

## Beschluss vom 01.12.2011 Oberlandesgericht Düsseldorf, AZ: I-24 U 147/11

Vorinstanz:

Landgericht Duisburg, 3 O 215/10

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO im Beschlussverfahren zurückzuweisen. Der Beklagten wird Gelegenheit gegeben, hierzu binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Der für den 17. Januar 2012 geplante Senatstermin findet nicht statt.

### Gründe

Die Berufung der Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die hiergegen von der Beklagten in der Berufungsbegründung vom 26. Juli 2011 und im Schriftsatz vom 7. Oktober 2011 vorgebrachten Gründe rechtfertigen keine abweichende Beurteilung.

I.

Das Landgericht ist in seinem angefochtenen Urteil zutreffend davon ausgegangen, dass weder eine zu einer Anfechtung des Mietvertrages berechtigte arglistige Täuschung der Klägerin noch der für sie handelnden P. GmbH (im Folgenden: P.) noch die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung des gemäß dem Mietvertrag vom 2. März 2010 (im Folgenden: MV) bis zum 16. Februar 2011 befristeten Mietverhältnisses vorgelegen haben. Deshalb ist die Beklagte zutreffend im beantragten Umfang zur Zahlung des Mietzinses einschließlich der Nebenkostenvorauszahlungen von insgesamt EUR 12.645,26 nebst Zinsen sowie zur Zahlung außergerichtlicher Anwaltskosten über EUR 703,80 verurteilt worden (§ 535 Abs. 2 in Verbindung mit § 286 BGB).

Das Verteidigungsvorbringen der Beklagten ist ohne Erfolg. Weder liegt eine Anfechtungserklärung gemäß § 123 BGB vor noch wäre ein Grund für eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung gegeben. Auch stand der Beklagten kein Sachverhalt zur Seite, der eine außerordentliche Kündigung des Mietvertrages gerechtfertigt hätte, im Übrigen fehlt eine Abmahnung, die erforderlich gewesen wäre.

1.

Der Senat vermag schon keine Anfechtungserklärung der Beklagten erkennen. Das vom Landgericht erwogene Schreiben der damaligen anwaltlichen Bevollmächtigten der Beklagten vom 22. März 2010 enthält die Erklärung einer Anfechtung nicht. Dort wurde vielmehr nur die außerordentliche Kündigung des Mietvertrages erklärt. Gemäß § 143 Abs. 1 BGB erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Zwar muss das Wort "anfechten" nicht ausdrücklich erwähnt werden. Die Erklärung muss jedoch erkennen lassen, dass die Partei das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will (BGHZ 88, 245; 91, 331; NJW-RR 1988, 566; 95, 859; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Auflage, § 143 Rn. 3). Dies kann den Angaben des Schreibens jedoch nicht entnommen werden, zumal ein Rechtsanwalt bereits aufgrund seiner Ausbildung wissen muss, dass sich an die Erklärung einer Anfechtung und die Erklärung einer Kündigung unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen. Auch wenn sich die Anfechtung und das Kündigungsrecht aus § 543 BGB nicht ausschließen (vgl. BGH NJW 1958, 177; NJW 2009, 1266; Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 123 Rn. 29 m.w.N.), so muss gleichwohl der Erklärung entnommen werden, dass ein Willensmangel vorliegt und daraus Rechte hergeleitet werden. Zum Vorliegen eines solchen Willensmangels lassen sich in dem genannten Schreiben indes keinerlei Anhaltspunkte finden. Dies hätte jedoch bei anwaltlicher Vertretung erwartet werden müssen, wenn eine Anfechtung hätte erklärt werden sollen.

Zudem wäre die Anfechtung auch nicht begründet, weil eine arglistige Täuschung der Klägerin, die sich die Erklärungen der von ihr bevollmächtigten P. gemäß § 123 Abs. 2 BGB zurechnen lassen müsste, weder dargelegt bzw. bewiesen noch ansonsten ersichtlich ist. Das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen für eine allenfalls in Betracht kommende Täuschung durch Unterlassen bereits deshalb nicht vorliegen, weil zwischen den Parteien Einigkeit bestand, dass während der Mietdauer Bauarbeiten stattfinden werden. Dies war nach den Angaben der Zeugin A. von ihr nicht nur während der Vertragsverhandlungen thematisiert, sondern auch in § 15.1 Abs. 2 und 4 MV ausdrücklich niedergelegt worden. Soweit die Beklagte bei den Mietvertragsverhandlungen nicht selbst gehandelt hat, sondern sich durch ihren Sohn, den Zeugen K. bzw. auch durch den Zeugen T. vertreten ließ, ist auf deren Kenntnis abzustellen, welche sich die Beklagte gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muss.

Die Klägerin hatte gegenüber der Beklagten keine Aufklärungspflicht, die über die Ankündigung von Bauarbeiten im Bereich des Mietobjekts hinausging. Im Grundsatz ist es Sache jeder Partei selbst, ihre Interessen wahrzunehmen. Eine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein könnten, besteht nicht (vgl. BGH NJW 1971, 1795 (1799); WM 1983, 1007; nur Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 123 Rn. 5 m.w.N.). Hier ist schon nicht bekannt, ob der P. Konkretes bekannt war, die über den eigentlichen Umstand der Durchführung von Bauarbeiten hinausging. Den Umfang der damit verbundenen Beeinträchtigungen vermochte sie zwangsläufig nicht konkret

vorherzusehen. Denn die Klägerin, für welche die P. tätig war, hat die Bauarbeiten nicht initiiert. Sie war nur insofern beteiligt, als das in ihrem Eigentum stehende Objekt in der Zone liegt, die von den Bauarbeiten betroffen war. Was konkret an Störungen (beim Zugang, bei Geräusch- oder Staubemissionen) zu erwarten war, vermochten deshalb weder die Klägerin noch die P. zuverlässig vorherzusehen. Die Beklagte musste somit selbst abwägen, ob die mit den Bauarbeiten verbundenen Unwägbarkeiten die Nutzungsmöglichkeit der Räume für sie in unzumutbarer Weise beeinträchtigen würde. Wäre sie insofern nicht sicher gewesen, hätte sie entweder selbst Erkundigungen einziehen oder die Klägerin bzw. die P. im Einzelnen dazu befragen können. Beides ist offenbar unterblieben. Letztlich hing die Akzeptanz oder die Unzumutbarkeit der Beeinträchtigungen auch davon ab, wie die Beklagte das Mietobjekt im Einzelnen nutzen wollte. Hierüber konnte die Klägerin indes naturgemäß ebenfalls keine Kenntnis haben, weil sie der Beklagten nur die Nutzung "als Büro" schuldete.

2.

Auch vermochte die von der Beklagten mit Schreiben 22. März 2010 und vom 21. April 2010 erklärten fristlosen Kündigungen mangels Wirksamkeit keine Beendigung des Mietverhältnisses herbeizuführen.

a.

Bereits ein Grund für die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt nicht vor.

Es ist schon fraglich, ob von Dritten durchgeführte Bauarbeiten mit Zugangerschwerungen überhaupt einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Mangel darstellen. Der Senat hat dies in einer früheren Entscheidung im Wesentlichen verneint (vgl. NJW-RR 1998, 1236 m.w.N.; siehe auch DWW 2008, 60 f.): Das Risiko, dass Kunden auf Grund welcher Umstände auch immer fernbleiben (z.B. aufgrund von Verkehrsmaßnahmen) trage allein der Mieter. Es fehle derartigen Erschwernissen regelmäßig auch die Erheblichkeit, da es jeder Anlieger hinnehmen müsse, dass eine Straße, von der er Nutzen ziehe, entsprechend den öffentlichen Bedürfnissen erneuert und umgestaltet werde. Zudem stehe dem betroffenen Betriebsinhaber ein Anspruch auf Entschädigung gemäß § 20 Abs. 6 StrWG NW (Anmerkung: auch in jetzt gültigen Fassung ab 1. Januar 2003) zu. Ob die dort entwickelten Grundsätze auch hier Anwendung finden müssen, bedarf keiner Entscheidung. Denn jedenfalls können die Erschwernisse des Zugangs aufgrund von Bauarbeiten, soweit sie – wie hier - nicht zu einem vollständigen Versperren des Zugangs führen, nicht als so gravierend angesehen werden, dass damit eine sofortige Beendigung des Mietverhältnisses gerechtfertigt werden könnte (vgl. auch KG NJW-RR 2008, 1042 f.). Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Beklagte mit dem Auftreten von Störungen aufgrund der ihr bekannten Bauarbeiten rechnen musste (vgl. hierzu auch KG NZM 2003, 718). Ist einem Mieter aber bekannt, dass Bauarbeiten im Umfeld des

von ihm gemieteten Objekts stattfinden, dann können nur gravierende Beeinträchtigungen eine Minderung oder eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigen. Gelegentliche Behinderungen im Zugang bzw. das Erfordernis erhöhter Flexibilität aufgrund von häufigen Veränderungen in der Zugangssituation genügen hierfür nicht. Dies gilt insbesondere, wenn der Mieter nicht auf Laufkundschaft angewiesen ist, sondern ein Gewerbe mit einem kleineren Mitarbeiterstamm ausüben will, der sich während des Zeitraums der Erschwernisse auf diese Situation einstellen kann.

Soweit die Beklagte über erhebliche Beeinträchtigungen geklagt und behauptet hat, es sei überhaupt keine Zugangsmöglichkeit vorhanden, vermochte sie dies nicht zu beweisen. Es ließ sich weder feststellen, dass dies zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 22. März 2010, noch davor oder danach in dem von ihr geschilderten Umfang der Fall war.

Der Zeuge S. als verantwortlicher Bauleiter hat nachvollziehbar angegeben, dass die Baustelle tagsüber aufgrund der Bauarbeiten und der Notwendigkeit des Zugangs für Lieferfahrzeuge ohnehin durchgehend geöffnet war und deshalb auch die Möglichkeit bestand, das Mietobjekt über das Baustellengelände zu erreichen. Soweit der Zeuge K. bekundet hat, er habe mehrfach keinen Zugang gehabt, hat der Zeuge S. lediglich eingeräumt, einmal den Zeugen vor der abgeschlossenen Kette vorgefunden und ihm Durchgang verschafft zu haben. Die übrigen Male hat der Zeuge K. weder hinreichend zeitlich spezifiziert noch kann ausgeschlossen werden, dass er die mit einer Kette verhängte Tür, die indes unverschlossen war, für verschlossen gehalten hat. Entsprechendes gilt für die Angaben der Zeugen T. und K.-A.. Im Übrigen hatte die Zeugin G., die damals mit dem Zeugen K. befreundet war und teilweise in den Mieträumen tätig war, im fraglichen Zeitraum keine Zugangsprobleme. Soweit die Beklagte die Beweiswürdigung des Landgerichts angreift, ist dies ohne Erfolg. Diese darf ohnehin nur eingeschränkt vom Berufungsgericht überprüft werden. Die vom Landgericht geschaffene Tatsachengrundlage bindet grundsätzlich auch das Berufungsgericht. Lediglich die unterlassene oder fehlerhafte Erfassung von Tatsachen durch die Verletzung materiellen Rechts (z.B. die Verkennung der Beweislast), die fehlerhafte Tatsachenfeststellung aufgrund von Verfahrensfehlern (z.B. Verletzung der Hinweispflicht) oder die sonstige Fehlerhaftigkeit des Beweisergebnisses (beispielsweise eine nicht erschöpfende Beweisaufnahme oder Widersprüche zwischen einer protokollierten Aussage und den Urteilsgründen) können die Notwendigkeit erneuter Feststellungen gebieten (vgl. Senat AGS 2006, 480 f. = JurBüro 2006, 594 = OLG Düsseldorf 2007, 20 f.; RuS 2009, 521-523; MDR 2010, 616; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage, § 529 Rn. 2 ff. m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. Vielmehr folgt der Senat der zutreffenden Beweiswürdigung des Landgerichts.

Die Notwendigkeit, dass eine Gebrauchsbeeinträchtigung zur Begründung eines Mangels erheblich sein muss, besteht nach wie vor (trotz des Wegfalls

des § 542 Abs. 2 BGB in der bis 31. August 2001 gültigen Fassung, der dies ausdrücklich vorschrieb). Wenn schon die Minderung eine erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit voraussetzt (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB), muss dies erst recht für die Kündigung gelten. Auch soll damit einem unlauteren Missbrauch des Kündigungsrechts begegnet werden, wenn zum Beispiel für die Kündigung ein anderer Beweggrund vorliegt (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 10. Auflage, § 543 Rn. 19).

Eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung lag jedoch nicht vor. Der Senat geht vielmehr mit den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts davon aus, dass der Zugang in nur wenigen Einzelfällen zwischen dem 22. März und Juni 2010 versperrt war. Dies rechtfertigt weder eine fristlose Kündigung noch eine Minderung des Mietzinses, da die Zugangsbeeinträchtigungen lediglich unerheblich waren (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB) und das Mietobjekt als solches der Beklagten uneingeschränkt und wie vertraglich geschuldet zur Verfügung stand.

b.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten scheitert zudem daran, dass sie die Klägerin vor deren Ausspruch nicht abgemahnt hat, wie dies in § 543 Abs. 3 BGB vorgeschrieben ist.

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Rechtsauffassung war diese Abmahnung auch nicht entbehrlich. Weder durfte die Beklagte davon ausgehen, dass eine Abmahnung keinen Erfolg versprach, noch durfte sie aus anderen Gründen auf diese verzichten. Insbesondere durfte die Beklagte nicht ohne weiteres unterstellen, der Klägerin sei es ohnehin nicht möglich auf die Streithelferin einzuwirken. Es muss grundsätzlich dem Vermieter überlassen bleiben, in welcher Weise er auf angezeigte Gebrauchsbeeinträchtigungen reagiert (vgl. OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, GuT 2007, 363). Es wäre der Klägerin zudem ohne weiteres möglich gewesen, mit der Streithelferin Kontakt aufzunehmen und auf eine Verbesserung der Zugangssituation hinzuwirken, wie dies von der Zeugin V. auch entsprechend gehandhabt wurde. Diese hat nämlich bekundet, mit dem Zeugen S. nach dem Telefonat des Zeugen K. gesprochen zu haben. Dass die vom Zeugen K. am 23. März 2010 vorgebrachten telefonischen Beschwerden gegenüber der Zeugin V. keine hinreichende Frist zur Abhilfe einräumten, folgt zweifellos schon daraus, dass bereits am gleichen Tag die fristlose Kündigung des Mietvertrages per Fax durch die Beklagte erklärt wurde.

II.

Hinsichtlich der Nebenkostenvorauszahlungen für das Jahr 2010, welche die Klägerin ebenfalls geltend macht, tritt mit Ablauf des Jahres 2011 Abrechnungsreife ein. Ab dem 1. Januar 2012 können die Vorauszahlungen nicht mehr verlangt werden. Die Klägerin mag daraus die gebotenen prozessualen bzw. materiell-rechtlichen Konsequenzen ziehen.

III.

Der von der Beklagten hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung ihrer Kautions in Höhe von EUR 1.354,- ist derzeit nicht fällig. Wie das Landgericht zutreffend ausführte, entsteht dieser Anspruch in angemessener Zeit nach rechtlicher Beendigung des Mietverhältnisses, wenn der Vermieter in der Lage ist, noch offene Ansprüche, zu deren Sicherung die Kautions dient, in zumutbarer Weise abzurechnen (Senat ZMR 2002, 37; MDR 2005, 981 f.). Es besteht indes die Möglichkeit, dass aus den vorzunehmenden Nebenkostenabrechnungen noch weitergehende Zahlungsansprüche, die nicht durch die eingeklagten Vorauszahlungen gedeckt sind, entstanden sind. Des Weiteren hat die Beklagte erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 25. Mai 2011 die zum Mietobjekt gehörenden Schlüssel zurückgegeben hat (vgl. GA 222; obwohl das Mietverhältnis nur bis zum 16. Februar 2011 befristet war). Es sind deshalb auch Ansprüche der Klägerin auf Nutzungsentschädigung denkbar, denn der Mieter erfüllt seine Rückgabeverpflichtung nur durch die vollständige Räumung und die Rückgabe der Schlüssel (vgl. BGHZ 86, 204 (210) = NJS 1983, 1049). Erst ab der Schlüsselübergabe verschafft der Mieter dem Vermieter den tatsächlichen Gewahrsam i.S. § 854 Abs. 1 BGB (vgl. Senat MDR 2007, 1421; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 546 Rn. 4 m.w.N.).

IV.

Die weiteren in § 522 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 ZPO genannten Voraussetzungen der Berufungszurückweisung im Beschlussverfahren liegen ebenfalls vor.

Der Senat weist darauf hin, dass die Rücknahme der Berufung vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an (OLG Brandenburg MDR 2009, 1363 = AGS 2009, 553 f.; Senat ZIP 2010, 1852 f.).

Düsseldorf, den 1. Dezember 2011

Oberlandesgericht, 24. Zivilsenat