

Amtsgericht Bad Segeberg

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 286, 291, 535, 536, 812 BGB; §§ 42, 43, 44 BVO; §§ 139, 286, 308 ZPO

- 1. Der Mieter einer Gewerbeeinheit kann nicht erwarten, dass der Nutzflächenberechnung die für Wohnraum geltenden Berechnungsmethoden der §§ 42 - 44 der II. BV bzw. der Wohnflächenverordnung zugrunde liegen.**
- 2. Die DIN 283 stellt - im Gegensatz zu der DIN 277 - eine zulässige und mögliche Methode zur Nutzflächenberechnung bei Gewerberaummietverhältnissen dar.**
- 3. Die Fläche unter einer Treppe zwischen 1 und 2 Meter Raumhöhe ist zu 1/2 zu berücksichtigen, wenn diese Fläche im Rahmen des Gewerbebetriebes tatsächlich genutzt wird oder genutzt werden kann.**
- 4. Eine von dem Gewerberaummieter genutzte Außenfläche ist bei der Nutzflächenberechnung nur dann zu berücksichtigen, wenn dem Gewerberaummieter die Außenfläche mitvermietet worden ist. Schließen die Parteien unter Abänderung des ursprünglichen Mietvertrages, in dem die Außenfläche nicht mitvermietet worden ist, einen neuen Mietvertrag, ist die Außenfläche bei der Flächenberechnung nur dann zu berücksichtigen, wenn diese bei Abschluss des neuen Mietvertrages mitvermietet worden ist, der Vermieter also dem Mieter die Nutzung nicht lediglich gestattet hat, und aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen davon auszugehen ist, dass die Außenfläche bei der Berechnung der Nutzfläche mit berücksichtigt werden soll.**
- 5. Letzteres ist nicht der Fall, wenn die vereinbarte Erhöhung der Miete ersichtlich in keinem Zusammenhang mit der Nutzung der Außenfläche steht und die Größe der Außenfläche in dem Nachtrag zu dem ursprünglichen Mietvertrag nicht genannt ist. Ob eine von dem Gewerberaummieter genutzte Außenfläche bei der Nutzflächenberechnung voll oder lediglich anteilig zu berücksichtigen ist, bleibt offen.**
- 6. Die Minderung aufgrund einer Flächenunterschreitung ist auf die Bruttomiete zu berechnen.**

AG Bad Segeberg, Urteil vom 22.12.2011, Az.: 17 C 179/10

Tenor:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.826,13 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von 1.966,50 € seit dem 05.05.2010 sowie auf einen Betrag in Höhe von weiteren 1.859,63 € seit dem 24.06.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert wird auf 3.890,62 € festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Rückzahlung im Rahmen eines Gewerberaummietvertrages entrichteter Miete.

Am 01.11.2005 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über Gewerberäume in dem Objekt ...Straße ... in Die Klägerin betrieb in den Räumlichkeiten ein Restaurant. Im Erdgeschoss befindet sich ein Gastraum, über eine Treppe innerhalb des Gastraumes ist das Obergeschoss zu erreichen, wo sich ein weiterer Gastraum befindet. Im Erdgeschoss befindet sich u.a. die Küche, die über einen Zugang und einen Flur zu erreichen ist, wobei sich die Tür zu dem Zugang unterhalb der in das Obergeschoss führenden Treppe befindet.

Der Mietvertrag vom 01.11.2005 lautet auszugsweise wie folgt:

„...“

§ 1 Mietgegenstand, Mietzweck

1. Vermietet werden folgende auf dem Grundstück ...str. ...,

gelegenen Räume, Grundstücks- und Wandflächen, Stellplätze und ähnliches:

Eckladen, EG = 2 Räume, 1 WC+ 1.OG.) 2 Räume, Herren -u. Damen WC_____

Gesamtnutzfläche: 121,5 m²

sowie folgendes Zubehör lt. Anlage: 1 Zeichnung EG., Anlage 2 Zeichnung 1.OG.

Verkaufsräume

...“

Die monatliche Miete betrug zunächst 400,00 € zuzüglich einer Nebenkostenvorauszahlung von monatlich 160,00 €. Der Vertrag wurde befristet und lief bis zum 31.12.2006 und sollte sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er nicht von einer Vertragspartei drei Monate vor seinem Ablauf gekündigt wird (§ 2 Ziff. 1 des Mietvertrages). Aufgrund von der Klägerin durchzuführender Renovierungsarbeiten sollte eine Miete durch die Klägerin bis zum 31.12.2005 nicht gezahlt werden (§ 29 Ziff. 3. des Mietvertrages). Wegen der weiteren Einzelheiten über den Inhalt des Mietvertrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen (Anlage K 1, Bl. 4-11 d.A.). Die Parteien einigten sich darauf, dass die Klägerin darüber hinaus bis zum 15.02.2006 keine Miete zahlen sollte.

Am 25.09.2006 übersendete der Beklagte der Klägerin ein Schreiben, das auszugsweise wie folgt lautet:

»...

Änderungskündigung

Hiermit kündige ich das bestehende Mietverhältnis ..., ...Straße ...

Eckladen ...

zum 31.12.2006

Wie Ihnen bereits mündlich von mir mitgeteilt wurde, kann der jetzige Mietvertrag ab 01. Januar 2007, jedoch zu einer Kaltmiete von monatlich 1000,00 Euro i.W. Eintausend Euro weiter laufen.

...“

Wegen der weiteren Einzelheiten über den Inhalt des Schreibens wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen (Anlage B 2, Bl. 144 d.A.).

Am 18.12.2006 schlossen die Parteien einen Nachtrag zu dem Mietvertrag vom 01.11.2005, der auszugsweise wie folgt lautet:

„1. ...

...

5. Auf dem Dreiecksgrundstück, vor Ihrem Geschäft, können Sie einen Tisch in der gleichen Größe, an gleicher Stelle wie er im letzten Jahr aufgestellt wurde, nutzen.

...“

In dem Nachtrag vom 18.12.2006 einigten sich die Parteien ferner auf die Zahlung einer monatlichen Miete in Höhe von 1.000,00 € ab dem 01.01.2007. Wegen der weiteren Einzelheiten über den Inhalt des Nachtrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen (Anlage K 2, Bl. 12 d.A.).

In der Folgezeit erhöhte sich die Nettokaltmiete nach einem Mieterhöhungsbegehren des Beklagten mit Schreiben vom 19.07.2008 (Anlage K 3, Bl. 13 d.A.) mit Wirkung ab dem 01.08.2008 auf 1.052,10 €.

Die Klägerin zahlte im Jahre 2006 für 10,5 Monate eine Nettokaltmiete in Höhe von monatlich 400,00 €, insgesamt also 4.200,00 € an den Beklagten. Im Jahre 2007 zahlte die Klägerin an den Beklagten für 12 Monate eine Nettokaltmiete in Höhe von monatlich 1.000,00 €, insgesamt also 12.000,00 €. Im Jahre 2008 zahlte die Klägerin an den Beklagten für 7 Monate eine Nettokaltmiete in Höhe von monatlich 1.000,00 €, insgesamt also 7.000,00 € und für 5 Monate eine Nettokaltmiete in Höhe von monatlich 1.052,10 €, insgesamt also 5.260,50 €. Im Jahre 2009 zahlte die Klägerin an den Beklagten für 7 Monate eine Nettokaltmiete in Höhe von monatlich 1.052,10 €, insgesamt also 7.364,70 €.

Anfang des Jahre 2009 ließ die Klägerin die Räumlichkeiten durch das Ingenieurbüro F... vermessen. Das Mietverhältnis endete am 31.07.2009. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die tatsächliche Nutzfläche des Objekts mehr als 10 % von der vertraglich vereinbarten Nutzfläche abweicht.

Mit Schreiben vom 16.02.2010 (Anlage K 5, Bl. 18-19 d.A.) forderte der Klägervertreter den Beklagten zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 1.966,50 € auf. Mit weiterem Schreiben vom 17.02.2010 (Anlage K 6, Bl. 20 d.A.) forderte der Klägervertreter den Beklagten zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 4.058,40 € bis zum 04.03.2010 auf. Mit weiterem Schreiben vom 27.04.2010 (Anlage K 7, Bl. 21 d.A.) forderte der Klägervertreter den Beklagten zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 3.890,62 € bis zum 07.05.2010 auf. Mit Schreiben vom 04.05.2010 (Anlage K 8, Bl. 24-25 d.A.) forderte der Klägervertreter den von dem Beklagten beauftragten ... e.V. zur Zahlung bis zum 14.05.2010 auf, nachdem dieser mit Schreiben vom 03.05.2010 (Anlage K 8, Bl. 22-23 d.A.) eine Neuvermessung des Objekts vorgeschlagen hatte.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin eine Rückzahlung in Höhe von 10,86 % der für die Jahre 2006 bis 2009 gezahlten Miete. Ferner begehrt sie die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten unter Zugrundelegung einer 1,3-Geschäftsgebühr nach einem Gegenstandswert von 3.890,00 € in Höhe von 318,50 € zuzüglich einer Post- und Telekommunikationspauschale in Höhe von 20,00 €, insgesamt also 338,50 €. Die Klage ist dem Beklagten am 23.06.2010 zugestellt worden.

Die Klägerin behauptet, die Räume hätten nicht, wie in dem Mietvertrag angegeben, eine Größe von 121,5 m², sondern tatsächlich lediglich eine Größe von 108,3 m². Sie behauptet, die Fensternischen im Erdgeschoss des Objekts reichten nicht bis zum Boden und seien daher bei der Flächenberechnung nicht zu berücksichtigen. Sie hat weiter zunächst behauptet, der Nachmieter habe die Räumlichkeiten baulich verändert, was zu einer Vergrößerung der Mietfläche geführt habe.

Sie beantragt (sinngemäß),

den Beklagten zu verurteilen, an sie 3.890,62 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins daraus seit 05.05.2010 sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 338,50 EUR zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er behauptet, die Klägerin habe nach Anmietung der Räumlichkeiten die Küche mit Gipskarton und Fliesen verkleinert, mit den eingebauten Fliesen und den Gipskarton habe die Küche eine Größe von 12,66 m², ohne diese eine Größe von 12,98 m². Gegenbeweislich beruft sich der Beklagte auf ein am 01.09.2010 erstelltes Privatgutachtens des Sachverständigen Z... (Anlage B 1, Bl. 61-62 d.A.).

Zwischen den Parteien ist unstrittig geblieben, dass die Klägerin auf einer Fläche vor dem Objekt ein Podest errichtet hat, das sie im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes als Terrasse nutzte. Der Beklagte behauptet, der Klägerin sei die Terrasse vor dem Objekt mitvermietet worden.

Das Gericht hat die Parteien persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Parteienanhörung wird Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll vom 28.10.2010 (Bl. 65-66 d.A.). Weiter hat das Gericht gemäß Beweisbeschluss vom 28.10.2010 Beweis erhoben über die Nutzfläche des Objekts durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird insoweit Bezug genommen auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen S... vom 20.06.2011 (Bl. 84-98 d.A.). Weiter hat das Gericht Beweis erhoben durch Inaugenscheinnahme des Gastraumes im Erdgeschoss des Objekts. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird insoweit Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll vom 07.11.2011 (Bl. 149-151 d.A.).

Entscheidungsgründe:

I.

Die zulässige Klage hat überwiegend Erfolg.

1. Die Klägerin kann von dem Beklagten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB die Rückzahlung von Miete für den Zeitraum vom 16.02.2006 bis 31.07.2009 in Höhe von insgesamt 3.826,13 € verlangen.

a. Der Beklagte hat den vorgenannten Betrag ohne rechtlichen Grund infolge der Zahlungen der Klägerin erlangt, weil die Miete in dieser Höhe gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB gemindert gewesen ist. Weist eine gemietete Räumlichkeit eine Fläche auf, die mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Fläche liegt, stellt dieser Umstand einen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar, ohne dass der Mieter darlegen müsste, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist (für Wohnraummietverträge: BGH, Urt. v. 24.03.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1948 f.; BGH, Urt. v. 20.07.2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773, 2774; für Gewerberaummietverträge: BGH, Urt. v. 04.05.2005 - XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152, 2153; OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.12.2001 - 17 U 176/00, NJW-RR 2002, 586; OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.12.2004 - 10 U 77/04, NZM 2005, 378; Schul/Wichert, ZMR 2002, 633, 638). Dabei ist eine „leichte“ Überschreitung dieser Grenze ausreichend, für eine weitere Toleranzgrenze ist kein Raum (überzeugend LG Münster, Urt. v. 17.10.2007 - 9 S 224/06, ZMR 2008, 630, juris Rn. 14). Auch in diesen Fällen hat der Mieter nicht darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist. Der VIII. Zivilsenat hat für den Fall einer Überschreitung einer Flächenabweichung von 10 % eine solche Darlegung nicht für erforderlich gehalten, weil die Wohn- bzw. Nutzfläche für den Miete bei vergleichbaren Objekten häufig eine ausschlaggebende Bedeutung hat (BGH, Urt. v. 24.03.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1948). Diese Begründung gilt bei jeder Flächenabweichung von mehr als 10 %, also auch bei solchen, die - wie vorliegend - lediglich knapp über 10 % liegen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht gemäß § 286 ZPO zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die tatsächliche Nutzfläche in dem Objekt gegenüber der vertraglich vereinbarten Nutzfläche um 10,68 % geringer ist. Dies folgt aus den auch für einen Laien nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Angaben des Sachverständigen S... in seinem Gutachten vom 20.06.2011.

(1) Das Gutachten begegnet keinen rechtlichen Bedenken, soweit der Sachverständige für die Flächenberechnung die DIN 283 zugrunde gelegt hat. Insbesondere können der Flächenberechnung nicht die §§ 42-44 der II. BV bzw. der Wohnflächenverordnung zugrunde gelegt werden. Zum einen ist nicht ersichtlich und von den Parteien auch auf den gerichtlichen Hinweis vom 15.08.2011 hin nicht dargetan worden, dass die Vorgaben der §§ 42-44 der II. BV von denen der DIN 283 entscheidungserheblich abweichen (vgl. hierzu LG Münster, Urt. v. 17.10.2007 - 9 S 224/06, ZMR 2008, 630, juris Rn. 10). Zum anderen lässt sich weder dem Mietvertrag noch dem Vorbringen der Parteien entnehmen, dass diese eine Nutzflächenberechnung nach diesen Bestimmungen vereinbart haben. Dem Mietvertrag lässt sich eine Vereinbarung über den Modus der Nutzflächenberechnung nicht entnehmen. Die Parteien haben auch auf den gerichtlichen Hinweis vom 15.08.2011 hin nicht dargetan, hierüber eine mündliche Vereinbarung getroffen zu haben. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine Nutzflächenberechnung nach den §§ 42-44 der II. BV bzw. der Wohnflächenverordnung konkludent vereinbart haben bzw. eine solche im Wege der

(ergänzenden) Vertragsauslegung als vereinbart anzusehen ist. Der Mieter einer Gewerbeeinheit kann nicht erwarten, dass der Nutzflächenberechnung die für Wohnraum geltenden Berechnungsmethoden der §§ 42-44 der II. BV bzw. der Wohnflächenverordnung zugrunde liegen (zutreffend KG, Beschl. v. 30.09.2005 - 12 U 213/04, NJOZ 2006, 4612, 4615; LG Hildesheim, Urt. v. 27.08.2009 - 4 O 376/08; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, Anh. zu § 556a Rn. 24). Dass die Errechnung nach einer der vorgenannten Berechnungsmethoden auch für den Bereich der Gewerberaummietverträge vorliegend ortsüblich ist, haben die Parteien auch auf den gerichtlichen Hinweis vom 15.08.2011 nicht dargetan. Scheidet nach dem Gesagten die Zugrundelegung einer bestimmten Berechnungsmethode aus, genügt es entgegen der Auffassung der Klägerin, wenn der Vermieter dem Mieter die Mietfläche durch eine zulässige und mögliche Berechnung nachweist (vgl. KG, Beschl. v. 30.09.2005 - 12 U 213/04, NJOZ 2006, 4612, 4615; LG Hildesheim, Urt. v. 27.08.2009 - 4 O 376/08). Eine solche zulässige und mögliche Berechnung stellt die DIN 283 dar. Diese ist zwar im Jahre 1983 zurückgezogen worden. Hieraus folgt aber nicht, dass diese inhaltlich unrichtig ist. Der Grund der Aufhebung lag allein darin, dass ein Bedürfnis für eine Regelung zur Berechnung der Wohnfläche bei preisfreiem Wohnraum irrtümlich vereint wurde (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 23.05.2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, juris Rn. 15; BGH, Urt. v. 24.03.2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230, juris Rn. 14; Langenberg, NZM 2993, 177, 179 n.w.Nachw.).

Soweit der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 11.11.2011 ausführt, die Nutzflächenberechnung sei bei Fehlen vertraglicher Vereinbarung bzw. einer Ortsüblichkeit nach der DIN 277 vorzunehmen, dringt er damit nicht durch. Zum einen würde dies nach dem oben Gesagten allenfalls dann gelten, wenn unter Zugrundelegung der DIN 277 - anders als unter Zugrundelegung der DIN 283 - die Nutzfläche so zu berechnen ist, dass diese nicht um mehr als 10 % geringer ist als die vertraglich vereinbarte Nutzfläche. Dass dies der Fall ist, hat der Beklagte nicht dargetan. Soweit er sich im Übrigen in seinem Schriftsatz vom 11.11.2011 gegen die Anwendung der DIN 283 durch den Sachverständigen wendet, hat das Gericht den Parteien mit Beschluss vom 23.06.2011 unter Hinweis auf § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO aufgegeben, binnen vier Wochen etwaige Einwendungen gegen das Sachverständigengutachten mitzuteilen. Innerhalb dieser Frist hat der Beklagte solche Einwendungen jedoch nicht erhoben. Soweit der Beklagte meint, der Sachverständige habe die Terrasse nach der Wohnflächenverordnung berechnet, trifft dies ersichtlich nicht zu. Der Sachverständige hat seiner Berechnung 1/4 der Fläche der Terrasse zugrunde gelegt, das entspricht der Ziff. 2.2.3 der DIN 283. Unter „gedeckten Freisitzen“ sind u.a. mit einem Sichtschutz versehene Terrassen zu verstehen (LG Saarbrücken, Urt. v. 28.02.2007 - 13 B S 17/06, WuM 2010, 446, juris Rn. 21 f.).

Soweit der Beklagte meint, der Nutzflächenberechnung sei ausschließlich die DIN 277 zugrunde zu legen, folgt dies weder aus der bereits vom Gericht zitierten Entscheidung des Kammergerichts (KG, Beschl. v. 30.09.2005 - 12 U 213/04, NJOZ 2006, 4612, 4615) noch aus der auch vom Gericht schon zitierten Literaturmeinung (Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, Anh. zu § 556a Rn. 24: „Der nicht selten anzutreffende schlichte Verweis auf DIN 277 ist nicht aussagekräftig, was sich daraus erklärt, dass die DIN 277 eine völlig andere Zielrichtung hat“). Die DIN 277 dient in erster Linie der Kostenberechnung und ist daher nach allgemeiner Meinung nicht zur Flächenberechnung geeignet (OLG Hamm, Urt. v. 07.11.1996 - 22 U 12/96, NJW-RR 1997, 1551; LG Saarbrücken, Urt. v. 28.02.2007 - 13 B S 17/06, WuM 2010, 446, juris Rn. 20; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, Anh. zu § 556a Rn. 9).

(2) Nach Auffassung des Gerichts ist bei der Nutzflächenberechnung unter Zugrundelegung der DIN 283 die Fläche unter der Treppe zwischen 1 und 2 Meter Raumhöhe zu 1/2 zu berücksichtigen. Jedenfalls dann, wenn diese Fläche im Rahmen des Gewerbebetriebes tatsächlich genutzt wird oder genutzt werden kann, ist eine

Berücksichtigung mit 1/2 der Fläche - wie in Ziff. 2.2.2 der DIN 283 vorgesehen - sachgerecht. Vorliegend befindet sich unmittelbar unter der Treppe, die zum Obergeschoss führt, der Eingang zu einem Zugang, der zur Küche führt, weshalb davon auszugehen ist, dass der Bereich unter der Treppe, soweit er zwischen einer Raumhöhe von 1 und 2 Metern liegt, tatsächlich genutzt wird. Dem Umstand, dass dort keine Stühle und Tische aufgestellt werden können, wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass die Anrechnung der Fläche lediglich zur Hälfte erfolgt. Soweit die Klägerin erstmals mit Schriftsatz vom 05.12.2011 vorgetragen hat, dass der Nachmieter die Räumlichkeiten und auch den Bereich unter der Treppe anders nutze, als die Klägerin dies getan habe, folgt hieraus nichts Abweichendes. Zum einen hat die Klägerin diesen Vortrag nicht weiter substantiiert, obwohl das Gericht bereits in seinen Beschlüssen vom 15.08.2011 sowie vom 06.10.2011 darauf hingewiesen hat, dass es die Berücksichtigung der Hälfte der Fläche für sachgerecht erachtet im Hinblick auf die tatsächlich erfolgte Nutzung und unter Hinweis auf die in dem Gutachten des Sachverständigen S... befindlichen Lichtbilder (Anlage A des Gutachtens, Bl. 96 d.A.). Darüber hinaus ist unerheblich, ob während der Nutzung des Objekts sich bereits ein Tresen unter dem Raum unterhalb der Treppe befunden hat. Denn selbst wenn dort lediglich die Tür zur Küche gewesen sein sollte, würde sich an der Nutzbarkeit des Raumes unter der Treppe nichts ändern. Dadurch, dass sich die Tür direkt unterhalb der Treppe befindet, wird der Raum unter der Treppe, auch soweit er eine Raumhöhe zwischen 1 und 2 Metern betrifft, jedenfalls in der Form genutzt, dass er dem Betreten und Verlassen der Küche dient. Hierdurch wird zugleich eine anderweitige Nutzung des übrigen Raumes, der sich im Bereich einer Raumhöhe von über 2 Metern befindet, zum Betrieb des Gewerbes ermöglicht.

(3) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die vor dem Objekt belegene „Terrasse“ in die Nutzflächenberechnung nicht einzubeziehen. Hiervon wäre nur dann auszugehen, wenn der Beklagte der Klägerin die Terrassenfläche mitvermietet hätte. Entgegen der Auffassung des Beklagten folgt aus der bereits vom Gericht zitierten Entscheidung des Kammergerichts (KG, Beschl. v. 30.09.2005 - 12 U 213/04, NJOZ 2006, 4612, 4615) nichts Abweichendes. In dieser Entscheidung geht das Kammergericht vielmehr davon aus, dass in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall die Terrasse „offensichtlich ... trotz der missverständlichen Formulierung zur Beschreibung des Vertragsobjekts ... mitvermietet“ worden ist. Dass eine Berücksichtigung von Terrassenflächen auch dann zu erfolgen hat, wenn die Terrassenfläche nicht mitvermietet worden ist, ergibt sich aus der Entscheidung nicht.

Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Terrassenfläche vor dem Objekt an die Klägerin mitvermietet worden ist. In dem Mietvertrag vom 01.11.2005 ist zwar (formularvertraglich) die Rede von „Grundstücksflächen“, in der nachfolgenden Aufzählung finden sich aber lediglich die Innenräume des Objekts im Erd- und Obergeschoss. Auch aus den in dem Mietvertrag in Bezug genommenen Zeichnungen (Anlagen 1 und 2) folgt, wie die Inaugenscheinnahme der Anlage zu dem Mietvertrag in dem Termin am 28.10.2008 ergeben hat, nicht, dass die Terrassenfläche mitvermietet worden ist. Im Gegenteil ist diese in der Anlage zu dem Mietvertrag nicht eingezeichnet. Dass die Parteien etwas Abweichendes mündlich vereinbart haben, hat der Beklagte selbst nicht behauptet. Vielmehr geht auch er ersichtlich davon aus, dass die Terrassenfläche jedenfalls ursprünglich nicht Gegenstand des Mietvertrages vom 01.11.2005 gewesen ist.

Entgegen der Auffassung des Beklagten kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte der Klägerin die Terrassenfläche durch den Nachtrag vom 18.12.2006 mitvermietet hat. Infolge der Kündigungserklärung des Beklagten vom 25.09.2006 ist zwar der befristete Mietvertrag im Hinblick auf § 2 Ziff. 1 des Mietvertrages zum 31.12.2006 beendet worden. Auch haben die Parteien aufgrund des in der „Änderungskündigung“ von dem Beklagten abgegebenen Angebotes auf Abschluss eines

neuen Mietvertrages durch den Nachtrag vom 18.12.2006 zu dem Mietvertrag vom 01.11.2005 einen neuen Mietvertrag zu den ursprünglichen Bedingungen unter Einbeziehung der in dem Nachtrag genannten Bedingungen geschlossen. Ferner ist entgegen der Auffassung der Klägerin unerheblich, dass diese das vor dem Objekt befindliche Podest errichtet hat, weil es nicht um die Frage der Vermietung dieses Podestes, sondern der darunter belegenen Fläche geht. Aus der Ziff. 5. des Nachtrages vom 18.12.2006 ergibt sich jedoch nicht, dass der Beklagte der Klägerin die Terrassenfläche mitvermietet hat. Aus dem Wortlaut der Ziff. 5. des Nachtrages ergibt sich lediglich, dass der Beklagte der Klägerin die Nutzung der nicht zum Mietobjekt gehörenden Fläche gestattet hat (vgl. zur Abgrenzung von Gestattung und Mitvermietung Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, 535 Rn. 21 m.w.Nachw.). Der Beklagte hat der Klägerin lediglich die Erlaubnis erteilt, auf dem Dreiecksgrundstück vor dem Geschäft einen Tisch in einer bestimmten Größe aufzustellen. In dem Nachtrag ist weder eine Veränderung der ursprünglichen Nutzfläche vorgenommen worden, noch ist die Größe des „Dreiecksgrundstückes“ im Einzelnen bezeichnet worden. Soweit in dem Nachtrag eine erhöhte Miete vereinbart worden ist, steht dies offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Regelung in Ziff. 5., weil gegenüber der ursprünglich vereinbarten Miete die in dem Nachtrag vereinbarte Miete um 150 % höher ist. Darüber hinaus wird der Klägerin in Ziff. 5. des Nachtrages nicht generell die Nutzung der Fläche im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes gestattet, vielmehr ist der Klägerin lediglich eine Nutzung in Form des Aufstellen eines Tisches in einer bestimmten Größe gestattet worden. Aus allem folgt, dass Ziff. 5. des Nachtrages vom 18.12.2006 lediglich im Sinne einer Gestattung des Beklagten zur Nutzung der Außenfläche zu verstehen ist. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass eine solche Gestattung von dem Beklagten widerrufen werden kann, wohingegen bei einer Mitvermietung der Beklagte zu einer Nutzungsuntersagung grundsätzlich nicht berechtigt ist.

Offen bleiben kann nach dem Gesagten, ob sich die in Rede stehende Terrassenfläche überhaupt (vollständig) auf dem Grundstück des Beklagten befindet oder sich nicht vielmehr - zumindest teilweise - das Podest - wofür im Hinblick auf die in dem Gutachten des Sachverständigen S... befindlichen Lichtbilder (Anlage B des Gutachtens, Bl. 97 d.A.) manches spricht - auf dem öffentlichen Verkehrsraum befindet.

Selbst wenn man einmal zugunsten des Beklagten davon ausgehen wollte, dass aufgrund des Nachtrages vom 18.12.2006 der Beklagte der Klägerin die Terrassenfläche vor dem Objekt mitvermietet hat, wäre diese vorliegend für die Nutzflächenberechnung nicht maßgeblich. Wie dargelegt ist die Terrassenfläche nicht Gegenstand des Mietvertrages vom 01.11.2005 gewesen. Dass die Parteien bezüglich der ursprünglich mietvertraglich vereinbarten Gesamtnutzungsfläche eine vertragliche Änderung haben vornehmen wollen, ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut des Nachtrages vom 18.12.2006, noch ergeben sich hierfür sonst irgendwelche Anhaltspunkte. Insbesondere ist die Größe der Terrassenfläche in dem Nachtrag nicht aufgeführt, ferner ist die Erhöhung der Miete ersichtlich nicht im Zusammenhang mit der im Nachtrag unter Ziff. 5. genannten Nutzung der Terrassenfläche vereinbart worden. Bei dieser Sachlage kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien vertraglich eine Einbeziehung der Terrassenfläche für die Nutzflächenberechnung vereinbart haben. Selbst wenn die Terrassenfläche mitvermietet worden wäre, ergäbe sich unter Zugrundelegung des Vorstehenden, dass die Parteien diese Fläche bei der Nutzungsflächenberechnung unberücksichtigt gelassen haben. Dann ist vorliegend ebenfalls eine Einbeziehung der Terrassenfläche in die Nutzflächenberechnung nicht möglich.

Da nach dem Gesagten die Terrassenfläche für die Nutzflächenberechnung nicht zu berücksichtigen ist, kann dahinstehen, in welchem Umfang diese zu berücksichtigen wäre, ob die Fläche also mit den Ausführungen des Sachverständigen S... nach Ziff. 2.2.3 der DIN 283 mit 1/4, gemäß Ziff. 2.2.2 wie nicht ausreichend beheizbare Wintergärten mit 1/2 oder - im Hinblick auf die im Rahmen der Nutzungsmöglichkeit für

den Gewerbebetrieb - voll bzw. anteilig auf die durchschnittliche Nutzungsdauer für Außenbereiche im Gastronomiebereich anzusetzen ist.

(4) Entgegen der Ausführungen in dem Gutachten des Sachverständigen S... sind die Fensternischen in dem Gastraum im Erdgeschoss des Objekts bei der Nutzflächenberechnung nicht zu berücksichtigen. Gemäß Ziff. 2.1.2 der DIN 283 sind Fenster- und Wandnischen, die bis zum Boden herunterreichen und mehr als 13 cm tief sind, in die Ermittlung der Grundflächen einzubeziehen. Vorliegend sind die Fensternischen im Erdgeschoss zwar mehr als 13 cm tief, jedoch reichen diese, wovon das Gericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme gemäß § 286 ZPO überzeugt ist, nicht bis zum Boden. Wie die vom Gericht im Rahmen des Ortstermins am 07.11.2011 durchgeführte Inaugenscheinnahme der Fensternischen ergeben hat, reichen diese nicht bis zum Boden, vielmehr befinden sich im Bereich des Bodens jeweils zwischen 13 und 18 cm hohe Absätze. Dass die räumlichen Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Nutzung des Objekts durch die Klägerin anders gewesen sind, hat der Beklagte selbst nicht behauptet, jedenfalls hat er auch nach dem Ergebnis der Inaugenscheinnahme keinen Beweis hierfür angeboten.

Nach dem Gesagten haben die in dem Gutachten des Sachverständigen S.... mit 0,46 m², 0,46 m² und 0,44 m², insgesamt also 1,36 m² berücksichtigten drei Fensternischen bei der Nutzflächenberechnung unberücksichtigt zu bleiben.

(5) Soweit der Beklagte zum Beweis für seine Behauptung, der von ihm beauftragte Sachverständige habe die Räume ordnungsgemäß ausgemessen, auf das Zeugnis des Herrn Z... berufen hat, war das Gericht nicht gehalten, diesem Beweisangebot nachzugehen. Nach dem oben Gesagten hat der Sachverständige S... die Nutzfläche unter Anwendung der DIN 283 zutreffend errechnet. Ob und in welchem Umfang im Einzelnen die Flächen des Objekts zu berücksichtigen sind, stellt eine vom Gericht zu beurteilende Frage dar. Vor diesem Hintergrund kann die Beweisfrage zugunsten des Beklagten als richtig unterstellt werden, ohne dass ersichtlich ist, welche abweichende Beurteilung hieraus folgen soll.

Soweit der Beklagte eingewendet hat, die Klägerin habe in der Küche Gipskarton und Fliesen angebracht und dadurch den Raum verkleinert, ist dieser Umstand ebenfalls nicht geeignet, das hier gefundene Ergebnis in Frage zu stellen. Nach den Ausführungen des von dem Beklagten beauftragten Sachverständigen Z... soll die Küche ohne diese Umbauten eine Größe von 12,66 m² haben. Der Sachverständige S... hat die tatsächliche Nutzfläche der Küche sogar mit 12,73 m² errechnet. Soweit der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 03.08.2010 noch vorgetragen hat, die Küche habe ohne die Umbauten eine Fläche von 12,98 m², setzt er sich hierdurch mit seinem eigenen Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 04.10.2010, in welchem er das Privatgutachten des Sachverständigen Z... vorgelegt hat, in Widerspruch. Bei einem widersprüchlichen Parteivorbringen ist das zeitlich letzte Vorbringen zugrunde zu legen.

b. Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist davon auszugehen, dass das Objekt eine Gesamtnutzfläche von 108,53 m² hat. Damit ist die tatsächliche Nutzfläche um 10,68 % geringer als die vertraglich vereinbarte Nutzfläche von 121,5 m². Die Höhe der Minderung entspricht der prozentualen Flächenabweichung (BGH, Urt. v. 24.03.2004 – VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1949; Kraemer, NZM 1999, 156, 161). Zu berechnen ist die Minderung auf die Bruttomiete, dies gilt nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch für die Minderung aufgrund einer Flächenunterschreitung (BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773, 2774). Soweit vorliegend die Klägerin die Minderung abweichend auf die Nettokaltmiete berechnet hat, ist das Gericht hieran gebunden (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Soweit der von dem Beklagten beauftragte ... e.V. in seinem vorgerichtlichen Schreiben vom 03.05.2010 (Anlage K 8, Bl. 22-23 d.A.) hinsichtlich der auf das Jahr 2006 bezogenen Forderung die Einrede der Verjährung erhoben hat, greift diese nicht durch. Gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt die allgemeine Verjährungsfrist erst zu laufen, wenn der Gläubiger - hier die Klägerin - von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Vorliegend hat die Klägerin aber erstmals infolge der Anfang 2009 durchgeführten Vermessung des Objekts Kenntnis von der Flächenabweichung erlangt. Dass die Klägerin über die Flächenabweichung infolge grober Fahrlässigkeit in Unkenntnis war, ist von dem Beklagten weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.

Die Klägerin kann demnach die Rückzahlung folgender Mieten verlangen:

16.02.2006 bis 31.12.2006:

10,5 Monate x 42,72 =

448,56 €

01.01.2007 bis 31.12.2007:

12 Monate x 106,80 =

1.281,60 €

01.01.2008 bis 31.07.2008:

7 Monate x 106,80 =

747,60 €

01.08.2008 bis 31.12.2008:

5 Monate x 112,36428 =

561,82 €

01.01.2009 bis 31.07.2009:

7 Monate x 112,36428 =

786,55 €

3.826,13 €

Soweit die Klägerin einen weitergehenden Betrag in Höhe von 64,49 € geltend gemacht hat, war die Klage unbegründet und daher abzuweisen. Auch wenn die Klägerin die Minderung auf die Bruttomiete hätte berechnen können, handelt es sich hierbei um einen nicht streitgegenständlichen Anspruch, den das Gericht der Klägerin im Hinblick auf ihren ausdrücklichen Vortrag, die Minderung auf die Nettokaltmiete zu berechnen, nicht zusprechen kann (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

2. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Zinsen auf den für begründet erachteten Teil der Hauptforderung folgt hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 1.966,50 € aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB sowie hinsichtlich der weitergehenden Klagforderung aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

Soweit die Klägerin Zinsen auf den weitergehenden Teil der Hauptforderung in Höhe von 64,49 € geltend gemacht hat, bestand ein solcher Zinsanspruch in Ermangelung eines Zahlungsanspruches nicht, insoweit war die Klage abzuweisen.

Soweit die Klägerin die Zahlung von Zinsen auf die Hauptforderung ab dem 05.05.2010 begehrt, besteht ein Zinsanspruch nur teilweise. Durch das Schreiben des Klägervertreters vom 16.02.2010 (Anlage K 5, Bl 18-19 d.A.) über einen Teilbetrag in Höhe von 1.966,50 € ist der Beklagte mit Ablauf des 05.03.2010 in Verzug geraten. Die Forderung einer zu geringen Summe begründet hinsichtlich des angemahnten Betrages Verzug (BGH, Urt. v. 26.05.1982 - IVb ZR 715/80, NJW 1982, 1985, juris Rn. 44). Insoweit waren der Klägerin Zinsen - wie geltend gemacht - ab dem 05.05.2010 zuzusprechen (vgl. § 308 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Soweit die Klägerin die Zahlung von Zinsen auf die weitergehende Klagforderung ab dem 05.05.2010 geltend macht, ist der Beklagte durch die Schreiben des Klägervertreters vom 17.02.2010 (Anlage K 6, Bl. 20-21 d.A.), vom 27.04.2010 (Anlage K 7, Bl. 21 d.A.) und vom 04.05.2010 (Anlage K 9, Bl. 24-25 d.A.) nicht wirksam in Verzug gesetzt worden. In den Schreiben ist ein höherer Forderungsbetrag als der nach dem oben Gesagten begründete Rückforderungsbetrag genannt worden. Bei einer Zuvielforderung tritt ein Verzug aber nur dann ein, wenn der Schuldner die Erklärung des Gläubigers nach den Umständen des Falls als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (vgl. BGH, Urt. v. 25.06.1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115, 3116, juris Rn. 11; BGH, Urt. v. 05.10.2005 - X ZR 276/02, NJW 2006, 769, juris Rn. 24). Von beidem kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Die Klägerin hat unter Zugrundelegung des von ihr beauftragten Privatgutachtens eine Zahlung von dem Beklagten verlangt und mit Schreiben vom 04.05.2010 auch auf das Schreiben des ... e.V. vom 03.05.2010 an ihrer Forderung mit Schreiben vom 27.04.2010 festgehalten. Darüber hinaus kann nach dem Gesagten nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte zur Zahlung eines niedrigeren Betrages bereit gewesen ist, weil der ... e.V. in seinem Schreiben vom 03.05.2010 eine solche Zahlung nicht angeboten hat, sondern vielmehr eine Neuvermessung des Objekts mit dem Ziel, eine Nutzflächenüberschreitung von mehr als 10 % zu widerlegen. Hinsichtlich der restlichen Hauptforderung ist ein Verzug daher erst mit Zustellung der Klagschrift an den Beklagten gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB i.V. mit § 187 Abs. 1 BGB analog eingetreten.

Soweit die Klägerin darüber hinaus die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 338,50 € begehrt, ist die Klage unbegründet. Die Kosten der Rechtsverfolgung sind nur dann als Teil des Verzugsschadens zu erstatten, wenn sich der Schuldner im Zeitpunkt der Beauftragung des Rechtsanwaltes bereits in Verzug befunden hat. Die Kosten der den Verzug erst begründenden Handlungen sind nicht erstattungsfähig (vgl. BGH, Urt. v. 31.10.1984 - VIII ZR 226/83, NJW, 1985, 324, juris Rn. 52). Dass die Klägerin selbst den Beklagten vor der Beauftragung des Klägervertreters in Verzug gesetzt hat, hat sie nicht dargetan. Soweit die vorgerichtlich verfassten Aufforderungsschreiben überhaupt wirksam einen Verzug begründet haben, stammen diese Schreiben alle von dem Klägervertreter und nicht der Klägerin selbst. Das Gericht war nicht gehalten, die Klägerin hierauf gesondert hinzuweisen, da es sich bei den vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten um eine Nebenforderung handelt (vgl. § 139 Abs. 1 ZPO).

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Zwar folgt dies nicht alleine aus dem Umstand, dass die Zuvielforderung - soweit sie Nebenforderungen (Zinsen und Rechtsanwaltskosten betraf - im Hinblick auf § 43 Abs. 1 GKG keine Mehrkosten

verursachen konnte, weil § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO weiter voraussetzt, dass es sich zudem um eine verhältnismäßig geringfügige Zuvielforderung handelt, wobei die Nebenforderungen in die Bildung des fiktiven Streitwertes einzuberechnen sind (vgl. Zöller/Herget, ZPO, § 92 Rn. 11 m.w.N.). Vorliegend konnte jedoch unter Zugrundelegung dessen jedenfalls bei einem Unterschreiten einer Grenze von 10 % noch von einer verhältnismäßig geringfügigen Zuvielforderung ausgegangen werden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Für die Klägerin wird, soweit das Gericht die Klage abgewiesen hat, die Berufung gegen dieses Urteil nicht zugelassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Dem Rechtsstreit liegen keine abstrakten und/oder klärungsbedürftigen Rechtsfragen zugrunde, vielmehr geht es ausschließlich um die Rechtsanwendung im Einzelfall.

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1, 43 Abs. 1 GKG, 3 ZPO.