

## OLG Urteil vom 14.01.2010 AZ: I-10 U 74/09

### Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 12. Mai 2009 verkündete Schlussurteil des Einzelrichters der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels und der Anschlussberufung der Klägerin teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 48.143,61 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 767,60 € seit dem 27.04.2006 und aus weiteren 652,06 € seit dem 18.06.2006 zu zahlen,

sowie aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 04.04.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 04.05.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 03.06.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 04.07.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 03.08.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 04.09.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 04.10.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 04.11.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.102,21 € für die Zeit vom 05.12.2006 bis zum 28.07.2007 und aus 3.600,00 € seit dem 29.07.2007,

aus weiteren 4.096,05 € für die Zeit vom 05.01.2007 bis zum 05.02.2008 und aus 3.600,00 € seit dem 06.02.2008,

aus weiteren 4.096,05 € für die Zeit vom 04.02.2007 bis zum 05.02.2008 und aus 3.600,00 € seit dem 06.02.2008,

aus weiteren 4.519,89 € seit dem 15.07.2008,

aus weiteren 992,10 € seit dem 15.07.2008 und aus weiteren 1.641,96 € seit dem 13.12.2006.

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit wegen eines Betrages in Höhe von 2.407,99 € in der Hauptsache erledigt ist.

Auf die Widerklage wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, den Beklagten sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihnen dadurch entstanden sind, dass der Keller der Mietsache B. 16 in D. wegen durchgerosteter Stahlträger einsturzgefährdet war, hiervon ausgenommen solche Schäden, die die Beklagten dadurch selbst verursacht haben, dass sie eine zügige Mängelbeseitigung durch die Klägerin treuwidrig verhindert haben.

Im Übrigen werden die Klage und die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## L.

Die Parteien streiten über rückständige Miete und Nutzungsentschädigung für das ehemalige Mietobjekt B. 16 in D. Wegen der getroffenen Feststellungen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (GA 486 ff.) Bezug genommen. Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung rückständiger Miete und Nutzungsentschädigung in Höhe von 48.376,53 € (einschließlich außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.874,88 €) nebst im Einzelnen bezifferter Zinsen verurteilt, in Höhe weiterer 2.407,99 € die Erledigung der Hauptsache und auf die Widerklage der Beklagten festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet sei, ihnen sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihnen dadurch entstanden seien, dass der Keller der Mietsache wegen durchrosteter Stahlträger einsturzgefährdet gewesen sei, ausgenommen solche Schäden, die die Beklagten dadurch selbst verursacht hätten, dass sie eine zügige Mängelbeseitigung durch die Klägerin treuwidrig verhindert hätten. Die weitergehende Klage und die Widerklage auf Feststellung, dass die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.03.2006 das Mietverhältnis der Parteien beendet habe, hat das Landgericht abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht u.a. ausgeführt, die Kündigung der Beklagten sei nicht wirksam gewesen, weil sie es versäumt hätten, der Klägerin die auch im Falle eines gesundheitsgefährdenden Zustands der Mietsache erforderliche Frist zur

Abhilfe zu setzen. Diese sei auch nicht entbehrlich gewesen. Die Miete sei durch die Einsturzgefahr auch nicht gemäß § 536 Abs. 1 BGB gemindert gewesen. Die Beklagten hätten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme Abhilfemaßnahmen der Klägerin treuwidrig verhindert. Demgegenüber sei die fristlose Kündigung der Klägerin wegen Zahlungsverzugs begründet, sodass die Beklagten seit der Kündigung keine Miete, aber eine Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a BGB schuldeten. Der Feststellungsantrag betreffend die Wirksamkeit der Kündigung vom 12.03.2006 sei aus den Ausführungen zur Klage unbegründet. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen (GA 494 ff.).

Mit ihrer Berufung fechten die Beklagten die Entscheidung des Landgerichts bezogen auf die Hauptsacheverurteilung in Höhe von 46.956,87 € (davon 1.874,88 € außergerichtliche Anwaltskosten) an. Sie machen geltend, sie seien nicht verpflichtet, nach Kündigung des Mietverhältnisses ab April 2006 an die Klägerin Miete und Nebenkosten zu entrichten. Die Kündigung der Klägerin vom 26.06.2006 sei aufgrund ihrer Kündigung vom 12.03.2006 ohne Wirkung. Dem Landgericht seien in der Wertung der Zeugenaussagen und in der Subsumtion des Sachverhalts bezogen auf die Regelung des § 543 Abs. 3 BGB rechtliche Fehler unterlaufen. Eine Fristsetzung sei entbehrlich gewesen, weil sie zu keiner Beseitigung des Mangels geführt hätte. Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt den ernsthaften Versuch unternommen, die Decke abzustützen und die durchrosteten Stahlträger im Keller auszutauschen. Die Klägerin hätte unverzüglich zumindest eine Maßnahme des Unterfangens der beiden Stahlträger veranlassen müssen. Aufgrund der Aussagen der Zeugen Z. und F. G. stehe fest, dass bei der gemeinsamen Besichtigung der Parteien am 07.03.2006 von Einsturzgefahr gesprochen worden sei. Damit sei die Aussage des Zeugen K. G. widerlegt. Es sei nicht nachvollziehbar, wie das Landgericht der Wertung zuneige, ausschließlich der Zeuge K. G. sei glaubwürdig gewesen. Beide Zeugen G. hätten ein deutliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits, während die Zeugin Z. eben kein Interesse am Ausgang des Verfahrens habe. Die Berufung verweist auf weitere Widersprüche in den Zeugenaussagen und kommt insgesamt zu dem Schluss, dass eine Fristsetzung in der Nachschau nicht zur Abhilfe genutzt hätte. Im Übrigen sei die Setzung einer Abhilfefrist nach Abwägung beiderseitiger Interessen entbehrlich gewesen, da eine tatsächliche Beseitigung der drohenden Einsturzgefahr nicht ernsthaft und zeitnah von der Klägerin betrieben worden sei. Wegen der Begründung der Berufung im Einzelnen wird auf den Schriftsatz vom 17.08.2009 (GA 546 ff.) verwiesen. Nachdem der Senat die Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 8.10.2009 telefonisch darauf hingewiesen hat, dass der abgewiesene Feststellungswiderklageantrag zu 1) mit der Berufung nicht angegriffen sei, haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 10.12.2009 (GA 596) klargestellt, dass sich die Berufung wegen des gleichen Gegenstandes auch hierauf erstrecke. Demgemäß beantragen die Beklagten nunmehr,

1. unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 12.05.2009 die Klage in einem Umfang von 46.956,87 € abzuweisen,
2. festzustellen, dass ihre fristlose Kündigung vom 12.03.2006 das Mietverhältnis zwischen den Parteien bzgl. des Objekts Wohnung und Ladenlokal B. 16 in D. beendet habe.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und bittet nach Maßgabe ihres Schriftsatzes vom 22.10.2009 (GA 584 ff.) um Zurückweisung der Berufung. Mit ihrer Anschlussberufung begehrt die Klägerin über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag von 1.874,88 € hinaus die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 1.420,68 € außergerichtlicher Anwaltskosten.

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.

## II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache bis auf 232,92 € vorgerichtlicher Anwaltskosten keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagten im Übrigen mit zutreffender Begründung zur Zahlung verurteilt. Das angefochtene Urteil beruht insoweit im Ergebnis weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 546 ZPO) noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) eine abweichende Entscheidung. Die Anschlussberufung der Kläger, mit der sie über den zuerkannten Betrag von 1.874,88 € hinaus die Zahlung weiterer vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.420,68 € (insgesamt mithin 3.295,56 €) erstreben, ist unbegründet. Das beruht, soweit das Rechtsmittelvorbringen der Parteien Anlass zur Erörterung gibt, auf folgenden Erwägungen.

### A. Berufung der Beklagten

1. Das Landgericht hat die Beklagten mit zutreffender Begründung in die Betriebskostennachforderungen 2004/2005 sowie für die Monate April 2006 bis Januar 2007 gemäß §§ 535 Abs. 2, 546 a Abs. 1 BGB zur Zahlung rückständiger Miete bzw. Nutzungsentschädigung sowie zur Zahlung rückständiger Nebenkosten 2006 und 2007 in mit der Berufung rechnerisch nicht angegriffener Höhe von insgesamt 46.501,65 € (= 48.376,53 € abzgl. außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.874,88 €) verurteilt und in Höhe weiterer 2.407,99 (nach Verrechnung mit den eingeklagten Nebenkostenvorauszahlungen überschießende Forderung aus den Nebenkostenabrechnungen 2006 und 2007/GA 319 ff.) die Erledigung des Rechtsstreits festgestellt. Hiergegen wendet sich die Berufung ohne Erfolg. Entgegen der Auffassung der Berufung ist das streitgegenständliche Mietverhältnis der Parteien nicht bereits durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.03.2006 beendet worden.

Der Senat ist an einer materiellen Sachprüfung nicht deshalb gehindert, weil das Landgericht den erstinstanzlichen Widerklageantrag zu 1) festzustellen, dass die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.03.2006 das streitgegenständliche Mietverhältnis beendet hat, abgewiesen hat und die Beklagten in ihrer Berufungsbegründung insoweit keinen formellen Antrag gestellt, sondern nur beantragt haben, unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage in einem Umfang von 46.956,87 € abzuweisen. Die Beklagten haben gegen das Urteil des Landgerichts, soweit dieses zu ihrem Nachteil entschieden hat, unbeschränkt Berufung eingelegt. Damit war der Rechtsstreit insoweit insgesamt in die Berufungsinstanz gelangt. Die Beklagten waren durch den zunächst nur auf die teilweise Abweisung der Klage beschränkten Berufungsantrag nicht gehindert, diesen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung auf den erfolglos gebliebenen Widerklage-Feststellungsantrag zu 1) auszudehnen. Etwas anderes würde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 572; BGHZ 12, 52, 67) nur gelten, wenn der in der Berufungsbegründung enthaltene Antrag zugleich als Rechtsmittelverzicht hinsichtlich der Entscheidung über die Widerklage zu verstehen wäre. Das ist indes nicht der Fall. Die Stellung beschränkter Rechtsmittelanträge enthält im Zweifel keinen Verzicht auf die Anfechtung des Urteils im übrigen; der Rechtsmittelkläger muss sich auch nicht etwa die künftige Erweiterung seiner Rechtsmittelanträge vorbehalten (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 66; NJW 1985, 3079). Zwar muss die Berufungsbegründung eine Erklärung darüber enthalten, wieweit das erstinstanzliche Urteil angefochten wird (§ 520 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Dieses Erfordernis ist aber nur formal; die in der Begründungsschrift enthaltenen Anträge tragen nur vorläufigen Charakter und können in der mündlichen Verhandlung noch geändert, insbesondere noch erweitert werden (BGHZ 12, 52, 67; RGZ 130, 229). Der Zulässigkeit der Erweiterung des Berufungsantrags steht auch nicht entgegen, dass die Berufungsbegründung auf die Widerklage nicht weiter eingeht. Denn die Begründung, mit der die Beklagten ihre Verurteilung durch das Landgericht angreifen, deckt auch den abgewiesenen Widerklage-Feststellungsantrag zu 1). Der mit der Widerklage insoweit verfolgte Feststellungsanspruch ist das Gegenstück zu dem u.a. mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten Miete über den 12.03.2006 hinaus. Eine selbstständig tragende Begründung für die Entscheidung über die abgewiesene Feststellungswiderklage, auf die die Beklagten mit der Berufungsbegründung hätten eingehen müssen, enthält das angefochtene Urteil nicht. Der formale Umstand, dass die Erweiterung des Berufungsantrags nicht denselben Anspruch betrifft, sondern einen gegenläufigen Anspruch, und außerdem die zur Abweisung der Klage dienende Berufungsbegründung nunmehr auch auf die Feststellungswiderklage zu 1) bezogen werden soll, spielt gegenüber der Tatsache, dass der zur Beurteilung stehende Sachverhalt für beide Anträge derselbe ist, keine Rolle (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 572; NJW 1985, 3079 für den Fall der Revisionserweiterung)

In der Sache geht der Senat indes mit dem Landgericht davon aus, dass zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 578 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 569

Abs. 1 BGB bei Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 12.03.2006 vorlagen, dass die Kündigung aber nicht wirksam war, weil die Beklagten ein Vorgehen nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB versäumt haben.

Nach § 569 Abs. 1 BGB liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB für den Mieter auch vor, wenn der gemietete Wohnraum so beschaffen ist, dass seine Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist. Gemäß § 578 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Vorschrift des § 569 Abs. 1 BGB auf ein Mietverhältnis über Räume, die keine Wohnräume sind, entsprechend anzuwenden, wenn die Räume zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind. Letzteres ist hier zwanglos anzunehmen, weil den Beklagten das streitgegenständliche Objekt gemäß § 1 (1) des schriftlichen Mietvertrages vom 05.07.2002 zum Betrieb eines Imbiss- und Restaurantbetriebs vermietet worden ist.

Das Kündigungsrecht setzt nicht voraus, dass bereits eine Gesundheitsgefährdung eingetreten ist. Es reicht vielmehr bereits das konkrete Bestehen einer die Gesundheit berührenden Gefährdungslage. Wann diese vorliegt, ist objektiven Maßstäben zu entnehmen. Maßgebend ist der gegenwärtige Stand der Erkenntnis, auch wenn dieser bei Vertragsschluss noch nicht bestanden haben sollte. Entscheidend ist, ob von den Räumen in ihrem gegenwärtigen Zustand eine Gesundheitsgefahr ausgeht. Diese muss konkret drohen und zudem erheblich sein, d. h. der Tatbestand des § 569 Abs. 1 BGB ist nur erfüllt, wenn die Gefahr einer deutlichen und nachhaltigen Gesundheitsschädigung besteht (KG, Urte. v. 22.9.2003, GE 2004, 47 = GuT 2003, 215 = KGR 2004, 97 = ZMR 2004, 259; KG, Urte. v. 26.2.2004, GE 2004, 688 = KGR 2004, 481 = ZMR 2004, 513; OLG Brandenburg, Urte. v. 2.7.2008, ZMR 2009, 190; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, RdNr. 373 f.; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV RdNr. 155). Hieran gemessen hat das Landgericht zutreffend eine tatbestandsrelevante Gesundheitsgefährdung angenommen. Zwar heißt es in der von den Beklagten eingeholten gutachterlichen Stellungnahme des Dipl.-Ing. G. vom 20.02.2006 lediglich, dass die Stahlträger der Kellerdecke durch fehlenden Korrosionsschutz im Flanschbereich stark verrostet seien und dadurch bereits erheblich an Tragfähigkeit eingebüßt hätten, sodass es dringend notwendig sei, diese zu entrostern, mit einem Korrosionsschutz zu versehen und mit Zementmörtel zu verputzen (GA 43). Aus der späteren Stellungnahme des Dipl.-Ing. R. vom 26.10.2006 (GA 92) und der von der Klägerin eingeholten Expertise der Fa. Stahlbautechnik I. vom 05.02.2007 (GA 145/150) ergibt sich jedoch, dass an den Stahlträgern infolge der vorhandenen Korrosionsschäden bereits ein Querschnittsverlust von über 25 % (R.) bzw. 20 – 25 % (I.) aufgetreten ist mit der Folge, dass die Tragfähigkeit der Kellerdecke stark eingeschränkt und deshalb nicht mehr für die Nutzung mit Publikumsverkehr tauglich war. Zwar liegt im Allgemeinen eine erhebliche Gefährdung nicht vor, wenn der gefahrbringende Zustand binnen einer verhältnismäßig kurzen Zeit zu beseitigen und der Vermieter zur Abhilfe bereit ist (RG, Urte. v. 21.1.1916, WarnRspr. 1916 Nr. 72 - III 329/15; Senat, Urte. v. 20.12.2001, WuM 2002, 267 = ZMR 2002, 512 - 10 U 143/00 jeweils zu § 544 BGB a.F.; Emmerich/Sonnenschein,

Miete, 9. Aufl., § 569 BGB, RdNr. 5). Das gilt insbesondere dann, wenn sich die mangelhafte Beschaffenheit der Mietsache in der Regel nur bei längerem Bestehen auf die Gesundheit schädlich auswirkt (vgl. hierzu RG, Urt. v. 18.4.1902, III 3/02, zitiert nach Schubert/Glöckner, Nachschlagewerk des RG, BGB, Bd. 6,1: § 544 BGB Nr. 2: Feuchtigkeit einer Wohnung). Anders liegt der Fall jedoch, wenn es sich – wie hier – um eine das Leben der Nutzer gefährdende Beschaffenheit der Kellerdecke handelt, sich die hierauf gründende Einsturzgefahr wegen der eingeschränkten Tragfähigkeit jederzeit konkretisieren und sich die Gesundheitsgefahr damit nicht erst bei längerem Bestehen negativ auf die Gesundheit auswirken kann (ähnlich Hannemann/Wiegner/Kleinrahm, MAH Mietrecht, 3. Aufl. 2010, § 28, Rdnr. 152). Damit lag hier bei Ausspruch der Kündigung eine nachhaltige Gesundheitsgefährdung i.S. des § 569 Abs. 1 BGB ungeachtet des Umstands vor, dass nach den durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. P. bestätigten Feststellungen der Fa. I. die Einsturzgefahr durch das Einbringen von Baustützen als Sofortmaßnahme binnen eines Tages hätte beseitigt werden können (2 Mann á 8 Stunden/GA 151).

Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum eine Kündigung nach § 569 Abs. 1 BGB ausgeschlossen wird, wenn der gesundheitsgefährdende Zustand nur einzelne Räume betrifft (vgl. z. B. LG Berlin, GE 2005, 57; Staudinger/Emmerich, BGB, (2006), § 569, RdNr. 11 m.w.N.), ist nach den getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass die Nutzung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch als Imbiss- und Restaurantbetrieb infolge der beschädigten Stahlträger der Kellerdecke insgesamt betroffen war und sich nicht nur auf den Kellerbereich beschränkte.

Nach den in nicht zu beanstandener Weise getroffenen Feststellungen hat die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.03.2006 das Mietverhältnis der Parteien entgegen der Auffassung der Berufung jedoch nicht beendet. Die Kammer hat zu Recht darauf abgestellt, dass eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen erheblicher Gesundheitsgefährdung nach § 569 Abs. 1 BGB grundsätzlich erst zulässig ist, wenn der Mieter dem Vermieter zuvor gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB eine angemessene Abhilfefrist gesetzt oder eine Abmahnung erteilt hat.

Die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung stellt einen besonders geregelten Fall der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 1 BGB dar. Nach der Gesetzessystematik gilt für die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung deshalb ebenso wie für jede andere außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, dass die Kündigung gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht und eine Fristsetzung oder Abmahnung nur unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB entfällt. Da der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet wird, die

Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB), verletzt der Vermieter, der einen die Gesundheit gefährdenden Zustand der Mieträume nicht beseitigt, regelmäßig eine Pflicht aus dem Mietvertrag. Auch die Wirksamkeit der Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung setzt demnach grundsätzlich eine Fristsetzung oder Abmahnung voraus (BGH, Urt. v. 18.4.2007, DWW 2007, 239 = GE 2007, 841 = NJW 2007, 2177 = NZM 2007, 439 = WM 2007, 319 = ZMR 2007, 601 - VIII ZR 182/06; Oprée in Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kap. 15, RdNr. 207; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, RdNr. 999).

Zwar wird in den Fällen der Gesundheitsgefährdung eine Fristsetzung oder Abmahnung oftmals nach § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB entbehrlich sein (BGH, a.a.O., m.w.N.). Hiervon ist auszugehen, wenn - was im Falle einer Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung allein in Betracht kommt - eine Frist oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind diese - von den Beklagten darzulegenden und zu beweisenden - Voraussetzungen jedoch im Streitfall nicht erfüllt. Hiergegen wendet sich die Berufung ohne Erfolg.

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass eine Fristsetzung zur Abhilfe i.S. des § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB offensichtlich nicht erfolgsversprechend ist, wenn der Vermieter die Abhilfe ernsthaft und endgültig verweigert (Palandt/- Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2009, § 543, RdNr. 48 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 22.10.1975, NJW 1976, 796 - VIII ZR 160/74; Senat, Urt. v. 23.5.1991, CR 1991, 609 = ZMR 1991, 299 - 10 U 193/90), die Beseitigung innerhalb angemessener Frist unmöglich erscheint (BeckOK/Ehlert, (Stand 01.02.2007), § 543 BGB, RdNr. 43 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 28.11.1979, NJW 1980, 777 - VIII ZR 302/78) oder mit unzumutbaren Belastungen für den Mieter verbunden ist, z. B. bei unverhältnismäßigem Zeitaufwand (OLG Brandenburg, Urt. v. 26.2.1997, NJWE-MietR 1997, 224 - 3 U 219/96) oder umfangreichen Bauarbeiten (Palandt/Weidenkaff, a.a.O.).

Keine dieser Ausnahmenvoraussetzungen ist bewiesen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist nach dem durch die Kammer zutreffend gewürdigten Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht davon auszugehen, dass der für die Klägerin als Verwalter handelnde Zeuge K. G. eine Mängelbeseitigung im Ortstermin der Parteien am 07.03.2006 verweigert hat. Zwar hat die Zeugin Z., die damalige Untermieterin der Beklagten, bekundet, bei der Ortsbesichtigung hätten die beiden Brüder G. geschrien, sie machten hier gar nichts. Ihre Aussage steht jedoch in Widerspruch zu den Angaben der Zeugen K. und F. G., die insoweit bestritten haben, jede Verantwortung rundheraus abgelehnt, sondern in Bezug auf die streitgegenständlichen Stahlträger eine Verantwortlichkeit der Vermieterin ausdrücklich bejaht zu haben. Hiermit korrespondiert das Schreiben des

Zeugen K. G. vom 12.03.2006 (GA 271), in dem dieser unter Bezugnahme auf das Gespräch vom 07.03.2006 zu dem Punkt "angerostete Träger im Keller" ausdrücklich ausführt, dass er Handlungsbedarf für sich, d. h. für die Vermieterseite, gesehen habe, und darauf hinweist, dass er am 11.3.2006 einen Termin mit einem Handwerker vereinbart und diesen beauftragt habe, die Träger fachgerecht zu entrosteten und zu streichen. Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang ausführt, die Zeugin Z. sei nicht glaubwürdig, weil sie nach dem Eindruck des Gerichts deutliche Belastungstendenzen zu Lasten der anderen Seite zu erkennen gegeben habe, ergeben sich diese zum einen unmittelbar aus der protokollierten Darstellung und Wortwahl ihrer Aussage (GA 332 f.). Zum anderen spricht hierfür, dass die Zeugin aufgrund ihrer Stellung als Untermieterin der Beklagten in deren Lager steht und aufgrund dessen ein erhebliches Interesse an einem positiven Ausgang des Rechtsstreits zugunsten der Beklagten haben muss(te). Ein Widerspruch ergibt sich entgegen der Auffassung der Berufung auch nicht daraus, dass der Zeuge K. G. ausgesagt hat, bei dem Ortstermin habe der Beklagte zu 2) ein Gutachten in der Hand gehabt, aus dem er aber nichts habe ersehen können; das Gutachten habe er nicht in die Hand bekommen, während der Zeuge F. G. bekundet hat, der Beklagte zu 2) habe ihnen das Gutachten nur hingehalten und sie hätten es einmal durchblättern dürfen (GA 336). Weder der Aussage des Zeugen K. G. noch der Aussage des Zeugen F. G. ist zu entnehmen, dass der Beklagte ihnen das Gutachten im Ortstermin ausgehändigt hat. Gegenteiliges behauptet auch die Berufung nicht. Dass die Zeugen nach der Bekundung des Zeugen F. G. das Gutachten durchblättern durften, schließt nicht aus, dass der Zeuge K. G., der eine Einsichtnahme ersichtlich nicht bestritten hat, hierbei für sich nichts Erhebliches feststellen konnte. Auch dass der Beklagte zu 2) anders als nach der Aussage des Zeugen K. G. nach den Bekundungen der Zeugen F. G. und Z. von Einsturzgefahr gesprochen haben soll, stellt die Glaubwürdigkeit des Zeugen K. G. nicht ernsthaft in Frage. Der Senat folgt insoweit der Beweiswürdigung des Landgerichts, dass sowohl der Zeuge F. G. als auch die Zeugin Z. wegen der aus ihren Aussagen erkennbaren Belastungstendenzen zu Lasten der jeweils anderen Partei nicht glaubwürdig seien. Auch der Zeuge F. G. hat nach dem Inhalt seiner protokollierten Aussage kein "gutes Haar" an dem Beklagten zu 2) gelassen. Für die Auffassung des Landgerichts spricht zudem, dass nicht einmal der von den Beklagten eingeschaltete Gutachter G. in seinem Gutachten eine Einsturzgefahr des Gebäudes erwähnt hat. Es stellt sich daher für den Senat die Frage, warum es der Beklagte zu 2), der zu diesem Zeitpunkt über keine weitergehenden Erkenntnisse verfügte, dann getan haben sollte. Selbst wenn der Beklagte zu 2) im Ortstermin aber von einer Einsturzgefahr gesprochen haben sollte – von einer "Thematisierung" kann insoweit angesichts der Aussage des Zeugen F. G., der Beklagte zu 2) habe nicht dauernd von Einsturzgefahr gesprochen, sondern lediglich damit gedroht, das Bauamt einzuschalten, nicht die Rede sein – schließt dies eine hiervon abweichende Erinnerung des Zeugen K. G. im Übrigen nicht aus. Auch den von der Berufung konstruierten Widerspruch zwischen der Aussage des Zeugen K. G., am 05.04.2006 habe sich die Fa. U. auch um die Stahlträger kümmern sollen, zu dem außergerichtlichen Schreiben der Klägervertreter vom 03.04.2006 (GA

396) an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten vermag der Senat nicht festzustellen. Zwar wird darin angekündigt, dass die Fa. U. am Mittwoch, den 05.04.2006, zur Herstellung der Fliesen vor Ort erscheinen und die Mängel beseitigen werde. Im Weiteren heißt es jedoch sodann, eine Terminabstimmung wegen der Stahlträger im Keller und der losen Steine sollte unmittelbar "mit ihrer Mandantschaft" stattfinden. Aus dem Kontext mit dem angekündigten Termin der Fa. U. mussten die Beklagtenvertreter gemäß § 133 BGB als verständige Empfänger ohne weiteres schließen, dass die Fa. U. den Termin insoweit vor Ort unmittelbar mit den Beklagten abstimmen sollte. Ergänzend verweist der Senat darauf, dass die Beklagten Im Übrigen lediglich in unzulässiger Weise versuchen, ihre Würdigung der Zeugenaussagen an die Stelle der gerichtlichen Beweiswürdigung zu setzen.

Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht die Annahme, die Abhilfefrist sei entbehrlich gewesen, weil die Wiederherstellung der Tragfähigkeit der Kellerdecke innerhalb angemessener Frist nicht möglich gewesen sei. Die Berufung folgert dies ohne Erfolg daraus, dass die Klägerin die Mängel an den Stahlträgern erst eineinhalb Jahre später im Oktober 2007 und auch nur teilweise behoben hat. Nach dem insoweit maßgebenden Kenntnisstand der Klägerin bzw. des sie vertretenden Zeugen K. G. (§ 166 BGB) im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs mussten die Stahlträger im Deckenbereich des Kellers entrostet und mit einem Korrosionsschutzanstrich behandelt werden. Dass der Zeuge von dem Beklagten zu 2) über eine hierdurch verursachte Einsturzgefahr unterrichtet worden ist, ist – wie vorstehend ausgeführt – nicht bewiesen. Eine Einsturzgefahr wird zwar in der fristlosen Kündigung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 12.03.2006 (GA 37) erwähnt, ohne dass diese aber durch das erstmals mit dem Kündigungsschreiben überreichte Gutachten G. verifiziert wird. Dieses führt – wie bereits dargestellt – lediglich aus, die Stahlträger der Kellerdecke seien durch fehlenden Korrosionsschutz im Flanschbereich stark verrostet und hätten dadurch bereits erheblich an Tragfähigkeit eingebüßt, sodass es dringend notwendig sei, diese zu entrostet, mit einem Korrosionsschutz zu versehen und mit Zementmörtel zu verputzen. Der Zeuge K. G. hat auf die Kenntnis von den Korrosionsschäden der Stahlträger und deren aus einer ex-ante-Sicht notwendigen Behebung durch Entrostung und Aufbringung eines Korrosionsschutzanstrichs in angemessener Zeit reagiert. Nach seiner durch den Zeugen S. (Fa. U./GA 329 f.) bestätigten Aussage (GA 339/341) hat er mit diesem bereits an dem auf den 07.03.2006 folgenden Samstag eine Besichtigung des Kellers durchgeführt. Hierbei habe ihm der Zeuge S. erklärt, der Träger solle entrostet, ggf. müsse er unterstützt werden. Am folgenden Montag habe er den Beklagten zu 2) angerufen, um mit diesem den Reparaturtermin klar zu machen. Dieser habe eine Reparatur aber abgelehnt. Nach den getroffenen und insoweit mit der Berufung nicht substantiiert angegriffenen Feststellungen haben die Beklagten auch den für den 5.04.2006 angekündigten Handwerkern keinen Zutritt zu dem Mietobjekt gewährt und zudem die Durchführung von Reparaturmaßnahmen durch den Beklagten zu 2) mehrfach abgelehnt. Obwohl der Zeuge K. G. zu diesem

Zeitpunkt noch keine konkrete Kenntnis davon hatte, dass die Träger zur Beseitigung der Einsturzgefahr hätten abgestützt werden müssen, waren eventuelle Abstützungsmaßnahmen absprachegemäß bereits Gegenstand der von dem Zeugen aufgrund des Angebots der Fa. U. vom 13.03.2006 (GA 229) in Auftrag gegebenen Arbeiten. Da die Stützmaßnahmen nach den getroffenen Feststellungen an einem Tag hätten durchgeführt werden können, ist den geschilderten Umständen nach auch davon auszugehen, dass diese Maßnahmen im Zuge der Arbeiten der Fa. U. ausgeführt worden wären. Hieran gemessen fehlt der Schlussfolgerung der Berufung, eine Abhilfefrist hätte wegen Untätigkeit der Klägerin nichts genutzt, die tatsächliche Grundlage. Dass die notwendigen Maßnahmen bis zur Beendigung des Mietverhältnisses durch die nach den getroffenen Feststellungen wegen Zahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB begründete fristlose Kündigung der Klägerin vom 26.06.2006 (GA 36) nicht durchgeführt werden konnte, beruhte allein auf der unberechtigten Weigerung der Beklagten. Hieraus folgt zugleich – auch insoweit haben die Beklagten das Urteil nicht mit Gründen angegriffen –, dass die Beklagten bis zur Beendigung des Mietverhältnisses zu einer Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB nicht berechtigt waren. Ob die Klägerin die Maßnahmen auch durch einstweilige Verfügung hätte durchsetzen können, mag dahinstehen. Eine Rechtspflicht hierzu bestand gegenüber den Beklagten angesichts deren hartnäckiger Verweigerung der Mängelbeseitigung jedenfalls nicht.

Nach Zugang der berechtigten fristlosen Kündigung vom 26.06.2006 war die Klägerin gegenüber den die Herausgabe der Mieträume verweigernden Beklagten zu einer weiteren Gebrauchsüberlassung und damit auch zur Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten grundsätzlich nicht mehr verpflichtet (BGH, Urt. v. 6.5.2009, NJW 2009, 1947 = WuM 2009, 469 = ZfIR 2009, 501 - XII ZR 137/07), sodass dem Umstand, dass die Klägerin die Mängel an den Stahlträgern erst im Oktober 2007 und auch nur teilweise behoben hat, keine Bedeutung zukommt. Die Klägerin hatte nach Beendigung des Mietverhältnisses keine Veranlassung mehr, die Sanierungsarbeiten an den Stahlträgern zu forcieren.

Aus dem Vorgesagten folgt zugleich, dass auch für die Annahme der Beklagten, eine Abhilfefrist sei gemäß § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB zur Rechtfertigung ihrer Kündigung entbehrlich gewesen, da die tatsächliche Beseitigung der Einsturzgefahr von der Klägerin nicht ernsthaft und zeitnah betrieben worden sei, kein Raum ist.

Der Senat verkennt nicht, dass nach dem Urteil des OLG Koblenz vom 12.5.1992 (AgrarR 1992, 367 = NJW-RR 1992, 1228 - 3 U 1765/91) eine ausnahmsweise gebotene vorherige Fristsetzung bei Mängeln der Standsicherheit, die einen Einsturz von Pachträumen schon bei ungünstigen Witterungseinflüssen möglich erscheinen lassen, grundsätzlich nicht in Betracht kommen soll. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ist mit dem Streitfall jedoch schon deshalb nicht vergleichbar, weil die Standsicherheit der einsturzgefährdeten Betriebshallen des Pächters – anders

als hier – nach den getroffenen Feststellungen nicht in kurzer Zeit und mit geringem Aufwand hätte wieder hergestellt werden können und die Verpächter zudem erhebliche Standsicherheitsmängel bis zuletzt in Abrede gestellt hatten.

Nur ergänzend verweist der Senat darauf, dass die Kündigungserklärung kein Abhilfeverlangen ersetzt, weil sie nicht darauf gerichtet ist, den Vermieter zu einer Mängelbeseitigung bei fortbestehendem Mietverhältnis anzuhalten, sondern dieses gerade zu beenden. Im Übrigen kommt es hierauf nicht an, weil die Beklagten in rechtserheblicher Zeit keine weitere Kündigung erklärt haben.

2.

In Höhe von 232,92 € vorgerichtlicher Anwaltskosten hat die Berufung Erfolg. Der Klägerin steht gemäß § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung der ihr entstandenen Kosten für die außergerichtliche Tätigkeit ihrer Prozessbevollmächtigten zu. Denn die Beklagten befanden sich nach den dem Berufungsverfahren zugrunde liegenden Feststellungen mit Mietzahlungen für mehrere Monate in Verzug. Auf dieser Pflichtverletzung beruhte die Einschaltung der Rechtsanwälte zur außergerichtlichen Wahrnehmung der Interessen der Klägerin, insbesondere zwecks Erklärung der - gemäß § 543 Abs. 1, 2 Nr. 3 Buchst. a BGB berechtigten - fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses. Der der Klägerin insoweit entstandene Schaden besteht in der anwaltlichen Vergütung, die sie ihren späteren Prozessbevollmächtigten für deren vorgerichtliche Tätigkeit im Hinblick auf die Kündigung des Mietverhältnisses schuldet. Diese beträgt entgegen der Auffassung des Landgerichts weder 1.874,88 € noch wie von der Klägerin mit der Anschlussberufung verlangt 3.295,56 €, sondern lediglich 1.641,96 €.

Für die außergerichtliche Vertretung in einer zivilrechtlichen Angelegenheit steht dem Rechtsanwalt nach Nr. 2300 VV RVG in Verbindung mit §§ 13, 14 RVG eine Geschäftsgebühr in Höhe von 0,5 bis 2,5 des Gebührensatzes zu, wobei die Regelgebühr 1,3 beträgt. Der BGH (Urt. v. 14.3.2007, AGS 2007, 289 = BGHReport 2007, 737 = JurBüro 2007, 358 = MDR 2007, 982 = NJW 2007, 2050 = NZM 2007, 396 = WuM 2007, 330 = ZMR 2007, 521 - VIII ZR 184/06) hat die umstrittene Frage, ob die vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Kündigungserklärung und die anschließende Räumungsklage denselben Gegenstand betreffen, im bejahenden Sinn entschieden und weiter ausgeführt, dass die Geschäftsgebühr des Rechtsanwalts für die vorgerichtliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Kündigung nicht, wie es das Landgericht angenommen hat, gemäß § 23 Abs. 3 RVG i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 KostO, sondern gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 RVG, § 41 Abs. 2 GKG grundsätzlich nach dem einjährigen Bezug der Nettomiete (§ 41 Abs. 1 Satz 2 GKG) zu berechnen und im Rahmen der Anlage 1 Teil 3, Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG auf die Verfahrensgebühr eines nachfolgenden Räumungsrechtsstreits anzurechnen ist.

Dementsprechend sind die Anwaltsgebühren für die vorgerichtliche Tätigkeit wie folgt zu berechnen: Auszugehen ist von einem einjährigen Bezug der Nettomiete. Gemäß § 1 Abs. 4 MV (GA 10) haben die Parteien eine Staffelmiete vereinbart, deren höchste Staffel "4.100,00 € kalt" beträgt, sodass der maßgebliche Jahresbetrag hier aus dem höchsten Entgelt mit insgesamt 49.200 € (12 x 4.100 €) zu errechnen ist (BGH, Beschl. v. 30.10.2007, NZM 2007, 935 = WuM 2008, 50 - VIII ZR 163/07; Beschl. v. 21.9.2005, NZM 2005, 944 - XII ZR 256/03). Daraus ergibt sich ein Gebührenansatz von 1.046,00 €. Ausgehend von einer 1,3 Gebühr, die der Senat in eigener Zuständigkeit und ohne Einholung eines Gebührengutachtens der Rechtsanwaltskammer entscheiden kann (OLG Koblenz, Beschl. v. 21.4.2009, AGS 2009, 217 = JurBüro 2009, 363 = MDR 2009, 716 = OLGR 2009, 576 = Rpfleger 2009, 477 - 14 W 239/09) und unter Berücksichtigung der Auslagenpauschale und der Mehrwertsteuer ergibt sich für die außergerichtliche Tätigkeit ein Betrag von insgesamt 1.641,96 €. Damit ist der vom Landgericht der Klägerin in Höhe von 1.874,88 € zuerkannte Anspruch auf Ersatz ihrer außergerichtlichen Anwaltskosten um 232,92 € zu kürzen.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, dass die fristlose Kündigung der Beklagten von 12.03.2006 das streitgegenständliche Mietverhältnis nicht beendet hat. Damit ist die Feststellungswiderklage zu 1) nicht begründet.

#### B. Anschlussberufung der Klägerin

Mit ihrer Anschlussberufung begehrt die Klägerin für die außergerichtliche Vertretung von den Beklagten über die erstinstanzlich zugesprochenen Zahlungsbeträge hinaus die Zahlung weiterer 1.420,68 €. Der weitergehende Anspruch ist – wie ausgeführt – unbegründet.

#### C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

#### Streitwert:

a) für die Berufung: 45.081,99 € (= 46.956,87 € - 1.874,88 €), der Feststellungswiderklageantrag zu 1) bleibt gemäß § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG unberücksichtigt. b) für die Anschlussberufung: 1.420,68 €