Oberlandesgericht Düsseldorf, 24 U 200/01

Datum:	30.07.2002
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	24. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	24 U 200/01
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2002:0730.24U200.01.00

Vorinstanz:	Landgericht Duisburg, 10 O 70/01

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 29. August 2001 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg abgeändert: Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten beider Rechtszüge werden gegeneinander aufgehoben. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

T a t b e s t a n d 1

Durch Untermietvertrag vom 15. Januar 1998 vermietete der Kläger an die Beklagte ab 01. März 1998 bis zum 31. Dezember 2002 ein Ladenlokal, bestehend aus Räumlichkeiten im Keller- und Erdgeschoss. Die Miete betrug zunächst 2.000,00 DM, ab November 1998 4.000,00 DM und ab September 1999 5.000,00 DM (jeweils monatlich zzgl. Mehrwertsteuer.). In der Zeit von März 1998 bis November 1998 entrichtete die Beklagte die Miete nicht in vereinbarter Höhe; es blieb ein Betrag von 11.600,00 DM offen. In der Folgezeit von Dezember 1998 bis August 1999 zahlte die Beklagte neben der laufende Miete einen Mehrbetrag von 360,00 DM monatlich ohne Tilgungsbestimmung. Im September 1999 zahlte sie 800,00 DM weniger. Im Dezember 1999 erfolgte eine Sonderzahlung von 6.185,00 DM ohne Tilgungsbestimmung. Die Über- und Nachzahlungen (einschließlich von Gutschriften des Klägers) betrugen 9.425,00 DM. In der Zeit von Juni bis Dezember 2000 kürzte die Beklagte den Mietzins erneut, so dass in der Gesamtzeit (nach Verrechnung der Nach- und Überzahlungen sowie Gutschriften) rechnerisch zum vereinbarten Mietzins ein Betrag von 21.821,42 DM offen blieb. 2

Im Dezember 2000 hatten die Beklagten mit dem Kläger wegen einer Mietminderung infolge von Wassereinbrüchen in den Jahren 1998 bis 2000 verhandelt. Der Inhalt dieser Vereinbarung ist im zweiten Rechtszug streitig geworden. 3

Der Kläger hat beantragt, 4

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 21.821,42 DM nebst 8% Zinsen aus 9.128,82 DM seit dem 15. Juni 2000 aus weiteren 192,60 DM seit dem 04. Juli 2000 und aus jeweils weiteren 2.500,00 DM seit dem 03.08., 04.09., 05.10., 04.11. und 04. 12. 2000 zu zahlen. 5

Die Beklagte hat um 6

Klageabweisung gebeten. 7

Sie hat geltend gemacht, der Mietanspruch des Klägers sei infolge der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus den Wassereinbrüchen erloschen. 8

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Es hat gemeint, die Beklagte habe Gewährleistungsansprüche wegen der vorbehaltlosen Nachzahlung der Miete über einen längeren Zeitraum verloren. 9

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie macht geltend, dass dem Kläger rückständige Miete schon deshalb nicht zustehe, weil diese wegen der Mangelhaftigkeit der Mietsache in dem Umfange gemindert sei, in dem sie Miete nicht entrichtet habe. An diesem Einwand sei sie nicht gehindert, denn in der Verhandlung von Dezember 2000 habe es eine Einigung zur Höhe der Minderung nicht gegeben. Im Übrigen wiederholt sie ihren erstinstanzlichen Vortrag zur Aufrechnung, wobei sie erstrangig mit den näher dargelegten Schadensersatzansprüchen aus dem Wassereinbruch von Oktober 1998 die Aufrechnung erklärt. Eine Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen hält sie aus rechtlichen Gründen nicht für gegeben. 10

Sie beantragt, 11

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 12

Der Kläger bittet um 13

Zurückweisung der Berufung. 14

Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt das angefochtene Urteil, das er für richtig hält. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Akteninhalt verwiesen. 16

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 17

Das zulässige Rechtsmittel der Beklagten hat Erfolg infolge der im Senatstermin vom 09. Juli 2002 erklärten erstrangigen Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus dem Schadensfall vom 01. Oktober 1998. Die Hauptangriffe der Beklagten gegen die geltend gemachten Mietrückstände aus der Zeit von März 1998 bis Dezember 2000 in rechnerisch unstreitiger Höhe von 21.821,42 DM sind dagegen unbegründet. Im Einzelnen gilt das Folgende: 18

I. Mietminderung 03/98 bis 12/00 19

Die Beklagte kann über die von der Klägerin zugestandene und in der Berechnung der Klageforderung bereits berücksichtigten Minderung von 400,00 DM monatlich in der Zeit von August 2000 bis Dezember 2000 hinaus keine weitere Minderung geltend machen. Das 20

beruht, worauf der Kläger zu Recht hinweist, auf der Vereinbarung der Parteien von Dezember 2000. Dort haben sie sich darauf geeinigt, dass die Miete nur in der Zeit von August 2000 bis Dezember 2000 um 400,00 DM monatlich gemindert wird, für die Zeit danach, um welche es hier nicht geht, auch dann, wenn die durchzuführenden Mangelbeseitigungsmaßnahmen bis dahin nicht erledigt sein sollten. Daraus und aus dem Umstand, dass über die Mietansprüche des Klägers seit März 1998 verhandelt worden ist, folgt, dass für Zeiträume davor keine Minderung mehr und innerhalb des benannten Zeitraums nur eine solche in Höhe von 400,00 DM monatlich in Anspruch genommen werden kann. An diese Vereinbarung ist die Beklagte gebunden.

Die im Berufungsrechtszug aufgestellte Behauptung der Beklagten, eine solche bindende Vereinbarung sei nicht getroffen worden, ist unbeachtlich mit Blick auf das diesbezügliche Geständnis der Beklagten (§ 288 ZPO) in der Klageerwiderung, das sie auf den Vortrag des Klägers abgegeben hat und über welches die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2001 verhandelt haben. An dieses Geständnis ist die Beklagte auch im zweiten Rechtszug gebunden (§ 535 ZPO n.F. = § 532 ZPO a.F.), weil sie Tatsachen, welche einen Widerruf des Geständnisses ermöglichen würden (§ 290 ZPO), nicht vorträgt. 21

II. Hilfsaufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus dem Wassereinbruch vom 01. Oktober 1998 (764,04 DM + 67.080,82 DM = 67.844,86 DM) 22

Diese Hilfsaufrechnung bringt die Klageforderung entgegen der rechtlichen Beurteilung des Landgerichts zum Erlöschen, § 398 BGB.. 23

1. Dem Grunde nach ist der Klägerin ein Schadensersatzanspruch aus § 538 Abs. 1 BGB a.F. (§ 536a Abs. 1 BGB n.F.) entstanden. 24

a) Es ist unstreitig, dass zum genannten Zeitpunkt "nach schwerem Platzregen" durch die Kellerdecke hindurch Regenwasser in den gemieteten Ausstellungsraum im Tiefgeschoss "im gesamten Bereich hereintropfte. Ursache war nach den übereinstimmend getroffenen Feststellungen eine Undichtigkeit der Außenwand. Dass es sich dabei um einen Mangel im Sinne des § 538 Abs. 1 BGB handelt, kann nicht zweifelhaft sein und wird vom Kläger auch nicht in Abrede gestellt. 25

b) Der Beklagte sieht sich deshalb nicht in der Haftung, weil es sich um Mängel an "Dach und Fach" handele, die für ihn nicht erkennbar gewesen seien und für die nicht er als Hauptmieter und Untervermieter einzustehen habe, sondern die Hauseigentümerin und Hauptvermieterin. Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden. 26

Als Untervermieter treffen den Kläger im Verhältnis zur Beklagten die gleichen Rechte und Pflichten, wie sie die Hauptvermieterin im Verhältnis zum Kläger treffen (vgl. BGH NJW 1986, 308 und 1995, 45, 48; Bub/Treier/Reinstorf Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. Anm. I Rn. 130). 27

Auf die Frage, ob den Kläger ein Verschulden trifft, kommt es nicht an. Er haftet der Beklagten wegen des hier in Rede stehenden Mangels gemäß § 538 Abs. 1, 1. Alt. BGB a.F. (§ 536a Abs. 1,1. Alt. BGB n. F.) ohne Verschulden aus der so genannten Garantiehaftung. Diese tritt dann ein, wenn der Mangel der Mietsache bei Vertragsschluss vorhanden gewesen ist. Daran kann im Streitfall kein Zweifel herrschen, weil Ursache für das Eindringen des Wasser die undichte Außenwand war. Dass sich diese Undichtigkeit erst infolge des schweren Platzregens rund sieben Monate nach Vertragsschluss ausgewirkt hat, spielt keine Rolle. Maßgeblich ist nicht, wann der Schaden bei dem Mieter eingetreten ist, sondern wann 28

der Mangel vorgelegen hat. Dass der erst im Laufe der siebenmonatigen Mietzeit eingetreten sein könnte, ist ganz fern liegend sowohl mit Blick auf das Alter des Gebäudes (Errichtung Anfang des vorigen Jahrhunderts) als auch mit Blick auf den vom Kläger beschriebenen desolaten Zustand. Bestätigt wird das dadurch, dass schon im ersten Vertragsmonat (03/98) wegen eines defekten Fallrohres Wasser durch die undichte Außenwand in den im Tiefgeschoss gelegenen Ausstellungsraum geflossen war und sich dieses Schadensereignis im Mai 1998 wiederholte. Diese Schadensfälle hätten den Kläger im Übrigen veranlassen müssen, die Wanddichtigkeit notfalls unter Hinzuziehung von Fachleuten einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Dann wäre ihm die Undichtigkeit nicht entgangen und er hätte deren Abdichtung veranlassen können und müssen. Dass ihm die Hauseigentümerin für den Mangel haften könnte, entlastet den Kläger nicht von seiner Haftung im Verhältnis zur Beklagten.

c) Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, durch die im Dezember 2000 getroffene Vereinbarung zur Minderung der Miete seien auch Schadensersatzansprüche der Beklagten ausgeschlossen. Es ist ersichtlich nur über die Ansprüche des Klägers auf Miete verhandelt worden. Die bereits zuvor geltend gemachten Schadensersatzansprüche der Beklagten werden im Schriftwechsel von Dezember 2000 mit keinem Wort erwähnt, eine Ausgleichsklausel ist nicht aufgenommen worden. An die konkludente Annahme eines Erlassvertrags (§ 397 Abs. 1 BGB) sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH NJW-RR 1996, 237 und 2000, 130 vgl. auch Senat ZMR 2001, 962 = NZM 2001, 893). Das gilt erst recht dann, wenn die Vereinbarung, wie hier geschehen, durch Rechtsanwälte getroffen worden ist. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte auf diese Forderung verzichten wollte, werden von dem Kläger nicht vorgetragen. 29

d) Im Ergebnis ohne Erfolg macht der Kläger schließlich geltend, die Beklagte habe ihre Gewährleistungsrechte gemäß § 539 BGB a. F. analog (§ 536b BGB n.F.) verloren, weil sie den ab März 1998 zunächst geminderten Mietzins durch Nachzahlungen in einem Umfange getilgt habe, dass von einer vorbehaltlosen Anerkennung der Mietsache als vertragsgerecht auszugehen sei. 30

aa) Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Klägers. Die höchstrichterliche Rechtsprechung, der der Senat folgt, wendet § 539 BGB a.F. entsprechend auch dann an, wenn im Laufe des in Vollzug gesetzten Mietverhältnisses ein Mangel auftritt und der Mieter in Kenntnis dieses Mangels die Miete vorbehaltlos in ungekürzter Höhe über einen längeren Zeitraum fortentrichtet (BGH NJW 1997, 2647). Das gilt selbst dann, wenn der Mieter den Mangel angezeigt hat und dessen Beseitigung verlangt. Mit der vorbehaltlosen und ungekürzten Mietfortzahlung über einen längeren Zeitraum gibt der Mieter (konkludent) zu erkennen, dass er zwar nicht auf den Herstellungsanspruch (§ 536 BGB a.F. = § 535 Abs. 2 BGB n.F.), wohl aber auf Gewährleistungsansprüche verzichten will. Daraus folgt in entsprechender Anwendung von § 539 BGB a.F. (§ 536b BGB n.F.), dass er in diesen Fällen die Gewährleistungsansprüche für Vergangenheit und Zukunft bezogen auf diese Mängel verliert (BGH aaO und NZM 2000, 825 = ZMR 2000, 666); vgl. dazu auch Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rn. 328). 31

bb) Der Senat folgt im Grundsatz auch der rechtlichen Einschätzung des Klägers, dass diese rechtliche Wirkung auch dann herbeigeführt werden kann, wenn ein Mieter zwar zuvor den Mietzins wegen gerügter Mängel einbehalten oder nur unter Vorbehalt künftiger Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten fortentrichtet hat, den Mietzins später aber vorbehaltlos nachzahlt oder bei Weiterentrichtung der Miete unter Vorbehalt diesen uneingeschränkt fallen lässt. Auch in diesen Fällen bringt der Mieter gewollt und bewusst zum 32

Ausdruck, dass er auf Gewährleistungsansprüche keinen Wert legt.

cc) Der Senat teilt aber nicht die Ansicht des Klägers, dass die im Streitfall erfolgten Nachzahlungen der Beklagten auf rückständigen Mietzins diese rechtliche Wirkung entfalten. Die Rechtswirkung beruht nämlich nicht auf einer bewussten und gewollten Tilgungsbestimmung der Beklagten im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB, sondern allenfalls auf der Tilgungsfiktion des § 366 Abs. 2 BGB. 33

(1) Die Beklagte hat allerdings in der Zeit von Januar 1999 bis August 1999 (5.000,00 DM - 4.640,00 DM) 360,00 DM monatlich, insgesamt 3.240,00 DM, bezogen auf die laufende Miete zuviel gezahlt. Das beruhte auch nicht auf einem Versehen, sondern geschah bewusst, um rückständige Mieten auszugleichen. Dem gleichen Zweck diente auch die Sonderzahlung vom 27. Dezember 1999 in Höhe von 6.185,00 DM. Zutreffend weist der Kläger auch darauf hin, dass die Zahlungen in der Gesamthöhe von 9.425,00 DM nicht auf die jüngsten, sondern gemäß § 366 Abs. 2 BGB auf die ältesten Schulden zu verrechnen sind, wenn der Mieter, wie hier geschehen, keine Zahlungsbestimmung trifft. Die von der Beklagten in der Berufungsbegründung vorgenommene Verrechnung auf die Miete für November 1999 konnte die gesetzliche Tilgung nicht mehr rückgängig machen und ist deshalb unerheblich. 34

(2) Zweifelhaft ist aber schon, ob die fehlende Zahlungsbestimmung in Verbindung mit einem fehlenden Vorbehalt tatsächlich zu einer Tilgung einer objektiv und kraft Gesetzes geminderten Miete führt. Denn auch § 366 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass die Verbindlichkeit tatsächlich besteht. Ist dies infolge der kraft Gesetzes geminderten Miete nicht der Fall, so findet nur eine Tilgung des Mietanteils statt, der nicht gemindert ist. Das gilt jedenfalls so lange, wie die Nachzahlungen nicht ausreichen, alle Rückstände zu tilgen. So verhält es sich hier, denn die Gesamtnachzahlung von 9.425,00 DM erfasste nur einen geringen Teil der Gesamtrückstände von ursprünglich (9.425,00 DM + 21.821,42 DM) 31.246,42 DM. 35

(3) Der Nachzahlung kommt aber vor allem deshalb der Erklärungswert eines Verzichts nicht zu, weil nicht festgestellt werden kann, dass der Beklagten die Rechtswirkungen des § 366 Abs. 2 BGB überhaupt bekannt gewesen sind. Der insoweit für die Voraussetzungen des § 539 BGB a.F. darlegungspflichtige Kläger hat dazu keine Tatsachen vorgetragen. Die in der Nachzahlung verkörperte konkludente Erklärung der Beklagten war deshalb gerade nicht eindeutig. Viel näher liegt doch, dass sie mit der Nachzahlung solche Mieten teilweise nachentrichten wollte, die sie nicht nur gemindert hatte (wie z. B. die Mieten 03/98, 05/98, 07/98, 08/98, 10/98), sondern die sie ganz schuldig geblieben war (wie z. B. die Mieten 04/98, 06/98, 09/98, 11/98). 36

2. Der Höhe nach übersteigt der der Beklagten bei diesem Schadensfall entstandene Schaden den Anspruch des Klägers. Dass es infolge dieses Wassereinbruchs "zu einem nicht unerheblichen Schaden auch an der von der Beklagten eingelagerten bzw. ausgestellten Ware" gekommen ist, hat der Kläger im ersten Rechtszug gestanden. An dieses Geständnis ist er auch im zweiten Rechtszug gebunden (§§ 288, 532 ZPO a. F.). Der Senat hat mit Blick auf die detaillierte Schadensaufstellung keine durchgreifenden Zweifel daran (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass der Beklagten wenigstens ein Nettoschaden in Höhe der Klageforderung entstanden ist. Dabei berücksichtigt der Senat, dass der Schaden nicht erst eingetreten ist, nachdem sich Stockflecken auf den Textilwaren gebildet haben sollen, sondern sogleich in dem Augenblick, als das Regenwasser auf die ausgestellten und eingelagerten Waren getropft war. Solche Ware ist nicht mehr regulär verkäuflich (§ 287 Abs. 1 ZPO). Mit Blick auf das erstinstanzliche Geständnis des Klägers ist sein pauschales Bestreiten im zweiten Rechtszug nicht beachtlich. 37

38

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Da es aus dem Senatsurteil nichts zu vollstrecken gibt, ist die Anordnung einer Sicherheitsleistung zur Vollstreckungsabwendung nicht veranlasst. Der Rechtsstreit gibt dem Senat keine Veranlassung, die Revision zuzulassen, § 543 Abs. 2 ZPO n.F. 39

Berufungsstreitwert: 40

1. 21.821,42 DM 41

Hilfsaufrechnung 21.821,42 DM 42

Summe 43.642,84 DM 43

22.314,23 EUR 44

Die Beschwer des Klägers übersteigt nicht, die der Beklagten übersteigt den Betrag von 20.000,00 EUR. 45

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE