
Datum: 11.02.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-24 U 87/02
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0211.I24U87.02.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 15 O 381/01

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 19. April 2002 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 8.604,55 EUR nebst 4 % Zinsen aus 1833,84 EUR und 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus weiteren 6.770,71 EUR seit dem 31. Mai 2001 zu zahlen. Im übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 120 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

1

2

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche und Bereicherungsansprüche des Klägers wegen Mängeln an den von ihm zum Betrieb einer Apotheke in der G.-Str. in D. angemieteten Räumen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.	3
Durch Urteil vom 19. April 2002 hat das Landgericht die Widerklage und die Klage insgesamt (teilweise als unzulässig) bis auf einen Betrag von 122,33 EUR nebst Zinsen abgewiesen. Hinsichtlich der Entscheidungsgründe wird auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen.	4
Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.	5
Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und verweist insbesondere darauf, dass ihm die Erfüllung der vom Landgericht angenommenen Pflicht zur Schadensbeseitigung tatsächlich unmöglich gewesen sei. Hierzu sei die Einbeziehung der Mieträume des Streitverkündeten S. erforderlich gewesen, die ihm jedoch verwehrt gewesen sei.	6
Selbst wenn er zeitnah die Sanierung der Wand durchgeführt hätte, wäre der Raum wegen des im März 2000 zutage getretenen Feuchtigkeitsschadens an der Lichtkuppel ebenfalls bis Februar 2001 nicht nutzbar gewesen.	7
Der Klageantrag zu 2. sei zulässig, weil dem Kläger nicht zuzumuten sei, das Kostenrisiko für einen bezifferten Antrag zu tragen. Im Übrigen könne er sich an den Anschaffungspreis der Möbel nicht mehr erinnern.	8
Die von der Beklagten geltend gemachte Mieterhöhung aufgrund der Wertsicherungsklausel sei verwirkt. Im übrigen könne der Kläger insoweit auch ein Zurückbehaltungsrecht wegen des unzureichenden Zustandes der Mieträume geltend machen, da die Beklagte das Treppenhaus in einem unreichenden Zustand belasse. Diese habe sich durch Schreiben vom 21. Dezember 1994 verpflichtet, das Treppenhaus dreimal wöchentlich zu reinigen.	9
Auch habe er den desolaten Zustand des Treppenhauses bereits in erster Instanz hinreichend dargetan.	10
Der Kläger beantragt,	11
das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 19. April 2002 aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass	12
1. die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 22.898,89 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit dem 10. August 2001 zu zahlen;	13
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen angemessenen, der Höhe nach in das Ermessen gestellten Schadensersatz nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz zu zahlen;	14
3. die Widerklage abzuweisen.	15
Die Beklagte beantragt,	16
die Berufung zurückzuweisen.	17
	18

Die Beklagte wiederholt und vertieft ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie verweist darauf, dass der Kläger die von dem Sachverständigen vorgeschlagene Einbringung einer Horizontalsperre hätte ausführen können. Zudem hätte er auf den Nachbarn einwirken können, dass dieser ein weiteres Abspritzen der Wände unterlässt, wodurch bereits weitere Wassereintritte vermieden worden wären. Der Kläger habe auch nicht dargetan, ob und in welcher Weise er sich an S. gewandt habe und dass dieser etwaige Mängelbeseitigungsarbeiten abgelehnt habe. Dieser hätte bei entsprechender Anfrage die Durchführung von Sanierungsarbeiten gestattet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 19

II. 20

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg. Sie führt zur Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 8.604,55 EUR und zur Abweisung der Widerklage. Im übrigen unterliegt sie der Zurückweisung. 21

1. Der Kläger kann gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen der Anmietung von Ersatzräumen in Höhe von 18.543,96 DM = 9.481,38 EUR aus §§ 538 Abs. 1 BGB a.F. (§ 536 a Abs. 1 BGB n.F.) für den Zeitraum bis Januar 2001 geltend machen. 22

a. Die Beklagte befand sich mit der Mängelbeseitigung in Verzug, weil sie im Mietvertrag vom "19. Februar 1998" (tatsächlich 21. April/26.Juni 1998, GA 84) zugesagt hatte, die Feuchtigkeitsschäden in den von dem Kläger angemieteten Räumen bis zum 31. August 1998 zu beseitigen. Einer gesonderten Mahnung des Klägers bedurfte es nach § 284 BGB. a.F. nicht, weil für die Leistung der Beklagten eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war. 23

b. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht bereits deshalb grundsätzlich ausgeschlossen, weil der Kläger von dem ihm nach § 538 Abs. 2 BGB a.F. (§ 536 a Abs. 2 BGB n.F.) möglichen Selbsthilferecht keinen Gebrauch machte und statt der Mängelbeseitigung Ersatzräume anmietete. Eine Pflicht des Klägers zur Beseitigung der Mängel bestand nicht. 24

aa. Bei Auslegung von Ziffer 25 des Mietvertrages oblag der Beklagten neben der Beseitigung der Ursache der Feuchtigkeit in den Mieträumen auch die Pflicht, die Sanierung des Raumes und die Erneuerung des Bodenbelages durchzuführen. 25

Dass die Beklagte zur Beseitigung der Feuchtigkeitsursache verpflichtet war, ergibt sich ohne weiteres aus Ziffer 5. Satz 2 der "Anlage zum Mietvertrag vom 19.02.1998", wonach ihr ohnehin die Instandhaltung und Reparatur der konstruktiven Bestandteile oblag, also auch die Beseitigung der Ursache auftretender Feuchtigkeitserscheinungen. 26

Darüber hinaus war die Beklagte auch zur vollständigen Wiederherstellung des Raumes verpflichtet. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Klausel, die mit dem Begriff "Feuchtigkeitsschäden" gerade nicht zwischen Schäden an Mauerwerk, Putz, Tapeten oder Bodenbelag differenziert. Zudem deutet auch die ausdrückliche Klarstellung gegenüber Ziffer 5 des Vertrages, wonach Reparaturen und Instandhaltungen innerhalb des Mietbereichs dem Kläger obliegen sollten auf eine Verpflichtung der Beklagten auch zu diesen Arbeiten hin. Die "Klarstellung" der Ziffer 25 im Verhältnis zu der in Ziffer 5 enthaltenen grundsätzlichen Regelung macht deutlich, dass abweichend von der allgemeinen Regelungen in Ziffer 5. hier eine zu den dort bereits enthaltenen Verpflichtungen (siehe oben) zusätzliche Regelung 27

getroffen werden sollte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sprechen auch die bei den Vertragsverhandlungen in Ziffer 25. der Mietvertragsanlage vorgenommenen Streichungen nicht notwendig dafür, dass die im Vertragstext gestrichenen Arbeiten nicht ausgeführt werden sollten. Bei den - nach dem unstreitigen Vorbringen des Klägers - nur beispielhaft aufgeführten Maßnahmen wurden gerade auch die Worte "Behebung der Feuchtigkeitsquelle" gestrichen, die aber nach Ziffer 5 Satz 2 von der Beklagten gerade geschuldet war. 28

Die Parteien haben die Klausel auch offensichtlich in diesem Sinn verstanden. Die Beklagte hat - wenn auch mit erheblicher Verzögerung - die Arbeiten schließlich vollständig ausgeführt, ohne sich auf eine hierzu nicht bestehende Verpflichtung zu berufen. 29

bb. Grundsätzlich besteht nach § 538 Abs. 2 BGB a.F. (§ 536 a Abs. 2 BGB n.F.) nur ein Selbsthilferecht, jedoch keine Pflicht des Mieters, einen Mangel zu beseitigen. Der Mieter muss sich jedoch ausnahmsweise aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach § 254 BGB das Unterlassen der Schadensabwendung dann anrechnen lassen, wenn der Mangel leicht zu beseitigen und die Mängelbeseitigung für ihn zumutbar ist und andernfalls der Eintritt erheblicher Schäden droht (vgl. RGZ 100, 42/44; Palandt/Weidenkaff BGB 62. Auflage § 536 a Rn. 17; Sternel a.a.O. II Rn. 580; Bub/Treier: Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage III. B. Rn. 1390; Münchener Kommentar/Voelskow, BGB 3. Auflage § 538 Rn. 15; Schmidt/Futterer: Mietrecht, 7. Auflage § 538 Rn. 79; Wolf/Eckert: Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechtes, 8. Auflage Rn. 298; Köhler/Kossmann: Handbuch der Wohnraummiete, 4. Auflage § 67 Rn. 14). Ist demgegenüber die Abhilfe riskant, insbesondere ihr Erfolg ungewiss und ihr Aufwand nicht nur unbedeutend, so bleibt ein anrechenbares Mitverschulden außer Betracht (RGZ 100, 42/44; Sternel a.a.O.; Köhler/Kossmann a.a.O.). 30

Eine Verpflichtung des Klägers zur Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten kann danach nicht festgestellt werden. 31

(1) Für den Zeitraum bis zur Beseitigung der Wandundichtigkeit durch die Beklagte im März 2000 bestand keine Pflicht des Klägers zur Mängelbeseitigung, die zu einem anrechenbaren Mitverschulden führen kann. 32

Die Durchführung der Abdichtungsarbeiten war nach den unbestrittenen Feststellungen des Sachverständigen F. aufwendig und teuer. Zudem bergen Abdichtungsarbeiten wegen Feuchtigkeit des Bauwerkes wegen der erheblichen technischen Probleme naturgemäß eine erhöhte Gefahr in sich, dass diese nicht dauerhaft wirksam sind, so dass sich der Kläger gegebenenfalls Schadensersatzforderungen der Beklagten ausgesetzt sehen musste, falls er die Arbeiten selbst ausführte. 33

Zudem hätte sich der Kläger auch gegebenenfalls etwaigen Ansprüchen der Beklagten ausgesetzt gesehen, weil der Umfang der von dieser selbst ausgeführten Arbeiten wesentlich hinter den von dem Sachverständigen F. geforderten Arbeiten zurückblieb und der Kläger insoweit das Risiko des Nachweises der Erforderlichkeit der Arbeiten hätte tragen müssen. Die Beklagte verzichtete insbesondere auf die kostenintensive Abdichtung der Wand mit der Injektionsmethode (vgl. hierzu die Rechnung Steinbach vom 24. April 2000, GA 108), die von dem Sachverständigen F. für erforderlich gehalten worden war (GA 20). 34

Schließlich war für eine erfolgreiche Abdichtung auch erforderlich, dass neben den von den Räumen des Klägers durchzuführenden Arbeiten auch eine Abdichtung im Bereich der 35

Räume der Metzgerei durchgeführt wurde, die dem Kläger jedoch nicht möglich war. Soweit die Beklagte pauschal behauptet, dem Kläger sei ein Betreten der Mieträume des Nachbarn ohne weiteres möglich gewesen, ist ihr Vorbringen nicht geeignet, eine Zugangsmöglichkeit konkret darzutun. Diese Behauptung stellt einen nicht gerechtfertigten Rückschluss aus dem Umstand dar, dass ihr der Streitverkündete Zugang gewährt hatte. Im übrigen hieße dies, die Verantwortungsbereiche zu verschieben. Denn die Beklagte war nach § 13 des mit dem Nachbarn S. bestehenden Mietvertrages vom 06. Januar 1997 (GA 99 f.) und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. hierzu Wolf/Eckert a.a.O. Rn. 257) zur Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten berechtigt; sie hätte die Ansprüche notfalls mit gerichtlicher Hilfe durchsetzen können. Im Verhältnis zum Kläger hätte eine Duldungspflicht des Nachbarn S. aber bei Abdichtungsarbeiten des Klägers, die im Wege der Selbsthilfe durchgeführt worden wären, nicht bestanden.

Die Beklagte hat auch eine Zugangsmöglichkeit des Klägers nicht konkret dargetan. 36
Schließlich würde auch bei einer Abwägung ein etwaiges Mitverschulden des Klägers nach § 254 BGB hinter das Verschulden der Beklagten zurücktreten. Der Beklagten war spätestens aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen F. im Frühjahr 1999 bekannt, wo die Ursachen der Feuchtigkeit zu suchen waren. Da die Beeinträchtigungen von einem weiteren Mieter ausgingen, auf den sie, wie ausgeführt, nach dem Mietvertrag erhebliche Einwirkungsmöglichkeiten hatte, war sie in erster Linie selbst zum Tätigwerden verpflichtet.

(2) Auch nach Durchführung der Abdichtungsarbeiten und Sanierung der Wand im März 2000 37
bestand für den Kläger keine Verpflichtung, die Restarbeiten zur Instandsetzung der Raumes nunmehr selbst auszuführen.

Den Beklagten war die Notwendigkeit der Ausführung der Instandsetzungsarbeiten und der 38
Umstand, dass der Kläger Ersatzräume angemietet hatte, spätestens seit dem Schreiben des Klägers vom 02. März 2000 bekannt, so dass sie vorrangig zur Durchführung der Arbeiten verpflichtet gewesen wäre (siehe oben).

Zudem bestand aus Sicht des Klägers das Risiko, dass die Beklagte insoweit eine Haftung 39
ablehnen würde. Die von der Beklagten zwischenzeitlich eingeschaltete Versicherung hatte die Haftung der Beklagten insgesamt in Frage gestellt hatte (vgl. Schreiben vom 19. April 2000) und eine Reaktion auf die Übersendung von Kostenvoranschlägen durch den Kläger mit der Bitte um Freigabe mit Schreiben vom 25. März 2000 war nicht erfolgt. Danach bestand für den Kläger keinerlei Sicherheit dahingehend, ob die Beklagte seine Maßnahmen letztlich anerkennen würde.

c. Der Kläger kann sämtliche Kosten für die Anmietung von Ersatzräumen für den Zeitraum 40
vom 01. Dezember 1999 (Zeitpunkt der Anmietung) bis zum 31. Januar 2001 in Höhe von 18.543,96 DM = 9.481,38 EUR verlangen.

aa. Die Schadensersatzpflicht nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. umfasst nicht nur unmittelbare 41
Schäden, z.B. an eingebrachten Sachen. Zu ersetzen ist auch jeder Mangelfolge- oder Begleitschaden, unter anderem auch die Kosten für die Anmietung von Ersatzräumen (vgl. Bub/Treier a.a.O. III. B. Rn. 1376; Staudinger/Emmerich § 538 BGB Rn. 35 f.; Wolf/Eckert a.a.O. Rn. 294 mit weiteren Nachweisen).

Dem steht auch Ziffer 15. des Mietvertrages nicht entgegen. Der dort vorgesehene 42
Haftungsausschluss bei Mangelfolgeschäden greift zugunsten der Beklagten nicht ein, weil ihr Verhalten grob fahrlässig war. Der Beklagten war der Zustand der Mieträume und die Ursache für die Durchfeuchtung spätestens seit der Einholung des

Sachverständigengutachtens durch den Kläger vollständig bekannt. Wenn sie dennoch vom zugesagten Termin der Mängelbeseitigung bis zur Durchführung erster Arbeiten mehr als ein Jahr und bis zum Abschluss der Arbeiten über zwei Jahre verstreichen läßt, stellt dies eine grobe Verletzung ihrer mietvertraglichen Sorgfaltspflichten dar.

bb. Der Kläger kann zunächst die Kosten für die Anmietung von Ersatzräumen gemäß Mietvertrag vom 10. November 1999 für dessen Laufzeit bis zum 30. November 2000 in Höhe von 15.840,- DM ersetzt verlangen. (*wird ausgeführt*) 43

Die Beklagte kann sich auch nicht pauschal darauf berufen, der Kläger habe mit der Anmietung eines weiteren Ladenlokals mit einer weit größeren Fläche gegen seine Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB a.F. verstoßen. Das Vorbringen der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs a.a.O. § 254 BGB Rn. 82) ist insoweit in tatsächlicher Hinsicht nicht hinreichend konkret. Unstreitig benötigte der Kläger zur Aufrechterhaltung seines Betriebes in unmittelbarer Nähe gelegene Ersatzräume, weil der Notdienstraum ortsnah zur Apotheke liegen musste. Dass und welche kleineren Räume konkret in der Nähe für den Anmietungszeitraum verfügbar waren, hat die insoweit für ein Mitverschulden des Klägers beweispflichtige Beklagte nicht dargetan. 44

Der Kläger hat danach für den Zeitraum vom von einem Jahr Anspruch auf Ersatz der Nettomietkosten für die Ersatzräume in Höhe von $12 \times 1320,- \text{ DM} = 15.840,- \text{ DM}$. 45

Der Kläger kann auch die in der Nettomiete enthaltenen Aufwendungen für die Anmietung von Stellplätzen und die Schwimmbadnutzung als Schaden geltend machen. Zwar muss sich der Geschädigte grundsätzlich im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 538 BGB a.F. solche Vorteile anrechnen lassen, die er im Zuge des Schadensausgleichs erlangt (vgl. Palandt/Heinrichs a.a.O. vor § 249 Rn. 124 f.; zu § 538 BGB a.F.: LG Berlin, Urteil vom 16. August 1996, zitiert nach Juris; LG Essen WuM 1989, 372; LG Hamburg WuM 1989, 285; LG Kassel WuM 1979, 51/52). Dabei kommt es neben einem inneren Zusammenhang zwischen Schadenseintritt und Vorteil auch maßgeblich darauf an, ob die Anrechnung für den Geschädigten zumutbar ist (vgl. Palandt/Heinrichs a.a.O. Rn. 120 mit weiteren Nachweisen). Dies ist hier nicht der Fall: 46

Die Beklagte hat bereits nicht dargelegt, dass der Kläger entsprechend anzurechnende Nutzungen überhaupt gezogen hat. 47

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass der Kläger zur Deckung seines Raumbedarfs keine andere Wahl hatte, als das Objekt mit diesen Nebenkosten anzumieten. Die insoweit beweisbelastete Beklagte hat für ihre Behauptung, dem Kläger sei eine Anmietung auch ohne diese Nebenmöglichkeiten möglich gewesen, keinen Beweis angetreten. 48

cc. Der Kläger kann weiterhin Ersatz der Mietkosten für die Monate Dezember 2000 und Januar 2001 in Höhe von je 1.351,98 DM, insgesamt also 2.703,96 DM fordern. Auch hier hat die Beklagte einen Verstoß des Klägers gegen seine Schadensminderungspflicht z.B. die Möglichkeit anderweitiger kurzfristiger Anmietung) weder hinreichend konkret dargetan, noch unter Beweis gestellt. Im übrigen wird auf die Ausführungen unter bb. Bezug genommen. Schließlich hätten die Kosten der Selbsthilfemaßnahmen die Mietkosten erreicht, wenn nicht sogar überstiegen (§ 287 ZPO). Die Schönheitsreparaturen und die Teppichverlegung fehlten in diesem Zeitpunkt immer noch. 49

dd. Für den Monat Februar 2001 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Mietkosten nicht. Unstreitig waren die Räume im Januar 2001 vollständig wiederhergestellt. Warum danach 50

noch im Februar 2001 eine Ersatzanmietung erfolgen musste, ist nicht ersichtlich.

ee. Danach hat der Kläger Anspruch auf Ersatz der Mietkosten für Ersatzräume in Höhe von 2.703,98 DM und 15.840,- DM, insgesamt 18.543,96 DM = 9.481,38 EUR. 51

2. Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz überzahlter Mieten gemäß § 812 Abs. 1 BGB besteht nicht. Der Kläger kann sich auf eine Minderung der Miete nach § 537 BGB a.F. (§ 536 Abs. 1 BGB n.F.) nicht berufen. 52

a. Soweit der Kläger eine Minderung des Mietzinses für den Zeitraum von Februar 1998 bis August 1998 begehrt, steht dem bereits der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag vom 19. Februar 1998 entgegen. Zwar wird durch die Kenntnis des Klägers von dem Vorliegen des Mangels ein Minderungsrecht nach § 539 BGB a.F. (§ 536 b BGB n. F.) nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Vermieter eine Beseitigung der Mängel zusagt (vgl. BGH NJW 1997, 2674, 2675; BGHR 2001, 447). Hier haben die Parteien jedoch bewusst in Kenntnis des Mangels die volle Mietzinspflicht des Klägers auch für den Zeitraum vereinbart, der der Beklagten als Frist zur Mängelbeseitigung dienen sollte. Der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung kann daher nur so verstanden werden, dass für den Zeitraum bis zum Ablauf der Beseitigungsfrist am 31. August 1999 ein Minderungsrecht ausgeschlossen sein sollte. 53

b. Für den weiteren Zeitraum ist ein Minderungsrecht in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. entfallen, weil der Kläger in Kenntnis der Mängel die Miete vorbehaltlos gezahlt hat. Zwar entfällt ein Minderungsanspruch des Mieters nicht bereits dann, wenn er zunächst in Kenntnis des Mangels die Miete vorbehaltlos weiterzahlt, wenn er berechtigt auf die Zusage des Vermieters vertrauen kann, dass der Mangel beseitigt werden wird (vgl. BGH a.a.O.). Hält der Vermieter jedoch seine Zusagen wie hier erkennbar nicht ein, entfällt nach angemessener Frist der Vertrauensschutz des Mieters. Zahlt der Mieter auch dann noch ohne Vorbehalt, verliert er seine Minderungsrechte. So lag der Fall hier: Spätestens seit dem Schreiben der Beklagten vom 22. Dezember 1999, in dem sie darauf verwiesen hat, dass eine Selbstbeseitigung ausdrücklich erlaubt werde, war für den Kläger erkennbar, dass diese ihre Zusagen nicht einhalten würde. Dennoch hat er die Miete noch bis April 1999 ohne Vorbehalt gezahlt und erst mit Schreiben vom 26. April 1999 eine entsprechende Erklärung abgegeben. 54

c. Der Anspruch auf Minderung ist ab dem 01. Dezember 1999 zudem auch durch die Anmietung der Ersatzräume entfallen. Zwar berühren etwaige Schadensersatzansprüche aus § 538 BGB a.F. die Minderungsrechte aus § 537 BGB a.F. grundsätzlich nicht. Führt aber die Selbsthilfe des Mieters zu einer Beseitigung des Mangels, kann er Minderungsansprüche nicht mehr geltend machen (vgl. Schmidt/Futterer a.a.O. § 538 Rn. 77; Münchener Kommentar/Voelskow a.a.O. § 538 Rn. 20). 55

Durch die Anmietung der Ersatzräume wurde die fehlende Nutzbarkeit des feuchten Raumes kompensiert. Eine nachhaltige weitere Beeinträchtigung des Betriebsablaufs, die einen weitergehenden Minderungsanspruch begründen könnte, hat der Kläger nicht dargetan. Etwaige nachvollziehbare praktische Schwierigkeiten bei der Gestaltung des Betriebsablaufs sind zwar denkbar, von dem Kläger jedoch nicht konkret nachvollziehbar vorgetragen. 56

d. Der Kläger kann weitergehende Minderungsansprüche im Hinblick auf den Zustand des Treppenhauses nicht geltend machen. Zwar hat der Kläger diese behaupteten Mängel unstreitig mehrmals gegenüber der Beklagten gerügt. Jedoch hat er auch insoweit keinen Vorbehalt hinsichtlich der Mietzinszahlungen erklärt, so dass er in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. mit weitergehenden Ansprüchen ausgeschlossen ist. Dass 57

der Kläger auf die Zusage der Beklagten zur Treppenhausreinigung im Schreiben vom 21. Dezember 1994 vertraut hat, kann im Hinblick auf den eingetretenen Zeitablauf nicht angenommen werden. Im übrigen sind auch unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen des Klägers etwaige Mängel zu pauschal vorgetragen. So lassen etwa die behaupteten Schäden im Treppenhaus den Umfang der optischen Beeinträchtigung nicht erkennen.

3. Dem Kläger stand darüber hinaus aus § 538 BGB a.F., (§ 536 a BGB n.F.) ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.972,33 DM = 1.519,73 EUR für die Einlagerung der Möbel und die Erstattung des Sachverständigengutachtens zu. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen, denen die Beklagte nicht mehr entgegengetreten ist. 58

4. Soweit der Kläger mit dem Klageantrag zu 2. einen unbezifferten Schadensersatzanspruch geltend macht, ist die Klage unzulässig. Zwar kann ausnahmsweise entgegen § 253 ZPO die Bezifferung eines auf Geldzahlung gerichteten Klageantrages unterbleiben. Ein unbeziffertes Antrag ist aber dann unzulässig, wenn er lediglich dazu dient, das allgemeine Kostenrisiko auf den Beklagten abzuwälzen. Denn das Risiko, ganz oder teilweise zu unterliegen, trägt der Kläger (Münchener Kommentar/Lüke § 253 ZPO Rn. 116 f. mit weiteren Nachweisen). Ob ein Ausnahmefall, der einen fehlende Bezifferung zulässt, hier vorliegend, kann jedoch offen bleiben. Erforderlich ist nämlich auch in einen solchen Fall, dass der Kläger die Tatsachengrundlagen, die für eine Schätzung nach § 287 ZPO erforderlich sind, bereits in der Klageschrift mitteilt (BGH NJW 1982, 340/341; JZ 1973,61/62; NJW 1967 1420/1421). Daran fehlt es hier bereits, weil der Kläger noch nicht einmal ungefähre Angaben zu Größe, Bauart, Anschaffungspreis und Alter der Möbel mitteilt. 59

5. Gegenüber dem Gesamtschadensersatzanspruch des Klägers in Höhe von (2.971,53 DM + 18.543,96 DM =) 21.515,49 DM hat die Beklagte wirksam mit einer Forderung auf rückständigen Mietzins in Höhe von 4.686,45 DM aufgerechnet, so dass sich eine Forderung des Klägers in Höhe von 16.829,04 DM = 8.604,55 EUR errechnet, §§ 387, 389 BGB. Der Nachforderungsanspruch der Beklagten ist, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, in Höhe von 4.686,45 DM begründet. 60

a. Der Anspruch der Beklagten ist insbesondere nicht deshalb ausgeschlossen, weil nach § 242 BGB eine Verwirkung des Anspruchs eingetreten ist. Insoweit fehlt es bereits an dem erforderlichen Zeitmoment. Soweit der Kläger hierzu auf einen Zeitraum von einem Jahr abgestellt, kann dem nicht gefolgt werden und wird auch so allgemein nicht in dem von ihm zitierten Urteil des 10. Zivilsenates des OLG Düsseldorf (WuM 1999, 172 f.) vertreten, sondern dort mit den Umständen des Einzelfalls begründet. Ob der hier vorliegende Zeitraum von einem Jahr und sechs Monaten bereits für die Annahme des Zeitmoments ausreichend sein kann, kann hier jedoch offen bleiben. 61

Das im Rahmen des Verwirkungstatbestandes ebenfalls erforderliche Umstandsmoment liegt nicht vor. Allein die Tatsache, dass der Vermieter von der Geltendmachung von Mietzinserhöhungen zunächst keinen Gebrauch macht, rechtfertigt für sich noch nicht das Vertrauen des Mieters, er werde dies auch künftig nicht tun (vgl. Senat OLG 2000, 281/282; OLG Köln NJW-RR 1999,231 jeweils zur Nebenkostenabrechnung). Der Verstoß gegen Treu und Glauben, der den Verwirkungstatbestand begründet, besteht nämlich in der Illoyalität der verspäteten Geltendmachung des Anspruchs, die darin zu sehen ist, dass die Forderung noch verfolgt wird, obwohl der Vertragspartner bereits darauf vertrauen durfte, dass keine Forderungen mehr geltend gemacht werden und er sich hierauf auch bereits eingerichtet hatte (BGH NJW 1984,1684; OLG Düsseldorf,10. Zivilsenat, ZMR 2000, 215 f.). 62

Ein besonderes Verhalten der Beklagten, das ein derartiges Vertrauen des Klägers rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Zwar hat die Beklagte die Mieterhöhungen zum Erhöhungszeitpunkt 1994 umgehend schriftlich geltend gemacht hat. Dass sie von der 1996 möglichen Erhöhung nicht sofort Gebrauch machte, konnte ebenso gut auf einem bloßen Versehen der Beklagten beruhen. Zudem führt - abweichend von der zitierten Entscheidung des 10. Zivilsenates - ein bloß einmaliges Verhalten des Vermieters nicht zu der Annahme einer Verfestigung des Verhaltens, die ein Vertrauen des Mieters rechtfertigen könnte.	63
b. Der Kläger kann sich gegenüber dem Anspruch der Beklagten auch nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 ZPO im Hinblick auf die behauptete unzureichende Treppenhausreinigung berufen. Insoweit fehlt es - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - an hinreichendem Sachvortrag des Klägers.	64
6. Die Forderungen des Klägers sind gemäß §§ 284, 286 BGB ab dem 16. Juni 2001 in Höhe von 4 % zu verzinsen, soweit die Forderungen vor dem 01.05 2000 fällig geworden und nicht durch die Aufrechnung der Beklagten erloschen sind (Sachverständigenkosten, Mieten für Dezember 1999 bis April 2000). Im übrigen sind die Forderungen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 16. Mai 2001 unter Fristsetzung bis zum 31. Mai 2001 zur Zahlung gemahnt. Eine frühere Mahnung des Klägers kann nicht festgestellt werden.	65
7. Die Widerklage ist unbegründet, da der Anspruch der Beklagten wie ausgeführt, durch die Aufrechnung gemäß §§ 387,389 BGB erloschen ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen.	66
Auf die von dem Kläger hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Ansprüche aus den Heiz- und Nebenkostenabrechnungen in Höhe von 1.474,87 DM kommt es danach nicht an.	67
8. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	68
Ein Grund, die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, besteht nicht.	69
9. Der Streitwert wird wie folgt festgesetzt:	70
für den Klageantrag zu 1. 22.898,89 EUR	71
für den Klägerantrag zu 2. 1.000,00 EUR	72
für die Widerklage: <u>2.396,14 EUR</u>	73
insgesamt 26.295,03 EUR	74
a. E R	75
VRaOLG RaOLG RaLG	76