

# Kammergericht Berlin

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 307 Abs. 1 S. 1, 366 Abs. 2 BGB

- 1. Wenn ein Mieter bei Überweisung einer Mietzahlung keine Leistungsbestimmung vornimmt, wird nach § 366 Abs.2 BGB die älteste Mietschuld getilgt (OLG Düsseldorf, WuM 2000, 209; OLG Düsseldorf, GuT 2011, 154; BGH, NZM 2002, 20).**
- 2. In Geschäftsraummietverträgen kann das Minderungsrecht formularvertraglich eingeschränkt werden, da die Minderung nicht zu den Grundprinzipien des Mietrechts gehört (vgl. BGHZ 91, 275; KGR 2002,122). So ist es zulässig, dem Mieter das Recht auf die Durchsetzung der Minderung durch Abzug von der Miete zu versagen, weil ihm insoweit Ansprüche aus § 812 BGB verbleiben (BGH NJW 1984, 2404; OLG Düsseldorf GE 2005; KG GE 2003, 952).**

KG, Urteil vom 11.07.2013; Az.: 8 U 243/12

#### **Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 29. August 2012 verkündete Urteil der Zivilkammer 29 des Landgerichts Berlin abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 21.411,42 Euro nebst Zinsen in Höhe von jeweils 1 % monatlich aus 769,18 Euro seit dem 8.11.2010, aus 1.263,78 Euro seit dem 6.12.2010, aus jeweils 6.318,90 Euro seit dem 6.9.2011, seit dem 6.10.2011 und dem 6.1.2012 sowie 421,76 Euro seit dem 6.12.2011 zu zahlen, davon 2.142,00 Euro nur Zug um Zug gegen Erstellung der Betriebskostenabrechnungen der Jahre 2009 und 2011.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz tragen die Klägerin zu 20 % und der Beklagte zu 80 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 40 % und der Beklagte zu 60 % zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das Urteil des Landgerichts ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, soweit die Berufung zurückgewiesen wird.

### **Entscheidungsgründe:**

Berufung

Die Berufung der Klägerin hat nur Erfolg, soweit sie sich gegen die Kostenentscheidung wendet.

Der Urteilstenor ist insoweit abzuändern, als er lediglich eine teilweise Verurteilung, nicht aber die entsprechende teilweise Abweisung der Klage ausspricht.

In jeder Hinsicht zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass der Beklagte die Miete für Oktober 2010 in Höhe von 495,20 Euro überzahlt hat, weil sie in dieser Höhe gemäß § 536 Abs.1 BGB gemindert war. Der Klägerin ist nicht zu folgen, soweit sie in der Berufungsbegründung ausführt, dass der Beklagte mit Schreiben vom 26. Oktober 2010 auf eine Minderung verzichtet habe.

Der Beklagte hat mit Schreiben vom 26. Oktober 2010 (Anlage B3) eine Mietminderung mit der Begründung geltend gemacht, dass das ganze Geschäft für den Verkehr nicht mehr erkennbar sei, weil das Gerüst vollständig mit weißer undurchsichtiger Schutzfolie bedeckt worden ist und dadurch die Werbebanner über den Schaufenstern und die gesamte ca. 30 Meter breite Schaufensterfront des Geschäfts vollständig verdeckt worden sei. Zugleich hat er darum gebeten, die Verkleidung ändern zu lassen, "dass Werbung und Schaufenster des Geschäfts wieder sichtbar sind". Unstreitig hat die Klägerin lediglich zwei der drei Werbetafeln auf der Plane angebracht. Die Schaufensterfront wurde nicht sichtbar gemacht. Allein der Umstand aber, dass der ungetrübte Blick auf die Schaufensterauslage, vorliegend eine ca. 20 m lange Ladenfront nicht gewährt wurde, rechtfertigt aber die vom Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeurteilte Minderung des Mietzinses.

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung auch ausgeführt, dass die Klägerin für den Monat April 2011 keine Mietzinszahlung mehr beanspruchen kann, da diese Forderung durch die unstreitig am 30. Mai 2011 in entsprechender Höhe erfolgte Leistung erloschen ist. Wenn ein Mieter - wie hier - bei Überweisung einer Mietzahlung keine Leistungsbestimmung vornimmt, wird nach § 366 Abs.2 BGB die älteste Mietschuld getilgt (OLG Düsseldorf, WuM 2000, 209; OLG Düsseldorf, GuT 2011, 154; BGH, NZM 2002, 20). Der Mietzins für den Monat Mai 2011, den der Beklagte demnach nicht beglichen hat, ist von der Klägerin nicht rechtshängig gemacht worden.

Die in § 14 des Mietvertrages enthaltene Klausel, wonach die Vermieterin bestimmt, auf welche Verbindlichkeiten die Teilzahlung angerechnet werden soll, wenn der Mieter Teilzahlungen auf fällige Verbindlichkeiten leistet, ist gemäß § 307 Abs.1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam (Palandt/Grüneberg,

BGB, 72. Auflage, § 366, Rdnr.8; BGH, NJW 1999, 2043).

## Anschlussberufung

Die Anschlussberufung des Beklagten ist unbegründet.

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass der Mietzins für die Monate 11/10, 12/10, 12/11 und 1/12 nicht gemäß § 536 BGB gemindert war. Einer Minderung des Mietzinses steht jedenfalls § 15 Satz 2 des Mietvertrages entgegen.

Die Regelung in § 15 Satz 2 des Mietvertrages ist - wie der Senat bereits mit Urteil vom 29. November 2012 - 8 U 251/11 - ausgeführt hat - wirksam und verstößt nicht gegen § 307 BGB. Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. In Geschäftsraummietverträgen kann das Minderungsrecht formularvertraglich eingeschränkt werden, da die Minderung nicht zu den Grundprinzipien des Mietrechts gehört (vgl. BGHZ 91, 275; KGR 2002,122; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III. B. Rdnr. 1373). So ist es zulässig, dem Mieter das Recht auf die Durchsetzung der Minderung durch Abzug von der Miete zu versagen, weil ihm insoweit Ansprüche aus § 812 BGB verbleiben (BGH NJW 1984, 2404; OLG Düsseldorf GE 2005; KG GE 2003,952; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 10. Auflage, § 536 BGB, Rdnr. 427 mit weiteren Nachweisen). Der Senat hat danach eine Klausel, wonach der Mieter mit der Minderung gleichzeitig den Minderungsbetrag bei der Justizkasse eines deutschen Gerichts zu hinterlegen hat, als zulässig angesehen. Im Falle einer solchen Klausel ist der Mieter nicht gehindert, in einem gesonderten Prozess auf Auszahlung des hinterlegten Betrages zu klagen. Dem Mieter wird dadurch nichts Unbilliges zugemutet und eine alsbaldige Klärung der Mängelfrage wird ebenfalls gefördert (vgl. Senatsurteil vom 16.03.2009 - 8 U 112/08 - GE 2009, 1555; BGH NJW-RR 1993,519).

Diese Rechtsprechung ist auf die vorliegende Klausel entsprechend übertragbar. Sie stellt keine unangemessene Benachteiligung dar, weil dadurch das Minderungsrecht nicht völlig ausgeschlossen wird, sondern der Mieter gehalten ist, den Minderungsbetrag beim Vermieter oder bei einem Notar zu hinterlegen, sodann kann er den Klageweg nach § 812 BGB beschreiten und den Vermieter auf Auszahlung des hinterlegten Betrages bzw. auf Freigabe des hinterlegten Betrages beim Notar in Anspruch nehmen.

Soweit der Beklagte ausführt, die Hinterlegung von Minderungsbeträgen auf einem Notaranderkonto oder bei der Hinterlegungsstelle sei rechtlich und tatsächlich gar nicht durchführbar, kann ihm nicht gefolgt werden.

Auf eine Hinterlegung zu Sicherungszwecken finden die §§ 372 ff BGB weder unmittelbar noch entsprechende Anwendung. Es gelten die §§ 232 ff BGB und für die Hinterlegung aus prozessualen Gründen die §§ 108 ff ZPO (Münchener Kommentar, BGB, 2012, § 372, Rdnr.23). Eine Hinterlegung muss aber nicht immer die förmliche Hinterlegung iSd. § 223 BGB a.F. sein. Ebenso gut kann die Hinterlegung beim Notar gewählt werden. Die Vertragspartner können mit der Hinterlegung beim Notar ein eigenständiges Recht des Gläubigers begründen, sich aus dem hinterlegten Betrag bei Bestehen des gesicherten Anspruchs unabhängig von dessen Verjährung zu befriedigen (BGH, MDR 2000, 691).

Zwar ist die Klausel des § 15 Satz 1, wonach der Mieter gegenüber Forderungen des Vermieters aus diesem Vertrag keine Aufrechnung und kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, unwirksam, weil sie unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen nicht ausnimmt (vgl. BGH NJW-RR 1993,519). Dies wirkt sich aber auf die nachfolgende Minderungsklausel nicht aus. Die Regelungen sind voneinander trennbar und einzeln aus sich heraus verständlich und damit einer gesonderten AGB-rechtlichen Beurteilung zugänglich (vgl. BGHZ 107,185 = NJW 1989,3215 für Ausschluss von Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung in einem Satz).

Die Minderungsbeschränkung wird nicht etwa dadurch hinfällig, dass das Mietverhältnis mit Ablauf des 31. Januar 2012 beendet ist und die Räume zurückgegeben sind. Selbst nach Beendigung des Mietvertrages und Rückgabe der Mietsache bleibt die Klausel, die den Mieter auf einen Rückforderungsprozess gemäß § 812 BGB verweist, anwendbar (BGH, NJW-RR 2000,530; Sternel, a.a.O., Rn. II, 112). Denn das schützenswerte Interesse des Vermieters an pünktlicher Liquiditätserzielung wird durch diese Umstände nicht berührt und zudem würde ein Wegfall der Minderungsbeschränkung den vertragsuntreuen Mieter, der etwa Miete in Kenntnis der anstehenden Nutzungsaufgabe unberechtigt mindert, privilegieren (vgl. OLG Düsseldorf Urteil vom 08.06.2006 - 10 U 159/05; Urteil des Senats vom 25.01.2010 - 8 U 139/09 -; Urteil des Senats vom 15.11.2010 - 8 U 80/10 - ).

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung auch zutreffend ausgeführt, dass dem Beklagten ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.570,40 Euro wegen der Zerstörung einer sowie des Abhandenkommens von zwei weiteren Werbetafeln nicht zusteht.

Zum einen hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass bezüglich der zwei vermeintlich abhanden gekommenen Werbetafeln ein Schadensersatzanspruch nicht besteht, weil er die Klägerin gar nicht zur Herausgabe der Werbetafeln aufgefordert hat. Mit Schreiben vom 25. Februar 2011 hat der Beklagte die Klägerin nicht zur Herausgabe der Werbetafeln, sondern zur Wiederanbringung der Werbetafeln aufgefordert. Die Klägerin hat daraufhin mit Schreiben vom 6. April 2011 (Anlage B8) keineswegs mitgeteilt, dass die Werbetafeln nicht mehr vorhanden seien, sondern dass diese nach Beendigung der noch ausstehenden Arbeiten wieder angebracht werden würden. Eine Aufforderung zur Herausgabe der Werbetafeln ist auch nicht erfolgt, nachdem die Klägerin die Werbetafeln entgegen ihrer Zusage nicht angebracht hat.

Die Schadenshöhe ist im Übrigen nicht schlüssig dargetan. Der Beklagte macht die

Beschädigung eines 1 m x 1,50 m großen Werbeschildes geltend, reicht aber einen Kostenvoranschlag ein, der die Kosten für ein 4,50 m x 1 m großes Werbeschild ausweist. Die Klägerin hat ausdrücklich bestritten, dass der Beklagte den geltend gemachten Schadensbetrag für die Herstellung einer gleichartigen Werbetafel aufzuwenden habe (Schriftsatz der Klägerin vom 26. März 2012, Seite 7; Bl.74 d.A.). Der Beklagte hat schon nicht schlüssig vorgetragen, dass der Kostenvoranschlag eine gleichartige Werbetafel zum Gegenstand hat und ist darüber hinaus für eine etwaige Gleichartigkeit auch beweisfällig geblieben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Absatz 1, 269 Abs.3 Satz 2, 97 ZPO.

Zutreffend hat die Klägerin in der Berufungsbegründung ausgeführt, dass die Rechtsauffassung des Landgerichts, dass die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, soweit sie die Klage zurückgenommen habe, "da sie den Antrag auf Erlass eines entsprechenden Mahnbescheides erst einen Tag nach Zahlungseingang gestellt hat", unzutreffend ist. § 269 Abs.3 Satz 3 ZPO findet auch dann Anwendung, wenn der Anlass zur Klageeinreichung der Klage - wie hier vor Anhängigkeit der Sache weggefallen ist und die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen wird (Kammergericht, NJW-RR 2009, 1411; Landgericht Berlin, Grundeigentum 2003, 1493). Die Miete für den Monat Januar 2011 ist am 20. Januar 2011 auf dem Konto der Klägerin eingegangen. Am selben Tag hat er den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides erstellt, der am nächsten Tag bei Gericht eingegangen ist.

Das Gericht kann auch in diesem Fall unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen die Kosten des Verfahrens dem Schuldner auferlegen. § 269 Abs.3 Satz 3 ZPO führt aber im Falle des Wegfalls des Klageanlasses vor Anhängigkeit allenfalls dann zu einer Kostentragungspflicht des Beklagten, wenn den Kläger kein Verschulden daran trifft, dass er die schon vor Klageeinreichung objektiv fehlende Erfolgsaussicht seiner Klage nicht erkannt hat (Kammergericht, a.a.O., m.w.N.). Vorliegend war der Beklagte mit der Zahlung des Mietzinses für den Monat Januar 2011 in Verzug. Auch den Mietzins für die vorausgegangenen Monate hat er nicht vollständig gezahlt. Da der Klägerin am 20. Januar 2011, als sie den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides erstellt hat, unstreitig noch kein Kontoauszug vorlag, aus dem die Zahlung zu ersehen gewesen wäre und sie auch sonst keinen Anlass hatte, mit einer Zahlung zu rechnen, trifft sie kein Verschulden, so dass die aus der Klagerücknahme resultierenden Kosten dem Beklagten aufzuerlegen sind.

Die weiteren prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision zum Bundesgerichtshof wird nicht zugelassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Absatz 2 Satz 1 ZPO.