

# Oberlandesgericht Karlsruhe

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 307 Abs. 1, 535, 536a BGB

- 1. § 536a Abs. 1 BGB setzt ein Verschulden des Vermieters hinsichtlich des den (nachträglichen) Mangel auslösenden Umstandes voraus. Ist die Vermieterin nicht Bauherrin der die Staubentwicklung auslösenden Großbaustelle, hat sie die Entstehung des Mangels nicht verschuldet, weil ein Vermieter nach mangelfreier Übergabe der Mieträumlichkeiten nicht verpflichtet ist, vorsorglich Maßnahmen zu ergreifen, um dafür Sorge zu tragen, dass möglicherweise von Dritten ausgehende Störungen des Mietgegenstandes unterbleiben.**
- 2. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB stellt ausdrücklich klar, dass sich eine unangemessene Benachteiligung auch aus der Unklarheit oder Undurchschaubarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung ergeben kann.**
- 3. Nach der verbleibenden Klausel sind Ausverkäufe, gleiches gilt für Saisonschlussverkäufe sowie Sonderaktionen, nur nach vorheriger (schriftlicher) Zustimmung des Vermieters zulässig. Damit erhält der Vermieter ohne nähere Bindung das Recht einer Entscheidung hinsichtlich des Geschäftsbetriebs des Mieters ohne dass hinreichend bestimmt festgelegt ist, für welchen Anlass dies konkret gilt und nach welchen Kriterien die Entscheidung über die (Nicht-)Erteilung der Zustimmung erfolgt. Während die Verwendung der Begriffe "Ausverkäufe" und "Saisonschlussverkäufe" noch nach dem Anlass abgrenzbar sind, ist kaum erkennbar, was alles als "Sonderaktion" einzuordnen ist.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.06.2014; Az.: 10 U 21/12

### **Tenor:**

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 31.08.2012 - 7 O 72/11 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 25.285,45 EUR nebst Jahreszinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß

nachfolgender Aufstellung zu zahlen:

aus jeweils 4.650,98 EUR vom 07.01. bis 15.01.2009, 06.02. bis 16.02.2009, 06.03. bis 15.03.2009, 06.04. bis 15.04.2009, 07.05. bis 18.05.2009, 06.07. bis 16.07.2009, 06.08. bis 17.08.2009, 06.09. bis 28.09.2009, 06.10. bis 27.10.2009, 06.11. bis 17.11.2009, 06.12. bis 15.12.2009, 06.01. bis 15.01.2010 und vom 06.02. bis 15.02.2010,

aus jeweils 197,02 EUR vom 16.01. bis 15.06.2009 und jeweils seit 17.02.2009, 16.03.2009, 16.04.2009, 19.05.2009, 17.07.2009, 18.08.2009, 29.09.2009, 28.10.2009, 18.11.2009, 16.12.2009

jeweils bis zum 22.10.2010 sowie seit 16.01.2010 und seit 16.02.2010, aus 192,40 EUR vom 16.06.2009 bis 22.10.2010, aus 134,08 EUR seit 23.10.2010 und

aus jeweils 3.720,78 EUR seit jeweils dem 6. Tag der Monate April 2010 bis einschließlich Juli 2011, abzüglich der am 02.03.2010, 06.04.2010, 17.05.2010 und 15.06.2010

jeweils gezahlten 4.453,96 EUR, am 25.08.2010, 05.10.2010, 22.10.2010, 26.11.2010, 04.01.2011 und

(nochmals) am 04.01.2011 jeweils gezahlter 3.339,75 EUR und

der am 08.02.2011 gezahlter 3.600,31 EUR.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 7.500,00 EUR nebst Jahreszinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 16.02.2012 zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt die Klägerin 8% und die Beklagte 92%.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

III. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

I.

Klage und Widerklage betreffen Ansprüche aus einem gewerblichen Mietverhältnis. Wegen des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird zunächst auf die tatsächlichen Feststellungen im angegriffenen Urteil Bezug genommen.

In § 9 Nr. 2 des Mietvertrages (Anlage 3) haben die Parteien vereinbart:

"Ausverkäufe sind nur nach gesetzlich festgelegten Zeiten oder nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vermieters zulässig; dies gilt auch für Saisonschlussverkäufe sowie Sonderaktionen."

Die Beklagte hat die Klägerin erfolglos um Zustimmung zu einem Räumungsverkauf in der Zeit vom 15.06. bis einschließlich 16.07.2011 gebeten (Anlage B 4). Die Beklagte meint, die Klägerin habe die Zustimmung ohne rechtfertigenden Grund verweigert und sei ihr deswegen zum Ersatz des entgangenen Gewinns verpflichtet. Hierzu hat die Beklagte behauptet, sie habe in den Jahren 2008 bis 2010 im Durchschnitt monatlich einen Rohertrag von 8.422,00 EUR erwirtschaftet. Da bei einem Räumungsverkauf das fünfzehnfache des normalen durchschnittlichen Rohertrags zu erzielen gewesen wäre, sei ihr - nach Abzug von 4.047,00 EUR für (höheren) Personalbedarf - ein Gewinn von 122.287,00 EUR entgangen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 25.285,45 EUR nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage der Beklagten abgewiesen. Hierzu hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagte schulde auch einen monatlichen Werbekostenzuschuss von 117,15 EUR, denn die vertragliche Regelung sei nicht nach §§ 305c, 307 BGB unwirksam. Der geschuldete Betrag sei aus der angegebenen Staffel bestimmbar und damit auch der Höhe nach beschränkt. Durch die Staubentwicklung aufgrund der Großbaustelle am Europaplatz sei eine spürbare Beeinträchtigung des Mietgebrauchs eingetreten, weswegen seit März 2010 eine 20%-ige Mietminderung eingetreten sei. Ein Schadensersatzanspruch nach § 536a BGB a. F. stehe der Beklagten aber deswegen nicht zu, weil die Klägerin die Staubentwicklung durch die Großbaustelle nicht zu vertreten habe und mit der Mangelbeseitigung nicht in Verzug gewesen sei. Wegen der Verweigerung der Zustimmung zu einem Räumungsverkauf stehe der Beklagten kein Schadensersatzanspruch zu. Die Klägerin habe die Zustimmung nicht grundlos verweigert und sei wegen der erheblichen Zahlungsrückstände auch nicht zur Zustimmung verpflichtet gewesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Die Beklagte, macht mit der Berufung geltend, das Landgericht habe verkannt, dass es sich bei § 7 Nr. 1 Abs. 1 des Mietvertrages um eine Umlagevereinbarung handle, welcher die erforderliche Kostenbegrenzung fehle, weil die tatsächlich anfallenden und umzulegenden Kosten nicht festgelegt seien. Wegen der Unwirksamkeit dieser Vereinbarung zum Werbekostenbeitrag verbleibe - unter Berücksichtigung der ausgeurteilten Minderungsquote von 20% - und nach Abzug von Rückforderungsansprüchen für die Jahre 2006 - 2008 von richtigerweise jährlich 1.672,90 EUR noch eine Klageforderung von 18.064,29 EUR.

Diese Forderung sei durch Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch von

93.582,25 EUR wegen der Reinigungskosten für den ausgelegten Schmuck erloschen. Die vom Landgericht festgestellte Staubeinwirkung sei für die Klägerin vorhersehbar gewesen und hätte durch das (erstmalig in der Berufung erwähnte) Anbringen von Vorhängen an den Eingängen verhindert werden können. Dass die Klägerin dies unterlassen habe, sei jedenfalls deswegen schuldhaft, weil die Bauherrin der Baumaßnahmen (im Folgenden: K.) den Verantwortlichen des Einkaufszentrums angeboten habe, vor die Eingänge einen sogenannten Schmutztunnel mit Filteranlagen zu bauen, sofern dies für erforderlich gehalten werde. Das genannte Angebot habe die Beklagte erst während des Berufungsverfahrens durch ein Telefonat mit dem Zeugen J., dessen Vorgängerin bei der K. (unstreitig) die Zeugin C. war, erfahren. Dieses Telefonat habe auch die Zeugin F. mitgehört.

Außerdem schulde die Klägerin der Beklagten Schadensersatz von 122.287,00 EUR wegen der Untersagung des Räumungsverkaufs. Die Unwirksamkeit der Regelung in § 9 Abs. 2 des Mietvertrages ergebe sich schon daraus, dass ein Ausverkauf von einer "schriftlichen" Zustimmung des Vermieters abhängig sei. Mit der Berufung auf die unwirksame Klausel sei der Beklagten der vertragsgemäße Gebrauch untersagt worden. Denn die Klägerin habe auch kein "Widerspruchsrecht" gehabt. Selbst wenn die Beklagte der Klägerin noch Miete geschuldet hätte, sei zu berücksichtigen, dass es wegen der Verletzung der Erhaltungspflicht durch die Klägerin zu einem Mangel gekommen sei.

Die Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Karlsruhe vom 31.08.2012 (7 O 72/11) die Klage abzuweisen und auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 192.786,26 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin hält die Berufung schon für unzulässig und verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Der in der Berufungsinstanz neu vorgetragener Sachverhalt werde bestritten und unterliege dem Novenausschluss.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst den vorgelegten Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 19. August 2013 (AS II, 125 f.) durch Vernehmung des Zeugen B. und Einholung eines (mündlich erstatteten) Sachverständigengutachtens von Dipl. Betriebswirt ... Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 12. März 2014 (AS II, 203 ff.) verwiesen.

## **Entscheidungsgründe:**

II.

1. Die Berufung der Beklagten ist zulässig.

Die fristgerecht eingelegte Berufung genügt den Anforderungen von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO. Für die Zulässigkeit ist ausreichend, dass die Berufungsführerin der angegriffenen Entscheidung ihre abweichenden rechtlichen Schlussfolgerungen entgegensetzt. Darin liegt die erforderliche Auseinandersetzung mit der Begründung des Landgerichts.

2. Die Berufung ist in der Sache nur zu einem geringen Teil begründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung von 25.285,45 EUR nebst Zinsen verurteilt, weil die Beklagte auch den Werbekostenbeitrag schuldet (a) und der Beklagten kein Schadensersatzanspruch wegen der Verunreinigung des ausgelegten Schmucks zusteht (b). Die Widerklage ist (nur) hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs wegen der verweigerten Zustimmung zu einem Räumungsverkauf in Höhe von 7.500,00 EUR nebst Zinsen begründet (c).

a) Die Klage ist hinsichtlich des Werbekostenbeitrags begründet.

Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass die von der Beklagten für die Unwirksamkeit der Regelung über die Werbegemeinschaft in § 7 des Mietvertrags herangezogene Unklarheitenregelung in § 305c Abs. 2 BGB voraussetzt, dass nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind (Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305c Rn. 15 m. w. N.). Trotz der (einmaligen) Verwendung des Fachterminus "Umlage" spricht insbesondere die seit 2001 nicht erfolgte Abrechnung deutlich gegen die für eine Umlage wesentypische Nachforderungsmöglichkeit. Der Senat schließt sich daher der nachvollziehbaren und überzeugenden Auslegung des Landgerichts an, dass der Werbekostenbeitrag keine Umlage darstellt und aufgrund seiner Bestimmbarkeit wirksam vereinbart wurde. Die Berufung hat deswegen keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 25.285,45 EUR richtet, weil zutreffend eine Verpflichtung zur Zahlung des Werbekostenbeitrags berücksichtigt wurde und die Beklagte für die Jahre 2006 - 2008 keinen Rückforderungsanspruch von jährlich 1.672,90 EUR hat.

b) Der Beklagten steht kein (gegen die Klageforderung aufrechenbarer) Schadensersatzanspruch wegen der Verunreinigung des ausgelegten Schmucks zu. Der von der Beklagten zur Aufrechnung mit der Klageforderung verfolgte Schadensersatzanspruch von 93.582,25 EUR besteht nicht, weil es an den nach § 536a BGB erforderlichen Voraussetzungen fehlt.

Die Beklagte stützt sich insoweit auf die Feststellung des Landgerichts, dass die Baustelle auf dem Europaplatz zu einer den Gebrauch der Mietsache erheblich beeinträchtigenden Staubeinwirkung geführt hat. In der Berufung wird erstmals

vorgetragen, diese Staubeinwirkung hätte von der Klägerin unter anderem durch die Anbringung von Vorhängen an den Eingängen verhindert werden können. Weil die Klägerin diese Schutzmaßnahme nicht genutzt habe, sei ihr Fahrlässigkeit vorzuwerfen und sie habe den Mangel daher zu vertreten. Der neue Vortrag sei zulässig, weil das Landgericht die Beklagte nicht darauf hingewiesen habe, dass tatsächlich zusätzliche Erläuterungen dazu notwendig gewesen wären, wie die Klägerin die Staubeinwirkungen hätte verhindern können.

(1) Der neue, von der Klägerin bestrittene, Vortrag der Beklagten zur Möglichkeit einer Verhinderung der Staubeinwirkung durch Anbringung von Vorhängen unterliegt dem Novenausschluss nach § 531 Abs. 2 ZPO.

Nach § 529 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht für seine Entscheidung neben den vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen neue Tatsachen nur zu berücksichtigen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist. Zulässig sind neue Tatsachen nach § 531 Abs. 2 ZPO, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (Abs. 2 Nr. 1) oder wenn die neue Tatsache im ersten Rechtszug infolge eines Verfahrensmangels (Abs. 2 Nr. 2) oder ohne dass dies auf Nachlässigkeit der Partei beruht (Abs. 2 Nr. 3), nicht geltend gemacht worden ist.

Keiner dieser Gründe rechtfertigt, dass die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren behauptet, die Klägerin treffe ein Verschulden, weil der (vom Landgericht festgestellte) Mangel durch das Anbringen von Vorhängen an den Eingängen hätte verhindert werden können. Dass das Landgericht erkannt hat, dass es für einen Schadensersatzanspruch der Beklagten im Rahmen des § 536a Abs. 1 BGB auf ein Verschulden der Klägerin an der Entstehung des Mangels ankommt, ergibt sich nicht nur aus dem angegriffenen Urteil, sondern auch aus dem gerichtlichen Hinweis vom 2. Juli 2012 (AS I, 355). Zwar ist im Hinweis ausgeführt, dass kein Vertretenmüssen der "Beklagten" in Bezug auf die Staubentwicklung durch die Baustelle erkennbar sei, während es tatsächlich auf ein Verschulden der Klägerin/Widerbeklagten ankommt. Dass das Landgericht im Hinweis die Parteirollen vertauscht hat, ist unerheblich, weil dies für die Parteien ohne weiteres zu erkennen war und auch erkannt worden ist. Die Erkennbarkeit ergibt sich bereits aus dem ersten Satz des Hinweises, in welchem ausgeführt ist: "Die Beklagte verweist in dem Schriftsatz vom 26.06.2012 Denn einen Schriftsatz der Beklagten mit diesem Datum gibt es nicht, vielmehr stammt der genannte Schriftsatz von der Klägerin. Schließlich hat auch die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist erwidert, sie könne die Auffassung, "die Klägerin habe kein Verschulden getroffen", nicht teilen (AS I, 371). Allerdings begründet die Beklagte ihre Ansicht nicht damit, dass die Staubeinwirkung durch Vorhänge an den Eingängen der Postgalerie hätte vermieden werden können. Dieser Vortrag erfolgt erstmals in der Berufungsbegründung und ist damit neu im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO. Darlegungen der hiermit belasteten Beklagten, dass dies nicht auf ihrer Nachlässigkeit beruhe, fehlen.

(2) Letztlich kommt es auf den Novenausschluss jedoch nicht entscheidungserheblich an, denn selbst bei Berücksichtigung des neuen Vortrags ist eine Schadensersatzforderung der Beklagten aufgrund der Verschmutzung des Schmucks nicht schlüssig begründet.

(aa) Der Vortrag zur Möglichkeit einer Verhinderung des Staubs durch das Anbringen von Vorhängen zielt offenbar (nur) auf diejenige Tatbestandsalternative von § 536a Abs. 1 BGB, wonach der Mangel aufgrund eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes entstanden sei. Damit hat die Berufung jedoch keinen Erfolg. Die Beklagte verkennt, dass § 536a Abs. 1 BGB ein Verschulden des Vermieters hinsichtlich des den (nachträglichen) Mangel auslösenden Umstandes erfordert. Die Klägerin ist jedoch nicht Bauherrin der die Staubentwicklung auslösenden Großbaustelle auf dem Europaplatz gewesen. Die Entstehung des Mangels hat die Klägerin nicht verschuldet, weil ein Vermieter nach mangelfreier Übergabe der Mieträumlichkeiten nicht verpflichtet ist, vorsorglich Maßnahmen zu ergreifen, um dafür Sorge zu tragen, dass möglicherweise von Dritten ausgehende Störungen des Mietgegenstandes unterbleiben. Eine solche Vorsorgepflicht des Vermieters ist - wie sich nach Ansicht des Senats hinreichend deutlich aus den verschiedenen Varianten von § 536a BGB zeigt - dem mietvertraglichen Gewährleistungsrecht fremd. Den von einem Dritten (K) verursachten Mangel hat die Klägerin daher im Rahmen einer Haftung aus § 536a BGB nicht zu vertreten.

(bb) Der Senat kann auch eine Verletzung der dem Vermieter neben der Gewährleistung und Verkehrssicherungspflicht obliegenden allgemeinen Schutz- und Rücksichtnahmepflicht, welche bei schuldhafter Verletzung eine Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB begründet, feststellen.

Die Beklagte behauptet zwar, die K habe den Verantwortlichen des Einkaufszentrums angeboten, vor die Eingänge einen sogenannten Schmutztunnel mit Filteranlagen zu bauen, sofern dies für erforderlich gehalten werde. Die Beklagte meint, weil die Klägerin davon keinen Gebrauch gemacht habe, habe sie den Mangel zu vertreten. Diese Behauptung ist erheblich, weil die Schutz- und Rücksichtnahmepflicht des Vermieters es gebieten dürfte, dass er alle ihm ohne erheblichen Aufwand zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Verhinderung eines (im Rahmen einer Großbaustelle nicht ganz fernliegenden) zukünftigen Mangels jedenfalls dann nutzt, wenn ihm entsprechende Maßnahmen vom Bauherrn angeboten werden. Nachdem die Beklagte von einem solchen Angebot (Schmutztunnel mit Filteranlagen vor den Eingängen) erst im Laufe des Berufungsverfahrens erfahren hat, unterliegt dieser Vortrag auch nicht dem Novenausschluss. Der vom Senat vernommene Zeuge ... hat die Behauptung der Beklagten jedoch nicht bestätigt. Zwar habe er mit der Beklagten telefoniert und dabei auch über nachbarrechtlich unzulässige Staubbelastungen gesprochen. Nach dem Planfeststellungsbeschluss sollte es hierzu aber nicht kommen und so obläge es den Betroffenen selbst für Schutzmaßnahmen zu sorgen. Ein Angebot der K. Schutzmaßnahmen für die Betroffenen einzurichten, sei ihm - auch aus den Akten - nicht bekannt. Der Senat erkennt zwar, dass der Zeuge Mitarbeiter der K. ist und diese die Staubentwicklung und damit den Mietmangel verursacht hat und zudem zwischen der Klägerin und der K. ein Rechtsstreit geführt wird. Nach dem positiven Gesamteindruck vom Zeugen ... reicht dieser Gesichtspunkt jedoch nicht aus, um an der Glaubhaftigkeit dessen Aussage durchgreifende Zweifel zu wecken.

Die ebenfalls erstmals im Berufungsverfahren (AS II, 185) weiter von der Beklagten benannte Zeugin ... war hingegen nicht zu vernehmen. Dass sie das (vom Zeugen ... bestätigte) Telefonat mitgehört hat, kann als wahr unterstellt werden. Dass die Zeugin ... etwas anderes bekunden könnte als der Zeuge J. ausgesagt hat, ist von der Beklagten nicht behauptet worden. Soweit die Beklagte auch unter Beweis

gestellt hat, dass Frau ... die Vorgängerin des Zeugen ... ist, ist eine Beweiserhebung nicht angezeigt. Zum einen ist diese Behauptung unbestritten geblieben und zudem ist sie nicht entscheidungserheblich.

Die Beklagte hat damit nicht nachgewiesen, dass der Klägerin angeboten worden ist, vor die Eingänge einen sogenannten Schmutztunnel mit Filteranlagen zu bauen, sofern sie dies für erforderlich halte. Daher hat die Beklagte auch im Berufungsverfahren nicht schlüssig dargelegt, dass die Mietsache aufgrund eines von der Klägerin zu vertretenden Umstandes mangelhaft geworden ist und die Beklagte hat nicht beweisen können, dass die Klägerin ihre Schutz- und Rücksichtnahmepflicht als Vermieterin verletzt hat.

(2) Die Klägerin befand sich mit der Mangelbeseitigung auch nicht in Verzug.

Der Mangelbeseitigungsanspruch ist zwar schon mit dem Auftreten des Mangels fällig. Verzug mit der Mangelbeseitigung gemäß § 536a Abs. 1 Alt. 3 BGB bedeutet jedoch Schuldnerverzug (§ 286 BGB) des Vermieters mit der aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB und aus dem Mietvertrag folgenden Pflicht zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache. Verzug setzt eine auf Mangelbeseitigung gerichtete Mahnung des Mieters voraus, weil keiner der Fallkonstellationen von § 286 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB, wonach keine Mahnung erforderlich ist, vorliegt. Eine Mangelanzeige im Sinne des § 536c BGB stellt jedoch regelmäßig keine Mahnung dar, weil es sich hierbei nur um eine Tatsachenmitteilung handelt. Eine Mahnung hingegen zeichnet sich dadurch aus, dass der Mieter den Vermieter auffordert, einen bestimmten Mangel (meist - aber nicht notwendig - innerhalb einer bestimmten Frist) zu beseitigen (Palandt-Weidenkaff, a. a. O., § 536a Rn. 12 m. w. N.).

Vorliegend hat die Beklagte eine solche über eine Mangelanzeige hinausgehende Aufforderung zur Beseitigung der Staubeinwirkung jedoch nicht vorgetragen. Eine Mahnung ergibt sich auch nicht aus den Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen. Deswegen ist eine verzugsbegründende Mahnung vom Landgericht zu Recht nicht festgestellt worden und die Beklagte hat daher gegen die Klägerin keinen Anspruch aus § 536a Abs. 1 BGB.

c) Die Widerklage hat lediglich in Höhe von 7.500,00 EUR nebst Zinsen Erfolg.

Die Beklagte hat Anspruch auf Schadensersatz wegen der von der Klägerin verweigerten Zustimmung zur Durchführung eines Räumungsverkaufs gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 252 BGB (1). Der Senat schätzt diesen Anspruch nach § 287 ZPO auf 7.500,00 EUR (2). Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 2 BGB.

(1) Durch die Verweigerung der Zustimmung zu einem Räumungsverkauf hat die Klägerin ihre Pflicht zur Gewährung des Gebrauchs der Mietsache während der Mietzeit (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) verletzt. Der von der Beklagten kurz vor Ende der Vertragslaufzeit beabsichtigte Räumungsverkauf gehörte zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, weil die vertraglich vereinbarte Beschränkung der Notwendigkeit einer Zustimmung der Vermieterin (§ 9 Nr. 2 des Mietvertrages) gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Insbesondere aufgrund der Androhung der Klägerin "im Fall der Zuwiderhandlung ... ohne Vorankündigung vor Ort Abhilfe zu

schaffen" (Schreiben der Klägerin vom 14.06.2011: Anlage B 5) ist bereits die Verweigerung der Zustimmung als Verletzung der Pflicht zur Gebrauchsgewährung (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu werten. Dass die Pflichtverletzung von der Klägerin nicht zu vertreten sei, hat die Klägerin nicht vorgetragen (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

(aa) Zwar war die Klägerin nach den Regelungen des Mietvertrages nicht zur Erteilung der Zustimmung zu einem Räumungsverkauf verpflichtet. Schließlich sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung Schriftformklauseln nicht schlechthin gemäß § 307 BGB unzulässig. Vielmehr hängt ihre Wirksamkeit von der Ausgestaltung und dem Anwendungsbereich der konkreten Klausel ab. Da eine Schriftlichkeitsklausel jedoch dadurch außer Kraft gesetzt werden kann, dass die Vertragsschließenden deutlich zum Ausdruck bringen, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet dieser Klausel gelten, könnte ein Mieter, dem der Vermieter die Zustimmung zu einem Räumungsverkauf mündlich oder stillschweigend erteilt hat, durch die beanstandete Klausel von der Durchsetzung der ihm zustehenden Rechte abgehalten werden. Eine Klauselgestaltung, die dem Verwender die Gelegenheit eröffnet, begründete Ansprüche unter Hinweis auf eine in der Sache nicht (stets) zutreffende Darstellung der Rechtslage in seinen AGB abzuwehren, benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (BGH, NJW 1991, 1750). Im Hinblick auf das Erfordernis, die Zustimmung schriftlich zu erteilen, ist die in § 9 Nr. 2 des Mietvertrags verwendete Klausel unwirksam (vgl. zur schriftlichen Einwilligung in eine Untervermietung: BGH, NJW 1995, 2034; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 307 Rn. 115). Ist die Klausel aufgrund ihrer sprachlichen Fassung auch inhaltlich nicht teilbar, folgt hieraus ihre Unwirksamkeit insgesamt (Schriftform und Zustimmungserfordernis).

(bb) Der Senat kann offen lassen, ob hier das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion der beanstandeten Klausel vorliegend ausnahmsweise nicht gilt, weil sich die Formulklausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen (Zustimmungserfordernis) und einen unzulässigen Regelungsteil (Schriftform) trennen lässt (BGH, NJW 2006, 1059, Tz. 22 m. w. N.; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 306 Rn. 7; vgl. aber auch BGH, NJW 1991, 1750, 1752). Denn die Klausel begegnet auch ohne dem Schriftformerfordernis durchgreifenden Wirksamkeitsbedenken.

Nach § 307 Abs. 3 BGB sind solche AGB kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Abreden unmittelbar über den Gegenstand des Vertrages unterliegen aus Gründen der Vertragsfreiheit keiner Inhaltskontrolle. Dies gilt auch für Regelungen, die Art, Güte und Umfang der Hauptleistung unmittelbar festschreiben, also den Leistungsinhalt oder das zu zahlende Entgelt festlegen, da die §§ 307 ff. BGB eine gerichtliche Überwachung von Leistungsangeboten und Preisen nicht ermöglichen wollen und (aus verfassungsrechtlichen Gründen) auch nicht dürfen (BGH, NJW 2010, 1958; Palandt, a. a. O., § 307 Rn. 41 m. w. N.). Dagegen unterliegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder aushöhlen, der Inhaltskontrolle (BGH, NJW 2001, 2014; 2010, 1958; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 307 Rn. 44).

Nach diesen Grundsätzen stellt § 9 Nr. 2 des Mietvertrages der Parteien keine Beschreibung des Leistungsinhalts, sondern vielmehr eine (kontrollfähige)

Einschränkung des Hauptleistungsversprechens der Klägerin dar. Hierfür spricht schon die Stellung im Vertrag (§ 9), während die Mietsache und der Mietzweck in §§ 1, 2 des Mietvertrages geregelt werden.

Die Unwirksamkeit der mietvertraglichen Regelung in § 9 Nr. 2 ergibt sich aus dem Verbot der unangemessenen Benachteiligung, der Unklarheitenregelung sowie dem Transparenzgebot:

Das Verbot der Verwendung von Klauseln, welche den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessenen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 BGB), untersagt dem Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, NJW 2005, 1774; 2010, 57). Zur Beurteilung bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Art des konkreten Vertrages, die typischen Interessen beider Parteien, die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien einzubeziehen sind (BGH, NJW 2010, 2793). Auszugehen ist von Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrages. Die zu überprüfende Klausel ist vor dem Hintergrund des gesamten Vertrages auszulegen und zu bewerten (BGH, NJW 1997, 2598; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 307 Rn. 12).

§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB stellt ausdrücklich klar, dass sich eine unangemessene Benachteiligung auch aus der Unklarheit oder Undurchschaubarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung ergeben kann. Mit dem Transparenzgebot wird der Verwender verpflichtet, die Rechte und Pflichten in den AGB im Rahmen des Möglichen möglichst klar, einfach und präzise darzustellen. Deswegen kann die bloße Unklarheit einer Klausel, beispielsweise aufgrund einer Verletzung des Bestimmtheitsgebotes, zu ihrer Unwirksamkeit führen (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 307 Rn. 24 ff.). Davon ist der Bundesgerichtshof (NJW 2000, 651) ausgegangen, wenn Leistungsbestimmungsklauseln ihren Anlass sowie die Grundsätze und Grenzen der Ausübung nicht festlegen.

Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Geschäftsbedingungen von der Klägerin gestellt wurden und die erste Alternative von "gesetzlich festgelegten Zeiten" nicht (mehr) einschlägig ist, weil es die früher gesetzlich vorgesehenen Sommer- und Winterschlussverkäufe (seit der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung im Juli 2001) nicht mehr gibt. Nach der verbleibenden Klausel des § 9 Nr. 2 sind Ausverkäufe, gleiches gilt für Saisonschlussverkäufe sowie Sonderaktionen, nur nach vorheriger (schriftlicher) Zustimmung des Vermieters zulässig. Damit erhält der Vermieter ohne nähere Bindung das Recht einer Entscheidung hinsichtlich des Geschäftsbetriebs des Mieters ohne dass hinreichend bestimmt festgelegt ist, für welchen Anlass dies konkret gilt und nach welchen Kriterien die Entscheidung über die (Nicht-)Erteilung der Zustimmung erfolgt. Während die Verwendung der Begriffe "Ausverkäufe" und "Saisonschlussverkäufe" noch nach dem Anlass abgrenzbar sind, ist kaum erkennbar, was alles als "Sonderaktion" einzuordnen ist. Im Gegensatz zu "Ausverkäufe" und "Saisonschlussverkäufe" ist hinsichtlich Sonderaktionen auch kein zeitlicher Zusammenhang mit einem besonderen Ereignis als Grund eines Ausverkaufs (wie Sortiments-, Geschäftsaufgabe oder Saisonende) naheliegend.

Vielmehr fallen unter "Sonderaktion" ganz verschiedene Absatzstrategien: die Preisreduktion einzelner Waren oder einzelner Hersteller, eine Aktion mit besonderer Verkaufspräsentation (beispielsweise mit Musik oder einem Drink) oder auch die Übergabe eines Präsents, wie beispielsweise eines Luftballons. § 9 Nr. 2 des Vertrages gibt auch keinen Maßstab vor, wonach der Vermieter seine Entscheidung auszurichten hat, ob er die Zustimmung erteilt. Zwar stellt die Zustimmung des Vermieters kein Leistungsbestimmungsrecht im Sinne der §§ 315 ff. BGB dar. Auch wenn jedwede nähere Festlegung im Vertrag fehlt, ist naheliegend, dass der Vermieter nicht frei oder gar willkürlich, sondern nach sachlichen Erwägungen, allenfalls nach billigem Ermessen über die Erteilung der Zustimmung entscheiden sollte. Selbst bei einer Wirksamkeit der Klausel stellt sich hier die Frage, ob - wie das Landgericht ohne nähere Begründung angenommen hat - ein Zahlungsrückstand (aufgrund einer dem Grunde nach berechtigten aber in der Höhe überzogenen Minderung) als sachliches Kriterium ausreicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Räumungsverkauf zum Mietvertragsende durchgeführt werden sollte, anderen Mietern der Postgalerie gleichzeitig oder zeitnah ein Ausverkauf genehmigt wurde und schließlich von der Klägerin - abgesehen vom Zahlungsrückstand - keine Begründung für die Verweigerung der Zustimmung gegeben wurde.

Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau führt die fehlende Festlegung der Grundsätze und Grenzen der Ausübung dazu, dass der Senat § 9 Nr. 2 des Mietvertrages der Parteien für nicht ausreichend bestimmt formuliert hält und darin eine Verletzung des Bestimmtheitsgebotes sieht, weswegen diese Klausel unwirksam ist.

(cc) Die Verweigerung der Zustimmung stand der Klägerin auch nicht als Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zu, weil die Klägerin selbst nicht vertragstreue war. Die vom Landgericht festgestellte Staubeinwirkung war so erheblich, dass die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch seit März 2010 eingeschränkt war und eine Minderung des Mietzinses von 20% rechtfertigte. Die eigene Vertragstreue ist jedoch ungeschriebene Voraussetzung für die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 320 Rn. 6). Könnte die Klägerin die Zustimmung zum Räumungsverkauf wegen des (vom angegriffenen Urteil festgestellten) Mietrückstandes verweigern, so liefe dies darauf hinaus, dass der Mieter das mit einer zu hohen Minderung einhergehende Risiko tragen müsste, obwohl das Gesetz die Minderung kraft Gesetzes eintreten lässt, ohne deren Höhe vorzugeben.

(2) Der Ersatz des durch die Pflichtverletzung der Klägerin entstandenen Schadens liegt in dem durch den unterlassenen Räumungsverkauf entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), welchen der Senat gemäß § 287 ZPO auf 7.500,00 EUR schätzt.

Nach § 252 Satz 2 BGB gilt der Gewinn als entgangen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Da zwischen den Parteien streitig ist, ob der Beklagten ein Schaden entstanden ist und auf welche Höhe sich der Schaden belaufe, hat hierüber der Senat unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entschieden (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Der Senat hat seine Entscheidung dabei an dem von der Beklagten beabsichtigten Räumungsverkauf in der Zeit vom 15.06. bis einschließlich 16.07.2011 ausgerichtet. Maßgeblich ist danach, welchen Gewinn die Beklagte bei einem 4-wöchigen Räumungsverkauf im Sommer 2011 mit Wahrscheinlichkeit erzielt hätte.

Der Sachverständige hat ausgeführt, dass zwar mit der Möglichkeit geworben werde, durch einen Räumungsverkauf in der Schmuckbranche den sechs- bis achtzehnfachen Monatsumsatz einzuspielen. Ausdrücklich hat er jedoch die Verdoppelung bis Verdreifachung des Monatsumsatzes als realistischer bezeichnet. Diese nach Ansicht des Senats überzeugende Abschätzung hat der Sachverständige mit einem von ihm für den Bereich der Damenoberbekleidung erstellten Gutachten belegt, in welchem ein 2,2-facher Monatsumsatz ermittelt wurde. Insbesondere wenn - wie hier - der Räumungsverkauf nicht zu einer Zeit stattfindet, in welcher allgemein vermehrt Schmuck gekauft wird (wie insbesondere vor Weihnachten) und weil Räumungsverkäufe ohne (erhebliche) Preisreduzierung erfahrungsgemäß nicht besonders wirkungsvoll sind, wäre nach den Ausführungen des Sachverständigen und der sicheren Überzeugung des Senats für die Beklagte keine hohe Vervielfachung des Umsatzes, sondern lediglich eine Steigerung auf den doppelten bis dreifachen Monatsumsatz zu erreichen gewesen. Der Senat hält jedoch die von der Beklagten früher erzielten Umsätze (zwischen 143.207,00 EUR im Jahr 2007 und 87.975,00 EUR in 2010 sowie für 2011 bis zur Geschäftsaufgabe im Durchschnitt monatlich 9.481,00 EUR) für nicht ausschlaggebend. Der durch den untersagten Räumungsverkauf im Sommer 2011 entgangene Gewinn ist nach Ansicht des Senats ganz wesentlich durch die konkreten Absatzchancen im Juli 2011 geprägt. Dass sich die Absatzmöglichkeiten der Beklagten bis zu diesem Zeitpunkt jedoch nachhaltig verschlechtert hatten, zeigt der Umstand, dass die Beklagte in der Karlsruher Filiale im Jahr 2011 (bis Ende Juli) nur insgesamt einen Umsatz von 27.557,00 EUR, also monatlich nur 3.937,00 EUR, erzielte. Dabei ist unerheblich, ob dieser stark zurückgegangene Umsatz auf die Großbaustelle auf dem Europaplatz zurückzuführen ist, denn die Beklagte hätte ihren Räumungsverkauf auch unter diesen Bedingungen durchführen müssen und kann ihren Umsatzerwartungen nicht eine frühere/bessere Frequentierung des Einkaufszentrums zugrunde legen. Hinzu kommt, dass - bei einem etwa gleichbleibenden Wareneinsatz von etwa 10 bis 17% des Umsatzes - die Personalkosten der Beklagten in der Karlsruher Filiale sehr stark (von 15.000,00 EUR im Jahr 2007 über 10.264,00 EUR, 27.840,00 EUR auf 34.390,00 EUR im Jahr 2010) angestiegen sind. Dass in den Auswertungen des Sachverständigen (AS II, 219) für das Jahr 2011 keine Personalkosten angegeben sind, beruht vermutlich auf dem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Datenmaterial, entspricht jedoch sicher nicht dem tatsächlichen Aufwand, denn ohne Personal kann ein Ladengeschäft - auch bei stark reduzierter Kundenzahl - nicht geführt werden. So verringerte sich der Rohertrag des in den Mieträumen betriebenen Geschäfts (Umsatz abzüglich Wareneinsatz und Personalkosten) in den Jahren 2007 bis 2010 von zunächst rund 75% (im Jahr 2007) auf rund 50% des Umsatzes (im Jahr 2010). Deswegen hält der Senat unter zusätzlicher Berücksichtigung der Besonderheiten eines Räumungsverkaufs (zusätzlicher Werbeaufwand, erhebliche Preisnachlässe und Personalkosten) einen entgangenen Gewinn von über 7.500,00 EUR für nicht wahrscheinlich. Dem liegt zugrunde, dass durch den Räumungsverkauf ein Monatsumsatz von 5.000,00 EUR möglicherweise hätte verdreifacht werden können, so dass mit einem Räumungsverkauf ein Umsatzerlös von bis zu 15.000 EUR zu erzielen gewesen wäre. Hiervon sind jedoch Wareneinsatz

und Personalkosten von geschätzt 50% in Abzug zu bringen, weswegen nicht wahrscheinlich ist, dass der entgangene Gewinn der Beklagten über 7.500,00 EUR betragen hätte. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der Abschätzung des Sachverständigen, der auf die Nachfrage des Senats nach einer Obergrenze des Schadens der Beklagten einen Maximalbetrag von 10.000,00 EUR als Rohertrag genannt hat. Auch mit Blick auf die Kosten des mündlich erstatteten Sachverständigengutachtens von über 3.000,00 EUR sieht der Senat davon ab, zu versuchen, den entgangenen Gewinn mit weiterer sachverständiger Hilfe noch etwas genauer zu bestimmen.

Soweit die Beklagte im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15. April 2014 (AS II, 255 ff.) weiteren (neuen) Vortrag hält, gibt dieser dem Senat keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO). Die Abschätzung des Senats geht davon aus, dass der Beklagten mehr Ware zum Verkauf zur Verfügung stand, als dass von den zu erwartenden Kunden im unterbliebenen Räumungsverkauf nachgefragt worden wäre.

Die Kostenentscheidung folgt für die erste Instanz aus § 92 Abs. 1 ZPO und für das Berufungsverfahren aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Zulassung der Revision ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die getroffene Entscheidung ist ganz maßgeblich von den Umständen des konkreten Einzelfalls geprägt und beruht auf einer Anwendung höchstrichterlicher Grundsätze