.160,90 € (= 8.088,64 € - 727,74 € - Vorauszahlungen 4.200 €) .

Auch wenn die Nebenkostenabrechnungen des Klägers keine Nebenkostenvorauszahlungen ausweisen, so hat der Kläger die Anrechnung in zulässiger Weise zweitinstanzlich nachgeholt, indem er die Kaltmiete entsprechend reduziert hat. Hiergegen ist nichts zu erinnern, weil die anteiligen Mietzahlungen nach der Rechtsprechung des Senats (DWW 2002, 28 = ZMR 2002, 46; 10 U 46/01, Urte. v. 27.6.2002; 10 U 116/02, Urte. v. 31.7.2003; Schmid, NZM 2001, 705) bei - wie hier - fehlender bindender Tilgungsbestimmung zunächst auf die Nebenkostenvorauszahlungen und erst dann auf die restliche Miete zu verrechnen sind. Das beruht auf der Erwägung, dass rückständige Nebenkostenvorauszahlungen nach Ablauf der Abrechnungsreife nicht mehr verlangt werden können (BGH, XII ZR 44/98, Urteil v. 4.10.2000, NZM 2001, 234), diese dem Vermieter mithin i.S. des § 366 II BGB eine geringere Sicherheit bieten. Dem Beklagten entsteht hierdurch kein Nachteil, weil sich die Nebenkostennachforderung entsprechend verringert.

Eine Minderung des Nebenkostensaldos ist jedenfalls gemäß § 8 Nr. 3 MV ausgeschlossen. Da das Mischmietverhältnis der Parteien - wie unter 1) ausgeführt - insgesamt den Regeln des gewerblichen Mietrechts unterliegt, kommt zugunsten des Beklagten auch ein Rückgriff auf § 556 Abs. 3 BGB nicht in Betracht.

4. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Streitwert: 21.588,64 €