

---

**Datum:** 19.07.2011  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 24. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** I-24 U 31/11  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2011:0719:I24U31.11.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Kleve, 1 O 266/09

---

**Tenor:**

Die Berufung des Beklagten gegen das am 10. Dezember 2010 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Kleve wird zurückgewiesen und klarstellend hinsichtlich der Verurteilung zu 2. wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 390,-- und weitere EUR 40,-- monatlich beginnend ab dem 6. Juni 2011 bis einschließlich Februar 2016 zu zahlen, zahlbar bis zum 3. Werktag eines jeden Monats, danach pro Jahr verzinslich mit 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen zu 13 % die Klägerin und zu 87 % der Beklagte. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 5 % der Klägerin und zu 95 % dem Beklagten auferlegt.

---

**Gründe**

Die zulässige Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Zur Begründung verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 26. Mai 2011.

A.

1

2

3

In diesem Beschluss hat der Senat im Wesentlichen ausgeführt:	4
Das Landgericht hat der auf Zahlung von rückständigem Mietzins, Schadensersatz und Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichteten Klage - bis auf die Fälligkeitsproblematik beim Antrag auf Ersatz zukünftigen Schadens (dazu unter I. 4.b.) - zutreffend stattgegeben.	5
Aufgrund der nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils eingetretenen Abrechnungsreife können die in dem genannten Gesamtbetrag von EUR 1.891,78 enthaltenen Anteile für die Nebenkostenvorauszahlung für das Jahr 2009 nicht mehr gefordert werden. Die Klägerin hat deshalb ihre Klage gemäß § 264 Nr. 3 ZPO insoweit umgestellt und verfolgt nunmehr ihren Anspruch aus der Nebenkostenabrechnung vom 4. August 2010.	6
Im Übrigen rechtfertigt das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbegründung vom 14. Februar 2011 und dem Schriftsatz vom 8. April 2011 keine abweichende Beurteilung.	7
I.	8
Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte zur Mietzinszahlung verpflichtet ist. Denn der Mietvertrag bestand bis zu seiner einvernehmlichen Aufhebung in dem Zwischenvergleich des Landgerichts Kleve vom 7. Juni 2010 unverändert fort. Der Beklagte war zuvor nicht berechtigt, das Mietverhältnis außerordentlich zu kündigen, denn die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB lagen nicht vor.	9
1.	10
Die vom Beklagten gerügten Verstöße gegen zwingende Brandschutzvorschriften stellen keine Mängel gemäß § 536 Abs. 1 BGB dar. Hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Die vom Beklagten ausgesprochene außerordentliche Kündigung stützen sie somit nicht.	11
a.	12
Ein Verstoß gegen behördliche Vorschriften führt nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 Abs. 1 BGB wegen unterlassener Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Übereinstimmung mit gesetzlichen Bestimmungen eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt regelmäßig nur dann vor, wenn die zuständige Behörde eine Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist (vgl. BGH NJW 2009, 3421; ZMR 1971, 220; Senat MDR 2010, 1244 f. m.w.N.; OLGR 2006, 716; siehe auch Urteil vom 28. Oktober 2010, Az. I-24 U 28/10, veröffentlicht in Juris; OLG Düsseldorf – 10. Zivilsenat – DWW 2005, 235; DWW 2006, 240; GuT 2007, 217 f.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Auflage, Rn. 285). Dies war hier nicht der Fall. Der Beklagte konnte seine Arztpraxis betreiben, ohne dass die Stadt R. wegen der (möglicherweise) bestehenden formellen oder materiellen Baurechtswidrigkeit eingeschritten wäre oder dies gedroht hätte. Soweit die Stadt R. unter dem 2. September 2009 darauf verwies, dass das Treppenhaus nicht den Vorschriften der aktuellen Landesbauordnung Nordrhein-Westfalen (BauO NW) entspräche, enthält dies keine Androhung einer ordnungsbehördlichen Maßnahme bzw. eine Fristsetzung zur Beseitigung, nach deren Ablauf eventuelle Maßnahmen gedroht hätten. Deshalb war bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheit bzw. der Durchführung von Baumaßnahmen von einer Duldung der Nutzung	13

auszugehen. Entsprechendes folgt aus dem Schreiben der Stadt R. vom 28. Oktober 2010. Nachdem die Klägerin entsprechende Umbaumaßnahmen durchgeführt hatte, bestätigte die Stadt R. unter dem 12. November 2009, dass die brandschutztechnischen Mängel in dem Gebäude beseitigt worden sind. Soweit der Beklagte meint, die Vorschrift des § 36 Abs. 5 BauO NW sei zwingend und es habe der Behörde nicht zugestanden, hiervon abzuweichen, verkennt er die Dispensmöglichkeit des § 73 BauO NW. Hiervon hat die Stadt R. ganz offensichtlich Gebrauch gemacht.

b. 14

Der Beklagte geht rechtsirrig davon aus, einem potentiellen Nachmieter die vermeintlich bauordnungswidrige Situation offen legen zu müssen. Er verkennt, dass er lediglich über das Vorhandensein von Mängeln der Mietsache aufklärungspflichtig sein kann. Solche Mängel liegen aber aus den oben ausgeführten Gründen nicht vor denn der nunmehr vorhandene Zustand des Treppenhauses ist von der Behörde ausdrücklich als ordnungsgemäß anerkannt worden. 15

c. 16

Soweit der Beklagte den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung darauf stützt, die Klägerin habe sich nicht um eine Lösung bemüht, ist dieses unrichtig. In dem Schreiben vom 27. Mai 2009 hat er die Klägerin erstmals über die Brandschutzproblematik informiert, und dies, obwohl er nach eigenem Bekunden bereits seit Februar 2009 im Rahmen der Besichtigung mit Dr. B. davon Kenntnis erlangt hatte. Die Klägerin hat sodann innerhalb der vom Beklagten bis zum 9. Juni 2009 gesetzten Frist unter dem 4. Juni 2009 reagiert und angekündigt, selbstverständlich für Abhilfe zu sorgen. Dass sie gleichzeitig zum Ausdruck bringt, das Schreiben des Beklagten wirke wie eine Nötigung, ist vor dem Hintergrund verständlich, dass der Beklagte sich von dem Mietvertrag lösen wollte und unstreitig geschuldete Mietzinsen mehrfach mit der Intention nicht bezahlt hatte, eine außerordentliche Kündigung der Klägerin zu provozieren. Dies hat der Beklagte ebenso wenig bestritten wie das Vorbringen der Klägerin, es seien aus diesem Grund insgesamt 10 Mahnbescheidsverfahren zur Beitreibung der Mietschulden erforderlich gewesen. Der ausdrücklich von der Klägerin geäußerten Abhilfebereitschaft steht dies nicht entgegen, zumal diese ersichtlich darum bemüht war, das Mietverhältnis trotz der beschriebenen Widrigkeiten fortzuführen. 17

2. 18

Auch der aufgetretene Wasserschaden berechtigte den Beklagten nicht zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 BGB. Das Landgericht hat die erhobenen Beweise zutreffend gewürdigt, der Senat schließt sich dem an. 19

a. 20

Die Aufgabe des Berufungsgerichts besteht in erster Linie darin, die erstinstanzliche Entscheidung auf seine Richtigkeit zu kontrollieren. Es hat deshalb gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges verfahrensfehlerfrei festgestellten Tatsachen einschließlich einer fehlerfreien Beweiswürdigung zugrunde zu legen (vgl. BGHZ 163, 313, 316 f.; BGH ZMR 2007, 677, 679), so dass im zweiten Rechtszug nicht die Wiederholung einer erstinstanzlich bereits durchgeführten Beweisaufnahme verlangt werden kann. Die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen (einschließlich der Beweiswürdigung) gilt nur dann nicht, wenn konkrete 21

Anhaltspunkte "vernünftige" Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der (entscheidungserheblichen) erstinstanzlichen Feststellungen (einschließlich der Beweiswürdigung) begründen (BGH aaO). Kann sich das Berufungsgericht indes von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung überzeugen, so ist es auch an diese gebunden (vgl. BGH aaO).

b. 22

Unter Anlegung dieser Kriterien ist die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht zu beanstanden, so dass kein Anlass besteht, sie zweitinstanzlich zu wiederholen und die vom Beklagten wiederholend genannten Zeugen erneut zu befragen. 23

aa. 24

Soweit der Beklagte beanstandet, der "modrige" Geruch sei in sämtlichen Praxisräumen wahrzunehmen gewesen und sich dabei auf das Zeugnis seiner Ehefrau, der Zeugin E. beruft, ist das Landgericht diesen Angaben zu Recht nicht gefolgt. Abgesehen davon, dass die Zeuginnen P. (Ärztin, tätig beim Gesundheitsamt) und R. (Arzthelferin des Beklagten) diesen Geruch nur in dem betroffenen Laborraum selbst und nicht in den anderen Räumen wahrgenommen haben, rechtfertigt die dadurch eingetretene Geruchsbelästigung allenfalls eine vorübergehende Minderung des Mietzinses gemäß § 536 BGB, nicht jedoch den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung. 25

bb. 26

Entsprechendes gilt für die vom Beklagten behauptete Schimmelpilzbildung. Das Landgericht ist richtig davon ausgegangen, dass dieser nur in einem gesundheitsgefährdenden Ausmaß relevant sein kann, ein solches aber nicht vorlag. Derartiges vermochten die Zeugen P. und H. (Gesundheitsingenieur) für den betroffenen Laborraum jedenfalls nicht zu bestätigen. Auch kann nicht die Kontamination des Labors oder sonstiger Praxisräume festgestellt werden. Die Mitarbeiter des Gesundheitsamtes sahen offenbar keinen Anlass, dahingehende Feststellungen von Amts wegen zu treffen und auch der Beklagte hat sie nicht angeregt bzw. sich selbst darum gekümmert. Zwar kann aufgrund der vorgelegten Fotos davon ausgegangen werden, dass das Labor an einigen von Feuchtigkeit betroffenen Stellen auch eine gewisse Schimmelpilzbildung aufwies. Deren Ausdehnung konnte indes durch die Reparatur des Schadens, die jedenfalls provisorisch am 5. Juni 2009 erfolgt ist, und die damit einhergehende Trocknung der Wände sowie die vollständige Schließung des Labors, die der Beklagte unter Auslagerung der Laborgeräte vorgenommen hat, verhindert werden, weshalb von einer Ausbreitung des Schimmelpilzes in der gesamten Arztpraxis nicht auszugehen ist. 27

cc. 28

Aus alledem folgt, dass sowohl die Geruchs- als auch die Schimmelpilzbildung auf den Laborraum beschränkt waren, der nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Klägerin eine Fläche von 8-10 qm (bei einer Gesamtfläche von 167 qm) aufweist. Dies entspricht einem Anteil von 6 % (bei 10 qm) und 4,8 % (bei 8 qm) der Gesamtfläche. Die vom Landgericht erkannte Minderung ist mit 10 % angemessen und trägt dem Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung ausreichend Rechnung. Es ist vom Beklagten nicht nachvollziehbar dargelegt worden, dass die Verlegung des Labors in einen anderen Raum zu relevanten Störungen des Praxisbetriebs und damit der Nutzung der Räume geführt hat. Die Klägerin hat vorgetragen, das Mietobjekt umfasse 12 Räume, während die Zeugin Renn von 9 Räumen sprach. Im Hinblick auf die Anzahl der Räume ist auch unter Berücksichtigung 29

dessen, dass ein Arzt in der Regel mehr als ein Behandlungszimmer zur Verfügung haben muss, um reibungslos eine größere Anzahl von Patienten behandeln zu können, nicht nachvollziehbar, warum 8 Räume (9 Räume abzüglich des Labors) nicht ausreichend gewesen sein sollten. Soweit der Beklagte insoweit gewisse Einschränkungen hat hinnehmen müssen, ist diesen dadurch Rechnung getragen, dass die Minderung aufgrund der Raumgröße bei allenfalls 6 % liegt und deshalb eventuelle weitere Beeinträchtigungen mit weiteren 4 % ausreichend berücksichtigt sind.

3. 30

Da mit Ablauf des Jahres 2010 hinsichtlich der Nebenkostenvorauszahlung für das Jahr 2009 Abrechnungsreife eingetreten ist, musste die Klägerin ihren Anspruch gemäß § 264 Nr. 3 ZPO auf Zahlung gemäß des Saldos der Abrechnung vom 4. August 2010 umstellen, was sie mit Schriftsatz vom 20. Mai 2011 getan hat. Der vom Landgericht mit EUR 20.431,22 unter Abzug der 10%-igen Minderung errechnete, vom Beklagten auf den Antrag zu 1. zu zahlende Gesamtbetrag ändert sich somit nicht. 31

4. 32

Die Klägerin verfolgt weiter einen Anspruch auf Ersatz der ab September 2010 eingetretenen und zukünftig eintretenden Mietzinsausfälle, weil sie das Objekt nur zu einem um EUR 40,-- geringeren Mietzins weitervermieten konnte. 33

a. 34

Soweit es den Zeitraum bis einschließlich Mai 2011 betrifft (= 9 Monate) betrifft, ist ein Schaden in Höhe von EUR 360,-- bereits eingetreten und kann mit Erfolg zur Zahlung verlangt werden. 35

b. 36

Soweit zukünftige Zeiträume betroffen sind, entsteht der Schaden indes sukzessive jeweils zum Fälligkeitszeitpunkt des Mietzinsanspruchs des entsprechenden Monats. Würde der Klägerin dieser Betrag bis einschließlich Februar 2016 zuerkannt, so hätte sie finanzielle Vorteile durch den entsprechenden Zinsgewinn. Dies widerspricht aber dem allgemeinen schadensrechtlichen Grundsatz, dass der Geschädigte aus dem Schadensereignis keine Nachteile erleiden soll, indes auch keine Vorteile erzielen darf. Der Klägerin kann deshalb allenfalls ein Betrag zugesprochen werden, der diesen Zinsvorteil berücksichtigt. Gegebenenfalls mag die Klägerin ihren Antrag beschränken oder auf ein Feststellungsbegehren für entsprechende Teilklagerücknahme übergehen. 37

II. 38

Auf diese Hinweise hin hat die Klägerin ihren Klageantrag bezüglich des erst zukünftig eintretenden Mietausfallschadens umgestellt und den Antrag angepasst. Er entspricht der vom Senat nunmehr klarstellend formulierten Änderung des Urteilstenors. Mit Beschluss vom 27. Juni 2011 hat der Senat den Beklagten darauf hingewiesen, dass er darin eine zulässige Beschränkung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 ZPO sieht, der einer Entscheidung im Beschlussverfahren gemäß § 522 Abs. 2 ZPO nicht entgegensteht. Der Beklagte hat in der Folgezeit keine Stellungnahme mehr abgegeben. 39

B. 40

41

Da auch die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 und 3 ZPO vorliegen, war die Berufung durch Beschluss zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

42

Einer gesonderten Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es im Hinblick auf § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht.

43

Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt bis EUR 25.000,--.

44