

---

**Datum:** 18.12.2003  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-10 U 184/02  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2003:1218.I10U184.02.00

---

**Leitsätze:**

BGB §§ 397, 547 a.F., 558 a.F.

HGB § 346

1. Der Vermieter kann sich im Nachhinein nicht mehr auf bestehende Mängel berufen, wenn diese in einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll nicht festgehalten sind, obwohl der Vermieter die Mängel hätte wahrnehmen können.
2. Einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll steht es nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens gleich, eine Mietpartei unmittelbar nach Durchführung einer gemeinsamen Begehung die aus ihrer Sicht wechselseitig getroffenen Abreden bestätigt und die andere Partei nicht rechtzeitig widerspricht.
3. Nach Verjährung des Wegnahmeanspruchs aus § 547 a Abs. 1 a.F. BGB ist der Vermieter auf Dauer zum Besitz berechtigt und schuldet dem Mieter weder eine Nutzungsentschädigung noch haftet er dem Mieter auf Schadensersatz oder aus Bereicherung, wenn dessen Eigentum an den zurückgelassenen Einrichtungsgegenständen untergeht. Darauf, ob der Vermieter sich auf die Verjährung des Wegnahmeanspruchs berufen hat, kommt es nicht an.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 30. Oktober 2002 verkündete Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 18. Dezember 2002 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 6.244,28 EUR nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatzüberleitungsgesetzes seit dem 4.12.2001 zu zahlen.

Die weitergehende Klage und die Widerklage werden abgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin zu 38%, die Beklagte zu 62 %.

Die Kosten der Berufung tragen die Klägerin zu 23 %, die Beklagte zu 77 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

<b>I.</b>	1
Die Parteien streiten über Nutzungsentschädigungs- und Schadensersatzansprüche der Klägerin und Wertersatzansprüche der Beklagten aus einem beendeten Mietverhältnis über gewerbliche Räume in D.. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens und der getroffenen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.	2
Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 9.506,96 EUR stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag in Höhe von 5.973,14 EUR (= 9.506,96 - 3.533,82 EUR) sowie ihren Widerklageantrag (8.107,95 EUR) weiter verfolgt.	3
Die Beklagte rügt nach Maßgabe ihres Schriftsatzes vom 27.2.2003, auf den wegen der näheren Einzelheiten verwiesen wird (GA 191 ff.), die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Ein Schadensersatzanspruch wegen der Beleuchtung stehe der Klägerin nicht zu. Das Landgericht sei von erkennbar falschen Tatsachen ausgegangen. Schadensersatz wegen der fehlenden Deckenplatten könne die Klägerin nicht verlangen, weil sie keinen abzugsfähigen Schaden erlitten habe. Das Landgericht habe nicht deutlich gemacht, warum eine Verpflichtung zum Einbau der Deckenplatten vertraglich geschuldet worden sei. Miete bzw. Nutzungsentschädigung für Oktober könne die Klägerin nicht verlangen. Die Mietsache sei im Oktober vollständig geräumt und mangelfrei an die Klägerin zurückgegeben worden. Hinsichtlich der von ihr vorgenommenen Einbauten sei die Klägerin bereichert. Das Landgericht habe es rechtsfehlerhaft unterlassen, den Ersatzanspruch auf die von ihr vorgetragene Wertsteigerung zu untersuchen.	4

Die Klägerin bittet nach Maßgabe ihrer Erwiderung vom 27.6.2003 (GA 226 ff.) um Zurückweisung der Berufung. 5

**II.** 6

Die zulässige Berufung mit der die Beklagte sich gegen die Abweisung ihrer Widerklage und gegen die Verurteilung zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung für Oktober 2001 sowie gegen den zuerkannten Schadensersatzanspruch wegen der fehlenden Beleuchtungskörper, der nicht entfernten Befestigungsschienen für das Rolltor und der farblich unterschiedlichen Deckenplatten wendet, hat in der Sache bezüglich der Klage teilweisen Erfolg. Der mit der Berufung weiterverfolgte Widerklageanspruch auf Zahlung von 8.107,95 EUR ist unbegründet. 7

**A. Zur Klage** 8

**a. Nutzungsentschädigung 10/01** 9

Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin gemäß § 557 Abs. 1 a.F., = § 546 a BGB für 10/01 eine Nutzungsentschädigung in zuerkannter Höhe von 2.366,28 DM gemäß schuldet. Die Beklagte war gemäß § 1 Abs. 2 des schriftlichen Mietvertrages verpflichtet, bei Mietende alle zum Mietgegenstand gehörenden Schlüssel zu denen auch die (Haupt-) Schlüssel zum Firmengebäude zu rechnen sind, an die Klägerin herauszugeben. Solange aber nicht sämtliche Schlüssel zurückgegeben sind, ist eine Rückgabe der Mietsache nicht erfolgt und wird diese dem Vermieter i.S. der §§ 557 Abs. 1 a.F., 546 a BGB vorenthalten (OLG Hamm, NZM 2003, 26). Wie dem Schreiben der Beklagten vom 8.11.2001 und der Bestätigung der Klägerin vom selben Tag (GA 17) zu entnehmen ist, hat die Beklagte die ihr übergebenen restlichen zwei Firmenschlüssel erst am 8.11.2001 (die Angabe 8.10.2001 im angefochtenen Urteil ist ein offensichtliches Schreibversehen) zurückgegeben. 10

**2. Schadensersatz Deckenbeleuchtung 6.381,25 DM** 11

Schadensersatz für eine fehlende Deckenbeleuchtung kann die Klägerin nicht verlangen. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Mieträume insoweit vorbehaltlos abgenommen hat, so dass sie an dieses sog. negative Schuldanerkenntnis gebunden ist. Nach allgemeiner Meinung kann der Vermieter sich im Nachhinein nicht mehr auf bestehende Mängel berufen, wenn diese in einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll nicht festgehalten sind, obwohl der Vermieter die Mängel hätte wahrnehmen können (vgl. KG, GE 2003, 524; LG München I, NZM 2003, 714; sowie die umfangreiche Rechtsprechungsübersicht in Mk 2003, 100). Zwar haben die Parteien kein gemeinsames Abnahmeprotokoll erstellt. Einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll steht es jedoch gleich, dass die Parteien unmittelbar nach Durchführung der gemeinsamen Begehung vom 30.8.2001 die aus ihrer Sicht getroffenen Abreden wechselseitig durch die Schreiben vom 30.8. und 31.8.2001 bestätigt haben. Insoweit ist nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens davon auszugehen, dass hierzu die Rückgabe bzw. Erneuerung der von der Klägerin nunmehr als fehlend reklamierten Deckenbeleuchtung nicht gehörte. 12

Das Schreiben der Beklagten vom 30.8.2001 erfüllt die Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Es ist noch am Tag der gemeinsamen Begehung 13

an die Klägerin gefaxt worden und bei dieser um 16.04 Uhr eingegangen und gibt deren Inhalt und Ergebnis aus der Sicht der Beklagten wieder. Danach waren von ihr vereinbarungsgemäß noch folgende Arbeiten zu erledigen:

- Entfernen des Teppichbodens,
- Abstemmen und egalisieren der Fliesenmuster im ehem. Ausstellungsraum,
- Abstemmen der Wandfliesen (Kinderecke),
- Einbau der fehlenden Deckenplatten,
- Erneuerung des Wandanstrichs in Büro und Ausstellungsraum,
- Einbau der Tür zum Lagertreppenhaus und Beiputz des Durchgangs zum Lager,
- Ausbau der Rolltores und Beiputz der Durchgangs-Laibungen.

14

Die Klägerin hat dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben nicht in vollem Umfang widersprochen, sondern mit Schreiben vom 31.8.2001 die aus ihrer Sicht getroffenen Absprachen lediglich um folgende Punkte ergänzt:

15

- Einbau der Tür zum Lagertreppenhaus und Einbau der Tür in den heutigen Nebenräumen 16 (frühere Lagertür) und Beiputz des jeweiligen Durchgangs sowie beigeputzte Flächen tapezieren und anstreichen,
- Abstemmen der Wandfliesen (Kinderecke) und tapezieren und anstreichen,
- Ausbau des Rolltores und Beiputz der Durchgangslaibungen sowie tapezieren und anstreichen (wobei es ihnen überlassen bleibt, ob Sie entfernen oder den jetzigen Zustand belassen),
- Die aus den Wänden hängenden Kabel werden entfernt bzw. hinter die Wände gelegt.

Mangels rechtzeitigen Widerspruchs der Klägerin zu den nicht aufgeführten Beleuchtungskörpern ist danach unwiderleglich zu vermuten, dass die Parteien sich lediglich auf die Vornahme der in den gewechselten Schreiben bestätigten Arbeiten geeinigt haben (vgl. BGHZ 40, 42, 46). Hierzu gehörte die Erneuerung der Beleuchtung bzw. die Übernahme der hierfür erforderlichen Kosten nicht. Spätere Mängelbeseitigungsaufforderungen konnten hieran nichts mehr ändern.

17

Zwar braucht der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens dann nicht unverzüglich zu widersprechen, wenn sich der Inhalt des Schreibens so weit von dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung entfernt, dass der Absender mit dem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen kann (BGHZ 40, 42, 44; 61, 282, 286; 93, 338, 343). Dass diese Voraussetzungen hier erfüllt sind, ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen.

18

An die vorbehaltlose Abnahme hinsichtlich der fehlenden Beleuchtung ist die Klägerin selbst dann gebunden, wenn die Beleuchtung im Übrigen am 30.8.2001 wegen fehlender bzw. ausgeschalteter Sicherungen nicht eingeschaltet werden konnte (LG Mannheim, WM 1975, 118). Angesichts der weiteren Feststellungen zum Umfang der von der Beklagten zur ordnungsgemäßen Rückgabe der Mieträume vorzunehmenden Arbeiten ist nicht nachvollziehbar, dass die entfernten Beleuchtungskörper von der Klägerin bei der gebotenen Sorgfalt nicht hätten wahrgenommen werden können.

19

### **3. Schadensersatz Deckenplatten 2.004,20 DM**

20

Die Beklagte wendet sich erfolglos gegen die zuerkannte Schadensersatzforderung hinsichtlich der Deckenplatten in Höhe von 2.004,20 DM. Zu der nach der Vereinbarung vom

21

30.8.2001 getroffenen Vereinbarung, die fehlenden Deckenplatten einzubauen, gehörte auch ohne ausdrücklichen Hinweis deren farbliche Anpassung an die vorhandene Restdecke. Da die Beklagte nach dem Inhalt des Protokolls der Ortsbesichtigung vom 3.7.2002, dem sie vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht widersprochen hat, neue Platten angebracht hat, die in der Farbe deutlich heller ausfallen als die vorhandenen, hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen zur Vermeidung einer Wiederholung verwiesen wird, der Klägerin zutreffend als Schadensersatz eine Wertminderung in Höhe von 2.004,20 DM zuerkannt.

Soweit die Beklagte erstmals in zweiter Instanz eine Farbabweichung bestreitet und behauptet, bei Abschluss des Mietvertrages seien keine Deckenplatten bzw. eine Decke sei nur in einem Teilbereich des gesamten Objekts vorhanden gewesen, ist ihr Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert. Im Übrigen ist auch sie an den Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreiben vom 30.8.2001 gebunden. Von einer Kulanzleistung ist darin nicht die Rede. Zu Unrecht macht die Beklagte daher auch geltend, die Klägerin könne unmöglich die Kompensation eines Schadens an einer Decke verlangen, die ihr gehöre, zumal die Parteien sich nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen des angefochtenen Urteil, an die der Senat angesichts des präkludierten Vorbringens der Beklagten gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist, sich auf einen Verbleib der Decke in den Mieträumen als Kompensation für die von der Beklagten entfernte ursprüngliche Zwischendecke und damit auf einen Eigentumsübergang auf die Klägerin geeinigt haben.

22

Angesichts ihres fehlenden erstinstanzlichen Widerspruchs gegen den Inhalt des Protokolls der Ortsbesichtigung vom 3.7.2002 ist die Beklagte gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO auch mit ihrer nunmehrigen Behauptung ausgeschlossen, ihr Geschäftsführer habe den erstinstanzlichen Richter bei dem Ortstermin mehrfach darauf hingewiesen, dass die beschriebene Decke in dieser Form nicht existent gewesen sei. Eine Protokollberichtigung hat sie nicht beantragt.

23

4.

24

Soweit die Beklagte sich ferner gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 185 DM wegen der nicht entfernten Befestigungsschienen des Rolltores wendet, enthält die Berufung keine Begründung, warum das angefochtene Urteil in diesem Punkt rechtsfehlerhaft sein soll.

25

## 2. Zur Widerklage

26

Ein Anspruch auf Wertausgleich für die von ihr vorgenommenen Umbaumaßnahmen in Höhe von 8.107,95 EUR steht der Beklagte bereits aus Rechtsgründen nicht zu. Nach der zutreffenden und wirtschaftlich allein sinnvollen Auslegung der in § 9 getroffenen Regelung durch die Kammer sollte für die Klägerin als Vermieterin die Möglichkeit bestehen, eine von der Beklagten als Mieterin eingebrachte Sache gegen Zahlung eines Ausgleichsbetrages zu übernehmen und damit das Wegnahmerecht der Beklagten abzulösen. Von diesem Wahlrecht hat die Klägerin trotz der Aufforderung der Beklagten vom 30.1.2002 (GA 52) keinen Gebrauch gemacht, so dass die Beklagte aufgrund der getroffenen Vereinbarung i.V. mit § 547 a Abs. 1 BGB a.F. lediglich berechtigt war, die von ihr eingebrachten Umbauten zu entfernen. Der Anspruch auf Duldung der Wegnahme verjährt nach § 558 BGB a.F. in sechs Monaten und ist durch die am 28.2.2002 bei Gericht eingereichte Widerklage auf Zahlung von Aufwendungsersatz nicht unterbrochen worden. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1987, 2861; NJW 1981, 2564) schuldet der infolge der eingetretenen Verjährung auf Dauer

27

zum Besitz berechtigte Vermieter weder eine Nutzungsentschädigung noch haftet er dem Mieter auf Schadensersatz oder Bereicherungsausgleich, wenn dessen Eigentum an der zurückgelassenen Einrichtung untergeht. Insoweit enthält § 547 a BGB a.F. eine abschließende Regelung der wechselseitigen Ansprüche der Parteien. Darauf, ob der Vermieter sich auf die Einrede der Verjährung des Wegnahmeanspruchs berufen hat, kommt es nicht an.

**C.** 28

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 29

Streitwert: 14.081,09 EUR (= 5.973,14 EUR Klage [9.506,96 - 3.533,82 EUR] + 8.107,95 EUR

Widerklage) 31