
Datum: 07.09.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 1. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 U 50/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0907.1U50.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 91 O 102/08

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten sowie der Streithelfer zu 1. bis 3. gegen das am 08.06.2011 verkündete Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln, 91 O 102/08, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte. Die Streithelfer tragen ihre Kosten selbst.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages erbringt.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e:

I.

Die Parteien streiten über die Rechtmäßigkeit der Kündigung eines gewerblichen Mietverhältnisses über Räumlichkeiten im Objekt N1 4 in L, welche als Fitness-Club genutzt wurden.

1

2

3

Dem Mietverhältnis liegt ein Mietvertrag vom 19.09.2001 sowie ein Nachtrag vom 21.09.2004 zugrunde. Das Mietverhältnis wurde auf 25 Jahre ab vertragsgemäßer Übergabe befristet. Das angemietete Objekt umfasst eine Gesamtfläche von 4.204,40 qm. Es erstreckt sich über 5 Etagen und verfügt in der 4. Etage u.a. über ein Schwimmbad und einen Whirlpool. Als Mietvertragsbeginn wurde der 01.07.2004 festgelegt. Die Beklagte war verpflichtet, den Mietgegenstand gemäß den Bestimmungen des Mietvertrages herzustellen und den Mietgegenstand in einem voll funktionsfähigen und schlüsselfertigen sowie zum Betrieb eines Fitness-Studios geeigneten Zustand, mit Ausnahme der Sport- und Fitnessgeräte und anderer Gegenstände der Betriebseinrichtung des Mieters, zu übergeben. Zu den Einbauten, die seitens der Beklagten veranlasst wurden, zählte insbesondere das Schwimmbad und der Whirlpool. Der anfängliche Mietzins betrug monatlich 107.464,46 € netto zzgl. Umsatzsteuer und Nebenkosten. Zur Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts ist in § 12 des Mietvertrages folgende Bestimmung getroffen:	4
" 1. Die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung sowie alle sonstigen Maßnahmen für das Gesamtobjekt - mit Ausnahme Haus A - obliegt dem Vermieter auf dessen Kosten. Dies gilt insbesondere für das Glasdach.	5
2. Dem Vermieter obliegt auf eigene Kosten die Instandhaltung des Daches, der konstruktiven Teile des Gebäudes Haus A wie Außenmauern, tragende Innenwände, Stützen und die Fundamente sowie der Fassade, mit Ausnahme der (Schau-) Fenster- und Türanlagen (einschl. Verglasungen), die das Mietobjekt umschließen, und der zu diesen gehörenden Beschlagteile.	6
Darüber hinaus obliegt dem Vermieter die Erneuerung (Ersatzbeschaffung) einzelner technischer Gebäudeeinrichtungen jeweils in ihrer Gesamtheit, sofern trotz ordnungsgemäßer Wartung und Instandhaltung, deren Kosten der Mieter gemäß diesem Mietvertrag ggf. anteilig zu tragen hat, ein Ersatz sinnvoller als eine Reparatur ist, insbesondere wenn die Anlage das Ende ihrer gewöhnlichen Betriebszeit erreicht oder überschritten hat.	7
Im Übrigen trägt der Mieter sämtliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten im Mietgegenstand.	8
Der Mieter übernimmt auch die Durchführung sämtlicher Schönheitsreparaturen des Mietobjekts (einschließlich aller Bodenbeläge); er verpflichtet sich, solche Reparaturen bei Bedarf in regelmäßigen Abständen durchführen zu lassen.	9
..."	10
Wegen der weiteren Einzelheiten zum Mietverhältnis wird auf den zur Akte gereichten Mietvertrag (Bl. 2 ff. des Anlagehefts) und die Nachtragsvereinbarung (Bl. 38 ff. des Anlagehefts) verwiesen.	11
Die Klägerin bestätigte, dass bei Übergabe keine Mängel bzw. offene Restleistungen vorhanden waren.	12
Im Oktober 2005 zeigte die Klägerin der Beklagten einen Feuchtigkeitsschaden im Bereich der Damen-Umkleide des 3. Obergeschosses an. Dieser Schaden bildete sich in der Folgezeit jedoch wieder zurück. Ab Sommer 2007 traten erneut Feuchtigkeitsschäden im Bereich des 3. Obergeschosses auf. Diese Schäden erstreckten sich auf einen Bereich mit dem Umfang von ca. 50 qm. Schwerpunkte lagen in der Damenumkleide sowie in einem	13

Behinderten-WC der Damenumkleide. Auch andere Bereiche waren betroffen. Wegen dieser Schäden minderte die Klägerin zeitweise die Miete. Im ersten Halbjahr 2008 kam es dann zu sog. Technikergesprächen unter Beteiligung der Parteien, weiterer mit dem Bau befasster Firmen sowie der Verwalterin der Anlage. Hierbei wurden einzelne Maßnahmen zur Behebung der Schäden geplant und durchgeführt, ohne dass diese jedoch dauerhaft beseitigt werden konnten.

Mit Schreiben vom 26.06.2008 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung auf, die Ursachen für die Feuchtigkeitsschäden zu ermitteln, zu dokumentieren und zu beseitigen. Die Beklagte antwortete hierauf mit Schreiben vom 03.07.2008 und verwies auf die aus ihrer Sicht unzureichenden Wartungsleistungen der Klägerin sowie die dadurch verursachten Schäden. Mit Schreiben vom 04.08.2008 kündigte die Klägerin sodann das Mietverhältnis außerordentlich zum 31.12.2008. Sie wiederholte die Kündigung durch Schreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 07.08.2008. Die Klägerin nutzte das Objekt jedoch über das Jahresende 2008 hinaus. Es wurde schließlich zum 11.10.2011 geräumt und steht seither leer. 14

Die Klägerin hat behauptet, das Mietobjekt weise einen dem Verantwortungsbereich der Beklagten zuzuordnenden erheblichen Mangel auf. Sie hat sich zur Kündigung berechtigt gesehen, weil die Beklagte sich weigere, diesen Mangel zu beseitigen. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

festzustellen, dass die außerordentliche Kündigung des Gewerbemietvertrages über das Objekt im N1 4, #####1 L, vom 04.08.2008 wirksam ist. 17

Die Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie hat behauptet, die im 3. Obergeschoss aufgetretenen Schäden hätten ihre Ursache in unzureichender Wartung durch die Klägerin. Diese sei mit dem Mietobjekt nicht pfleglich umgegangen. Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung auch deshalb für unwirksam gehalten, weil die von der Klägerin gerügte Beeinträchtigung geringfügig sei. Außerdem habe sie - die Beklagte - sich nach Kräften bemüht, die Ursache für die Beeinträchtigungen zu finden und zu beheben. Die Beklagte hat behauptet, die Kündigung sei nur vorgeschoben. In Wahrheit laufe der Betrieb defizitär und die Klägerin suche einen Ausweg aus dem Mietverhältnis. Die Beklagte hat zudem die Auffassung vertreten, die Kündigung sei - unter Berücksichtigung der Vertragslaufzeit - unverhältnismäßig. Der Klägerin könne ein Verbleib in dem Objekt zugemutet werden. 20

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung von Gutachten der Sachverständigen Dr. Q und Dipl.-Ing. W. Es hat der Klage stattgegeben. Wegen der weiteren Einzelheiten zur Begründung sowie des erstinstanzlichen Sachvortrages der Parteien wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen. 21

Mit ihren Berufungen verfolgen die Beklagte und die Streithelfer zu 1 bis 3 ihre Klageabweisungsanträge weiter. 22

Die Beklagte wendet sich in erster Linie gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts. Sie hält die erstinstanzlich eingeholten Gutachten für lückenhaft und für nicht überzeugend. Die Gutachten berücksichtigten nicht hinreichend mögliche von der Klägerin selbst gesetzte 23

Ursachen für die Feuchtigkeiterscheinungen, z.B. eine unzureichende Wartung oder Arbeiten an Armaturen bzw. Fliesen. Außerdem seien die Rückschlüsse in den Gutachten teilweise nicht nachvollziehbar. Die Beklagte vertritt darüber hinaus die Auffassung, das Landgericht habe die Verantwortlichkeit für den Wasserschaden grundsätzlich falsch zugeordnet. Es sei der Verantwortlichkeitsbereich der Klägerin selbst betroffen. Das Landgericht habe zudem die Beweislast hinsichtlich der Ursächlichkeit der Feuchtigkeiterscheinungen verkannt. Außerdem gehe das Landgericht zu Unrecht von einem erheblichen Mangel aus. Es habe das Ausmaß der Beeinträchtigung des Gebrauchs der Mietsache falsch beurteilt. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses sei der Klägerin durchaus zumutbar. Das Landgericht habe auch nicht ausreichend das bisherige aus ihrer eigenen Sicht beanstandungsfreie Verhalten der Beklagten berücksichtigt. Nicht zuletzt hält die Beklagte die Kündigungsschreiben der Klägerin formal für unwirksam.

Die Streithelfer zu 1 bis 3 verweisen darauf, dass die Instandhaltungspflicht hinsichtlich der Abdichtung der Nassräume nach ihrer Auffassung die Klägerin treffe. Auch sie sind der Auffassung, dass ein Kündigungsgrund nicht vorliege, weil die Mängel zu keinem teilweisen Entzug des Gebrauchs der Mietsache geführt hätten. Die weitere Fortsetzung des Mietverhältnisses sei der Klägerin nicht unzumutbar. Das Landgericht habe die Erheblichkeit des Mangels verkannt: Der Betrieb des Fitnessstudios sei nicht erheblich beeinträchtigt. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass die Mangelercheinungen nur 1 % der gesamten Mietfläche beträfen. Die vom Sachverständigen errechneten Beseitigungskosten machten lediglich etwa $\frac{1}{2}$ Monatsmiete aus. Es handele sich um eine für die Bedürfnisse der Klägerin speziell errichtete Immobilie. Die Kündigung könne hier nicht wegen eines geringfügigen Mangels erklärt werden. Nicht unberücksichtigt könne bleiben, dass der Mietvertrag eine Laufzeit von 25 Jahren habe. Außerdem habe eine außerordentliche Kündigung, soweit es sich überhaupt um einen wesentlichen Mangel gehandelt habe, früher erklärt werden müssen. Die Streithelfer zu 1 bis 3 behaupten außerdem, die Kündigung diene als Vehikel, um einen defizitären Betrieb abzustoßen.

Die Berufungskläger beantragen, 25

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 26

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt, 27

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen, 28

hilfsweise 29

festzustellen, dass die außerordentliche Kündigung des Gewerbemietvertrages über das Objekt im N1 4, #####1 L, vom 07.08.2008 wirksam ist, 30

hilfsweise 31

für den Fall, dass sich der Senat der Auffassung der Klägerin nicht anschließen und die Kündigung des Mietvertrages nicht als wirksam ansehen sollte, 32

1. festzustellen, dass die Beklagte nach den mietvertraglichen Vereinbarungen verpflichtet ist, 33
die durch Sachverständigengutachten festgestellte mangelhafte Abdichtung zwischen dem 3.
und dem 4. Obergeschoss fachgerecht wiederherzustellen sowie die daraus resultierenden
Wasserschäden in den Mieträumen auf ihre Kosten fachgerecht zu beseitigen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, eine Gefahren-Versicherung (All-Risk-Deckung), die einen Regressverzicht zugunsten der Klägerin enthalten muss, gemäß § 17 Abs. 1 Ziff. 1 des Mietvertrages abzuschließen und der Klägerin den Abschluss dieser Versicherung sowie die Zahlung der Versicherungsprämie nachzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und vertieft ihr Vorbringen. Insoweit legt sie ein Privatgutachten des Sachverständigen Dr. I vom 20.12.2011 vor. 35

Der Senat hat ergänzende Feststellungen durch den Sachverständigen Q veranlasst. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird insoweit auf das Sitzungsprotokoll vom 29.06.2012 Bezug genommen. 36

II. 37

Die Berufung der Beklagten und der Streithelfer zu 1. bis 3 hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die außerordentliche Kündigung der Klägerin zu Recht als wirksam angesehen. 38

1. 39

Die Klägerin hat das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Mietverhältnis formell ordnungsgemäß gekündigt. 40

Hierbei kann dahinstehen, ob bereits die Kündigung der Klägerin vom 04.08.2008 formell ordnungsgemäß war. Zweifelhaft ist insoweit, ob das in § 5 Nr. 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages vorgesehene Schriftformerfordernis hinsichtlich der Kündigung erfüllt ist. Das zu den Akten gereichte Kündigungsschreiben enthält keine eigenhändige Unterschrift des Geschäftsführers der Klägerin. Ob dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führt (vgl. Palandt-Ellenberger, 71. Aufl. 2012, § 125 BGB, Rdnr. 8; Schmidt/Futterer-Blank, 10. Aufl. 2011, § 542 BGB, Rdnr. 67), kann jedoch offenbleiben, weil jedenfalls das weitere Schreiben des Bevollmächtigten der Klägerin vom 07.08.2008 eine formell wirksame Kündigung enthält. Die Schriftform der Kündigung ist hier gewahrt. Der anwaltliche Vertreter ist von der Klägerin auch hinreichend bevollmächtigt worden. Eine entsprechende Vollmacht wurde zur Akte gereicht (s. Bl. 88 des Anlagenheftes). Die Berechtigung des Mitarbeiters E2, der die Vollmacht unterzeichnet hat, steht entgegen der Auffassung der Beklagten hinreichend fest. Die Klägerin hat behauptet, er sei Geschäftsführer gewesen, was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten worden ist. Herr E2 ist auf dem Briefkopf als Geschäftsführer bezeichnet und hat mit dem Zusatz "CEO" unterschrieben. Darüber hinaus hat Herr E2 seinerzeit sämtliche Schreiben für die Klägerin unterschrieben und auch die maßgeblichen Gespräche geführt. An seiner Bevollmächtigung bestehen von daher keine Zweifel. 41

2. 42

Die Kündigung des Mietverhältnisses ist auch materiell wirksam. Die Kündigung der Klägerin stützt sich auf Mängel, die dem Verantwortungsbereich der Beklagten zufallen. 43

a) 44

Als Rechtsgrundlage der außerordentlichen Kündigung kommt allein § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist danach gerechtfertigt, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Nach § 543 Abs. 3 BGB ist es weiter erforderlich, dass der Mieter zunächst 45

erfolglos eine angemessene Frist zur Abhilfe bestimmt. Bei der Feststellung des Kündigungsgrundes ist zudem die mietvertragliche Regelung in § 5 Nr. 4 des Mietvertrages zu beachten. Danach ist eine fristlose Kündigung zulässig, wenn der Vermieter gegen wesentliche Verpflichtungen aus dem Mietvertrag verstößt und der Verstoß trotz Abmahnung und Aufforderung unter angemessener Fristsetzung nicht beendet wird.

Eine auf § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützte Kündigung kommt grundsätzlich sowohl bei einem anfänglichen Mangel als auch bei einem Mangel, der erst nach Übergabe der Mietsache auftritt, in Betracht. Für die Berechtigung zur Kündigung spielt es eine maßgebliche Rolle, ob der Mangel in den Verantwortlichkeitsbereich der Vermieterin oder der Mieterin fällt. Soweit die Klägerin also selbst aufgrund ihrer Wartungs- und Instandhaltungspflicht für die Feuchtigkeiterscheinungen eintreten musste, konnte eine Kündigung nicht auf eine Pflichtverletzung der Beklagten als Vermieterin gestützt werden (vgl. Schmidt/Futterer-Blank, § 543 BGB, Rdnr. 25 m.w.N.). Eine relevante Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs liegt außerdem nur dann vor, wenn der Mangel der Mietsache nicht unerheblich ist (BGH NJW 2007, 147, 149; OLG Düsseldorf NZM 2009, 281, 282; Schmidt/Futterer-Blank, § 543 BGB, Rdnr. 41; Palandt-Weidenkaff, § 543 BGB, Rdnr. 19; Kraemer NZM 2001, 553, 559 f.). Ein unerheblicher Mangel ist anzunehmen, wenn dieser leicht erkennbar ist und schnell mit geringen Mitteln beseitigt werden kann, so dass die Geltendmachung des Mangels gegen Treu und Glauben verstößt (BGH a.a.O.; KG NJOZ 2006, 4613, 4615; OLG Düsseldorf a.a.O.; OLG Düsseldorf Urt. v. 19.07.2011, I - 24 U 186/10, Rdnr. 47, zit. n. Juris). Somit darf eine Kündigung nicht auf Bagatellen gestützt oder aus sachfremden Erwägungen heraus ausgesprochen werden. Auf die Zumutbarkeit der weiteren Durchführung des Vertragsverhältnisses kommt es bei § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB hingegen nicht an. Für die Rechtmäßigkeit der Kündigung genügt es, wenn der Kündigungstatbestand erfüllt ist. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB betrifft keinen gesetzlich typisierten Fall der Unzumutbarkeit (BGH NJW 2007, 147, 148; NJW 2009, 2297). Erforderlich ist schließlich die Einräumung einer angemessenen Frist zur Mangelbeseitigung für den Vermieter. Erst wenn diese erfolglos abgelaufen ist, kommt eine Kündigung in Betracht (§ 543 Abs. 3 BGB bzw. die mietvertragliche Regelung).

Vor diesem Hintergrund ist die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung wie folgt zu bewerten:

b)

Das Landgericht ist in der angefochtenen Entscheidung zu der Feststellung gelangt, dass Ursache der Feuchtigkeitsschäden eine mangelhafte Abdichtung der im 4. Obergeschoss liegenden Nassräume sei. Diese ergebe sich aus dem von den Sachverständigen beschriebenen Schadensbild. Unterlassene oder unzureichende Wartungsarbeiten der Klägerin könnten hingegen nicht Ursache der Feuchtigkeit sein. Der so beschriebene Mangel falle auch in den Verantwortungsbereich der Beklagten. Der Senat folgt diesen Feststellungen, nachdem er, soweit noch offene Fragen betreffend die Ursache der Feuchtigkeitsschäden im Bereich unterhalb des Whirlpools bestanden, ergänzende Feststellungen durch Anhörung des Sachverständigen Dr. Q getroffen hat.

aa)

Hiernach ergibt sich zunächst für die besonders schadensträchtige Stelle unterhalb des im 4. Obergeschoss befindlichen Whirlpools folgendes Bild:

52

Die Sachverständigen Dr. Q und W haben übereinstimmend Feuchtigkeitsschäden festgestellt. Im Behinderten-WC Damen fanden sich an der Deckenunterseite großflächige Farbabblätterungen, Nasseränder und Ausblühungen. Das Bauteil war an dieser Stelle feucht bis nass. Aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen Dr. Q geht der Senat in diesem Bereich von einer massiven Beeinträchtigung aus, die über einen rein optischen Mangel hinaus geht. Dasselbe gilt für das Damen-WC im 3. Obergeschoss. Hier wurden schwarze Ablaufspuren und Nässekränze im Zwischenraum von Stahlbetondecke und abgehängter Decke festgestellt. Die Damen-Umkleide im 3. Obergeschoss weist Nasseränder und Ablaufspuren unterhalb der Decke auf. Im Flur vor der Damenumkleide im 3. Obergeschoss finden sich Farbabblätterungen an der Deckenunterseite.

Zur Ursache hat der Sachverständige Dr. Q ausgeführt, es liege eine fehlerhafte Abdichtung im Deckenbereich 3./4. OG vor. Der Bereich unterhalb des Whirlpools (4. OG) verfügt danach über keine ordnungsgemäße Entwässerung mit Gefälle und keinen funktionierenden Ablauf an der tiefsten Stelle. Die Dichtungsbahnen sind nach den Feststellungen des Sachverständigen im Whirlpoolbereich stellenweise hohlflächig verlegt und nicht kraftschlüssig verwahrt. In der Gesamtbewertung geht der Sachverständige von einer unzureichenden Nassraumabdichtung aus. Andere Ursachen hat der Sachverständige Dr. Q ausgeschlossen: Eine unzureichende Wartung der abgedichteten Flächen im 4. OG komme als Ursache nicht in Betracht. Der Austausch von Armaturen in den Duschen des 3. OG könne schon deshalb nicht ursächlich sein, weil dies ohne Einfluss auf den Deckenbereich des 3. OG bleibe. Bohrlöcher in der Herrendusche könnten ebenfalls nicht schadensursächlich sein, weil das Schadensbild nicht passe. Eine fehlerhafte Wartung oder Ausführung von Bodenfugen im 4. OG dürfe auch nicht für die Feuchtigkeitsschäden in Betracht gezogen werden. Selbst bei Fehlerhaftigkeit von Fugen hätte die darunter liegende Abdichtung funktionieren müssen. Auch Tauwasser scheide als Ursache aus (Feststellung des Sachverständigen W). Der Sachverständige W hat darüber hinaus festgestellt, dass die Feuchtigkeit ihre Ursache nicht in den Rohrleitungen hat. Die Rohrleitungen, insbesondere im Bereich des Whirlpools, waren nach seinen Erkenntnissen in einwandfreiem Zustand. Der Sachverständige W hat zu den Feuchtigkeiterscheinungen festgestellt, dass Feuchtigkeit aus dem Deckenbereich von oben auf die Rohrleitungen herunter getropft sei. Daraus folgt, dass die Rohrleitungen als solche unbeschädigt waren und der Fehler an anderer Stelle liegt. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Q ist somit davon auszugehen, dass die Abdichtung, die sich in dem von ihm als "Totraum" bezeichneten Bereich unterhalb der Wanne des Whirlpools befindet, nicht ordnungsgemäß angebracht ist. Die Dichtungsbahnen sind dort nicht fachgerecht verlegt. Dies führt dazu, dass Wasser durch die Betondecke zwischen 4. und 3. Obergeschoss gelangen kann.

Der Sachverständige hat darüber hinaus aber auch festgestellt, dass die in dieser Abdichtung vorhandenen beiden Bodenabläufe in einem nicht funktionsfähigen Zustand waren. Das Wasser, welches sich auf der - unzureichend angebrachten - Abdichtungsbahn ansammelte, konnte nicht durch die dafür vorgesehenen Abläufe entwässert werden. Zu diesen Leckwasserabläufen wurde festgestellt, dass die beiden daran anschließenden Leitungen in die darunter liegende Etage führen, dort auf Putz verlegt sind und über ein kleines Beschriftungsschild "Whirlpool Leckwasserleitung" verfügen. Die beiden Leitungen waren nicht unmittelbar an die Kanalisation angeschlossen. Zur fehlenden Funktionsfähigkeit dieser Entwässerungen haben der gerichtliche Sachverständige Dr. Q und der von der Beklagten beauftragte Privat-Gutachter Scheuer identische Feststellungen getroffen. Der Sachverständige Dr. Q hat klargestellt, dass das Leckwasser eigentlich durch diese Abflüsse hätte ablaufen müssen. Weil das Wasser nicht habe abfließen können, habe es durch die nicht ordnungsgemäß verlegte Dichtbahn in die Bauteilkonstruktion eindringen können. Der

Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass bei Funktionstüchtigkeit der Abflüsse zumindest weniger Wasser über die schadhaften Dichtungsbahnen in die Baukonstruktion hätte eindringen können.

bb) 55

Der Senat folgt diesen Ausführungen des Sachverständigen. Er hat seine Feststellungen im Gutachten und in der mündlichen Anhörung vor dem Senat in überzeugender Weise getroffen. Der Sachverständige hat die Örtlichkeit in Augenschein genommen. Er hat sich intensiv mit den Bauplänen, mit der Konstruktion und Funktion der verschiedenen Abdichtungen auseinander gesetzt. Seine Feststellungen geben eine plausible Erklärung für das Schadensbild im Deckenbereich des 3. Obergeschosses unterhalb des Whirlpools. Die Feststellungen werden im Kern von den Parteien auch nicht angegriffen und decken sich in ihrem wesentlichen Teil mit den Feststellungen der von den Parteien beauftragten Privat-Gutachter. Die Ausführungen des Sachverständigen waren von hoher Sachkunde getragen. Soweit die Überzeugungskraft des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung von Beklagtenseite insbesondere deshalb bezweifelt wurde, weil nach Auffassung der Beklagten der Bereich unterhalb des Whirlpools gar nicht als "Nassraum" anzusehen sei und infolgedessen die eigentliche Abdichtung des Whirlpools an anderer Stelle erfolgen müsse, teilt der Senat diese Zweifel nicht. Aus seiner Sicht ist es vielmehr erwiesen, dass der sog. Totraum unterhalb des Whirlpools durchaus als Auffang für Leckwasser vorgesehen war. Es handelte sich gerade nicht um einen "Trockenraum" mit der Folge, dass dort - so die offensichtliche Sichtweise der Beklagten - überhaupt keine funktionsfähige Abdichtung erforderlich gewesen wäre. Gegen diese Sichtweise spricht bereits, dass dort überhaupt eine Abdichtung vorgesehen und sogar zwei Leckwasserabläufe eingebaut wurden. Dies lässt sich nur damit erklären, dass Leckwasser aus dem Whirlpoolbereich dort typischerweise anfiel. Aus diesem Grunde ist dem Sachverständigen in der Annahme zu folgen, dass an dieser Stelle auch eine fachgerechte Abdichtung einzubringen war. Der Sachverständige Dr. Q hat bei seiner Untersuchung auch die Konstruktion und Funktionsweise der Abdichtung im Übrigen in den Blick genommen. So hat er ausgeführt, dass die auf dem Fußboden verlegten Fliesen zunächst mit einer Zementschwemme abgedichtet werden. In der Verbindung zwischen dem Fliesenbelag und dem Rand des Whirlpools befindet sich zudem zum Zwecke der Abdichtung eine elastische Fuge. Diese Abdichtungen reichen nach den Feststellungen des Sachverständigen jedoch nicht aus, um eine ingenieurmäßige Abdichtung von Nassräumen zu erreichen. Hierzu müssten jene Dichtbahnen zusätzlich unter dem Whirlpool angebracht werden, um die darunter liegenden Bauteile zu schützen.

Nach den überzeugenden Feststellungen ergibt sich demnach ein klares Bild von der Schadensursache im Bereich des Whirlpools. Schadensursächlich war zum einen die nicht ordnungsgemäß verlegte und befestigte Dichtungsbahn unterhalb des Whirlpools, die verhindern sollte, dass Leckwasser in den Deckenbereich zwischen 4. und 3. Obergeschoss gelangte. Darüber hinaus lag die Schadensursache in einer Verstopfung der Leckwasserabflüsse bzw. der angeschlossenen Entwässerungsleitungen. Diese Verstopfungen haben auch dazu geführt, dass sich Leckwasser auf der fehlerhaft angebrachten Dichtungsbahn sammeln konnte und von dort aus in die darunter liegenden Bauteile gelangte.

cc) 58

Die Verantwortlichkeit für die Feuchtigkeit im 3. Obergeschoss im Bereich unterhalb des Whirlpools fällt nach diesen Feststellungen allein der Beklagten zur Last.

60

Die Fehlerhaftigkeit der Abdichtung unterhalb des Whirlpools ist der Beklagten zuzuschreiben. Maßgeblich für die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche ist § 12 Ziff. 2 des Mietvertrages. Daraus folgt, dass die Beklagte als Vermieterin für die konstruktiven Teile des Gebäudes einstehen muss, wohingegen die Klägerin als Mieterin sämtliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten treffen. Eine fehlerhafte Ausführung der Abdichtung des 4. OG gegen das 3. OG betrifft den konstruktiven Teil des Objekts. Die Beklagte hat die Räumlichkeiten errichtet und schlüsselfertig für den Betrieb des Fitnessstudios hergerichtet. Zu den für die Klägerin errichteten Einbauten gehörten auch das Schwimmbad und der Whirlpool. Dies waren keine von der Klägerin vorgenommenen Einbauten. Die Klägerin musste diese zwar erhalten und ggf. instand setzen. Die Errichtung selber - und hierzu gehört auch die Abdichtung im Deckenbereich - lag hingegen bei der Beklagten. Der vom Sachverständigen festgestellte Mangel lässt auf einen von Beginn an fehlerhaften Bau schließen. Dies hat mit der Instandhaltungs- oder Wartungspflicht der Klägerin nichts zu tun.

Die Gesamtverantwortlichkeit der Beklagten wird auch nicht dadurch infrage gestellt, dass zusätzlich zu den nicht ordnungsgemäß verlegten Dichtungsbahnen eine Verstopfung der Abflüsse vorlag. Hierbei kann zunächst dahin stehen, welchem Zwecke diese Abflüsse eigentlich dienen. Sollten sie allein dem Zweck dienen, größere Mengen von Leckwasser, etwa anlässlich einer Beschädigung des Whirlpools oder anderer besonderer Ereignisse abzuleiten, waren diese Abflüsse für Leckwasser, welches sich dort für gewöhnlich im Rahmen eines täglichen Gebrauchs sammelt, ohne Bedeutung. Die Verantwortlichkeit der Beklagten wird aber auch nicht dann in Frage gestellt, wenn diese Abflüsse auch für das üblicherweise anfallende Leckwasser vorgesehen waren. Hierbei verkennt der Senat zum einen nicht, dass sich die Verstopfung nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Q jedenfalls verstärkend auf das Schadensbild ausgewirkt hat. Auch wenn sich das Ausmaß dieser Einwirkung nicht mehr ermitteln lässt, liegt es doch auf der Hand, dass eine Ansammlung von Wasser auf der nicht ordnungsgemäß abgedichteten Fläche zu einer Intensivierung des Schadens geführt hat. Der Senat verkennt auch nicht, dass eine Verstopfung von Leckwasserleitungen grundsätzlich nicht dem Verantwortungsbereich der Beklagten zuzuschreiben, sondern der von der Klägerin zu besorgenden Behebung von Fehlern im Rahmen der vertraglich geschuldeten Instandsetzung und Instandhaltung zuzurechnen ist. Allerdings vermag die Beklagte nicht darzulegen und zu beweisen, inwieweit diese Verstopfungen tatsächlich schadensursächlich waren.

61

Bei der Frage nach der Verantwortlichkeit für die Schadensursache trägt der Vermieter grundsätzlich die Beweislast dafür, dass die Schadensursache nicht aus seinem eigenen, sondern aus dem Obhutsbereich des Mieters entstammt. Ist streitig, ob Feuchtigkeitsschäden ihre Ursache im Verantwortungsbereich des Vermieters oder des Mieters haben, muss der Vermieter zunächst sämtliche Ursachen ausräumen, die aus seinem Gefahrenbereich herrühren können. Erst dann, wenn ihm dieser Beweis gelungen ist, muss der Mieter beweisen, dass die Feuchtigkeitsschäden nicht aus seinem Verantwortungsbereich stammen (BGH NJW 1994, 1880, 1881; NJW 1994, 2019, 2020; NJW 1998, 594; NJW-RR 2005, 235). Der Beklagten ist es für die Abdichtung unterhalb des Whirlpools in diesem Sinne nicht gelungen, ihre Verantwortlichkeit für den eingeräumten Wasserschaden auszuräumen. Der Verursachungsbeitrag der Beklagten steht fest. Die Fehler in der Abdichtung lagen vor und waren schadensursächlich. Unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Q ist festzustellen, dass eine ordnungsgemäße Abdichtung unterhalb des Whirlpools die Durchfeuchtung selbst bei verstopften Leckwasserabflüssen hätte verhindern müssen.

62

c)

63

Letztlich kann jedoch diese mit der Abdichtung des Whirlpools verbundene Problematik sogar dahinstehen. Nach den weiteren Feststellungen des Sachverständigen Dr. Q ist nämlich davon auszugehen, dass die Abdichtung der im 4. Obergeschoss vorhandenen Nassräume über den gesamten Deckenbereich fehlerhaft ist. Dies fällt in jedem Falle dem Verantwortungsbereich der Beklagten anheim. 64

aa) 65

Der Sachverständige Dr. Q hat nicht nur im Bereich unterhalb des Whirlpools, sondern verteilt auf den gesamten Deckenbereich des 3. Obergeschosses Feuchtemerkmale festgestellt. Er hat diese in dem zur Akte gereichten Grundriss des 3. Obergeschosses gekennzeichnet (Bl. 374 GA). Der Sachverständige hat neben dem Schwimmbecken, also in einem Bereich abseits des Whirlpools, eine Bodenöffnung vorgenommen (Ö 1, Grundriss des 4. Obergeschosses, Bl. 375 GA). Dort befindet sich ein Bodenablauf. Der Sachverständige hat die dort vorhandene Abdichtung aufgeschnitten und auf der Unterseite dieser Abdichtung Feuchtigkeit festgestellt. Darüber hinaus hat der Sachverständige an verschiedenen Stellen im Zwischenbereich der abgehängten Decke des 3. und 4. Obergeschosses stählerne Auffangwannen festgestellt. Es handelt sich um die im Grundriss (Bl. 374 GA) mit Stellen 5 und 8 gekennzeichneten Deckenöffnungen. Diese Stahlwannen dienten dem Zweck, Feuchtigkeit aus dem Deckenbereich aufzufangen. An der Stahlbetondecke der Stelle 8 konnten zudem Ausblühungen, Nässekränze und Wassertropfen an der Stahlbetondecke festgestellt werden. Der Sachverständige Dr. Q hat darüber hinaus im Bereich des südlichen Treppenhauses Korrosionsschäden an einem Ablaufrohr sowie eine überstrichene Stelle an der abgehängten Deckenverkleidung und neu entstandene Farbabblätterungen an derselben Stelle festgestellt. 66

Damit zeigt sich, dass die Decke des 3. Obergeschosses an verschiedenen Stellen, die räumlich teils weit voneinander entfernt sind, auf durchdringende Feuchtigkeit schließen lässt. Die Montage von Stahlwannen zum Auffangen von Feuchtigkeit ist ein weiterer deutlicher Hinweis darauf, dass die Abdichtung der Nassräume im 4. Obergeschoss nicht nur unterhalb des Whirlpools, sondern auch an anderen Stellen unzureichend war. Bei den Stahlwannen handelte es sich um Provisorien, die dazu dienen sollten, dass sich die Feuchtigkeit nicht bis in das 3. Obergeschoss ausbreitete. 67

Der Sachverständige ist aufgrund seiner Feststellungen in diesen Bereichen zu dem Schluss gekommen, dass die Ursache auch dieser weiteren Feuchtigkeiterscheinungen in zumindest partiell vorhandenen Abdichtungsmängeln liegt. So hat er im Bereich der von ihm vorgenommenen Öffnung neben dem Schwimmbad (Ö 1) ebenfalls einen Mangel an der dort verlegten Dichtungsbahn festgestellt, weil diese von unten hohl war. Der Senat erkennt nicht, dass der Gutachter nicht die Abdichtung des gesamten Nassraums im 4. Obergeschoss untersucht hat. Er hat jedoch an einzelnen Stellen Feuchtigkeit gemessen und Umstände festgestellt, die darauf schließen lassen, dass die Abdichtung im 4. Obergeschoss in verschiedenen Bereichen unzureichend ist. Dafür spricht ganz eindeutig das Schadensbild, nämlich das Auftreten von Feuchtigkeitsschäden an unterschiedlichen Stellen, in unterschiedlicher Intensität und zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, über den deutlich zu lokalisierenden und klar zu umreißen Problembereich unterhalb des Whirlpools von weitergehenden Beeinträchtigungen durch unzureichende Abdichtungen auszugehen, die sich über den gesamten Bodenbereich der Nassräume erstrecken. 68

Der Senat hält weitere Feststellungen zum Zustand der Abdichtung im 4. Obergeschoss nicht für erforderlich. Das vom Sachverständigen Dr. Q für einzelne Stellen ermittelte Bild lässt auf 69

die Notwendigkeit der Reparatur oder der Erneuerung im gesamten Geschossbereich schließen. Die in einzelnen Bereichen festgestellte fehlerhafte Verlegung der Abdichtungsfolie kann nicht wirksam behoben werden, ohne die Fläche insgesamt freizulegen und zu erneuern. Eine solch weitgehende Maßnahme hat der Sachverständige konsequent zum Zwecke der Schadensbeseitigung für erforderlich gehalten.

bb) 70

Der Beklagten als Vermieterin ist es auch insoweit nicht gelungen, ihre Verantwortlichkeit hierfür auszuschließen. Die ordnungsgemäße Abdichtung der Nassräume zählt zu jenem konstruktiven Bereich des Gebäudes, für den die Beklagte vertraglich verantwortlich ist. Es ist kein Hinweis darauf ersichtlich, dass ein Verhalten der Klägerin oder mangelhafte Wartung der Bodenflächen die Ursache für die aufgetretene Feuchtigkeit ist. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang angeführten möglichen Ursachen sind teilweise offensichtlich ungeeignet, eine Verantwortlichkeit der Klägerin zu begründen, im Übrigen wurden sie vom Sachverständigen widerlegt. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Undichtigkeit im Bereich des Whirlpools Bezug genommen werden. Ergänzend ist lediglich noch hervorzuheben, dass der Sachverständige Dr. Q auch eine mangelhafte Pflege bzw. Wartung der Fliesen im 4. Obergeschoss als Schadensursache ausgeschlossen hat. Insoweit hat er plausibel erklärt, dass Fliesen und Fugen als solche nicht wasserdicht sind und Wasser hindurch treten kann. Es müsse vielmehr eine zusätzliche Abdichtung erfolgen, damit die darunter liegenden Bauteile dauerhaft nicht durch das Wasser geschädigt werden könnten. Somit hätte die Feuchtigkeit selbst dann nicht in die Deckenbereiche eindringen dürfen, wenn Fliesen und insbesondere Fugen Undichtigkeiten aufgewiesen hätten. Dies ist auch aus Sicht des Senats überzeugend und richtig. 71

d) 72

Die hiernach festgestellten und dem Verantwortungsbereich der Beklagten entweder teilweise (Feuchtigkeit unterhalb des Whirlpools) oder ganz (Feuchtigkeit im Übrigen) zuzuschreibenden Mängel sind auch erheblich. 73

aa) 74

Hierbei ist allerdings nicht zu verkennen, dass der Umfang der betroffenen Deckenfläche im Vergleich zur Gesamtfläche des Mietobjekts geringfügig ist (ca. 50 qm zu 4.204 qm). Darüber hinaus sind die geschädigten Bereiche optisch zwar in unterschiedlicher Ausprägung beeinträchtigt, gleichwohl bleibt das Fitnessstudio für den vertraglich vereinbarten Verwendungszweck benutzbar. Dies hat die Klägerin dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie die Räumlichkeiten nach der zum 31.12.2008 ausgesprochenen Kündigung noch bis zum 11.10.2011 für den vertraglich vorgesehenen Zweck nutzte. Der Senat berücksichtigt auch, dass die Räumlichkeiten durch die Beklagte mit einem hohen Aufwand für die spezifische Nutzung der Klägerin, die zunächst auf 25 Jahre angelegt war, hergerichtet worden sind. Allein die lange Mietdauer rechtfertigte den hohen Investitionsaufwand, den die Beklagte in das Objekt getätigt hatte. Es handelte sich gerade nicht um ein durchschnittliches Gewerbemietverhältnis über Räumlichkeiten, die nach einer Kündigung ohne größeren Investitions- und Umbauaufwand wieder neu vermietet werden können. Hieraus folgt eine besondere Verpflichtung der Parteien, sich für einen Fortbestand des Mietverhältnisses einzusetzen. Schließlich machen die vom Sachverständigen Dr. Q für die Beseitigung des Mangels veranschlagten Kosten nur ca. 75.000,- € aus, was nichtmals der Höhe einer monatlichen Mietzahlung entspricht. 75

bb)

Andererseits sind jedoch Umstände anzuführen, die auch in der Gesamtabwägung für die Annahme eines erheblichen Mangels sprechen. Einzelne der aufgetretenen Feuchtigkeiterscheinungen sind ausgesprochen störend. Die Schadstellen im 3. Obergeschoss unterhalb des Whirlpools im Behinderten-WC Damen und im Damen WC gehen über eine massive optische Beeinträchtigung hinaus. Gerade in dem besonders sensiblen Toilettenbereich hinterlassen die massiven Durchfeuchtungen für die Nutzer den Eindruck einer schwerwiegenden hygienischen Beeinträchtigung. Damit kommt eine Nutzung dieser Räumlichkeiten für die Besucher der Fitness-Einrichtung nicht mehr in Betracht. Die weiteren vom Sachverständigen Dr. Q im Bereich der sichtbaren Decke des 3. Obergeschosses festgestellten Mängel sind zwar optisch weniger gravierend und wirken sich nicht störend auf den Betrieb der Fitness-Einrichtung aus, sie lassen jedoch auf eine über den engen Bereich des Whirlpools hinausgehende Erneuerungsbedürftigkeit der Abdichtung der Nassräume im 4. Obergeschoss schließen. Der Sachverständige Dr. Q hat folglich eine Erneuerung des Deckenbelags mit einer Abdichtung der gesamten Sohle des Nassraums im 4. Obergeschoss für erforderlich gehalten. Aus diesem Grunde ist der Mangel auch als erheblich anzusehen. Die Abdichtungsprobleme beschränken sich gerade nicht auf einen eng umgrenzten Bereich, sondern erfassen den Nassraumbereich des 4. Obergeschosses insgesamt. Wenn jedoch in einem sich über 5 Etagen erstreckenden Gesamtobjekt in einer Etage wesentliche Bereiche neu abgedichtet werden müssen, liegt ein Mangel vor, der die Bagatellgrenze überschritten hat. Daran ändern auch die vom Sachverständigen Dr. Q im Vergleich zu dem von der Klägerin zu erbringenden monatlichen Mietzins mit 77.500,- € relativ niedrig angesetzten Mängelbeseitigungskosten nichts. Die Erneuerung der Abdichtung der Nassräume geht nämlich mit einer wesentlichen Teile des 4. Obergeschosses betreffenden Baumaßnahme einher, die in die Betriebsabläufe der Einrichtung mehr als unerheblich eingreift.

Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist nach zutreffender Auffassung der Klägerin auch § 4 Ziff. 2 des Mietvertrages vom 19.09.2011 zu berücksichtigen. Hierin haben die Parteien eine Regelung zur Wesentlichkeit von Mängeln im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Übernahme des Mietobjekts getroffen. Danach sollten Mängel und unerledigte Restarbeiten als unwesentlich gelten, wenn sie innerhalb einer Frist von 8 Monaten abgearbeitet werden konnten, sie die Vorbereitung des Mieters zur Cluberöffnung nicht behinderten und im Einzelfall den Wert von 15.000,- DM sowie in der Summe den Wert von 50.000,- DM nicht überstiegen. Diese Regelung wurde zwar für den Beginn des Mietverhältnisses und die Übergabe des Objekts getroffen, verfolgte also einen anderen Regelungszweck, aus ihr lässt sich jedoch ein Grundverständnis der Parteien ablesen, welche Vorstellung sie von der Erheblichkeit eines Mangels hatten. Ein Mangel, der im Zusammenhang mit der Eröffnung des Clubs als erheblich angesehen werden und der Aufnahme des Betriebs entgegenstehen konnte, kann jedoch ebenso die weitere Durchführung des Mietverhältnisses beeinträchtigen. Es ist nicht ersichtlich, warum dem zu Beginn des Mietvertrages von den Parteien festgelegten Maßstab im weiteren Verlauf des Vertragsverhältnisses keine Bedeutung mehr zukommen sollte. Hierzu ist jedoch festzustellen, dass die vom Sachverständigen Dr. Q ermittelten Schadensbeseitigungskosten immerhin den doppelten Betrag dessen ausmachten, was zu Beginn des Mietverhältnisses noch als erheblich angesehen wurde.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein Wasserschaden im Bereich der Damen-Umkleide des 3. Obergeschosses erstmals bereits im Jahre 2005 aufgetreten war. Dieser verschwand zwar wieder, aber Sommer 2007 traten die Feuchtigkeiterscheinungen jedoch

erneut auf. Diese waren fortan durchgehend vorhanden und bestanden auch noch im Zeitpunkt der Begutachtung durch den Sachverständigen Dr. Q. Die Feuchtigkeit in den Deckenbereichen stellte daher ein dauerhaftes Problem dar. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels kann dies nicht unberücksichtigt bleiben. Ein eher geringfügiger Mangel kann auch dadurch an Gewicht gewinnen, dass er über einen langen Zeitraum das Mietverhältnis belastet und nicht beseitigt wird.

e) 80

Die außerordentliche Kündigung der Klägerin verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Sie ist weder durch Gründe getragen, die ihre wahre Ursache in anderen Umständen als dem streitgegenständlichen Mangel haben, noch ist die über den Kündigungszeitpunkt (31.12.2008) fortgesetzte Nutzung des Objekts durch die Klägerin ein Umstand, der für die Unwirksamkeit der Kündigung spricht. 81

aa) 82

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, dass die wahre Motivation der Klägerin zur Kündigung des Mietverhältnisses in wirtschaftlichen Erwägungen liegt, kann diesem Ansatz nicht gefolgt werden. Der Senat verkennt hierbei allerdings nicht, dass aus dem erstinstanzlich vorgelegten Schriftverkehr der Parteien hervorgeht, dass Klägerin und Beklagte im Jahre 2007 eine Korrespondenz geführt haben, in der es neben der Bereinigung wechselseitiger Streitpunkte, wozu auch Mängel am Mietobjekt zählten, um eine Reduzierung des Mietzinses ging. Aus dieser Korrespondenz wird zudem deutlich, dass die Klägerin im damaligen Zeitraum mit der Zahlung des Mietzinses in Rückstand geraten war. Gleichwohl entbehrt die Annahme, bei der im August 2008 ausgesprochenen Kündigung handele es sich um eine vorgeschobene Kündigung, einer tragfähigen Grundlage. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten wurde der im Dezember 2007 aufgetretene Zahlungsrückstand ausgeglichen. Die Beklagte hat in der Folgezeit auch keine Rückstände mehr geltend gemacht. Darüber hinaus ist es einer Mieterin zuzugestehen, mit ihrer Vermieterin über eine Änderung der Miethöhe zu verhandeln, ohne dass hierauf sogleich der Schluss auf einen nicht profitablen Betrieb des Mietobjekts gerechtfertigt ist. Die Beklagte hat über diese Ansätze hinaus keinen durchgreifenden Hinweis auf eine durch wirtschaftliche Motive gekennzeichnete Motivationslage der Klägerin bei Ausspruch der Kündigung vorgetragen. Die in der Berufungsinstanz angestellten Berechnungen zur Wirtschaftlichkeit des Betriebes eines Fitness-Clubs sind zu pauschal, um daraus verlässliche Erkenntnisse zu gewinnen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Klägerin an verschiedenen Standorten in Deutschland und Europa Fitness-Einrichtungen unterhält und die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung schon von daher nicht allein an den Mietbedingungen eines einzelnen Objekts vorgenommen werden kann. 83

bb) 84

Die weitere Nutzung des Mietobjekts nach Ausspruch der fristlosen Kündigung führte schließlich auch nicht dazu, dass sich das Mietverhältnis zwischen den Parteien nach § 545 BGB stillschweigend verlängert hat. Die Parteien haben eine stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses nach Ablauf des Mietvertrages durch Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache mietvertraglich abbedungen (§ 5 Nr. 2 des Mietvertrages). Der mietvertragliche Ausschluss von § 545 BGB ist eindeutig und auch inhaltlich wirksam. Der Senat kann in diesem Zusammenhang dahinstehen lassen, ob dem Mietvertrag der Parteien allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde liegen. Ein formularvertraglicher Ausschluss von § 545 BGB ist jedenfalls im Gewerbemietverhältnis zulässig und wirksam. § 545 BGB hat lediglich 85

Ordnungsfunktion und dient nicht dem Bestandsschutz des Mietverhältnisses. Die Bestimmung zählt nicht zum gesetzlichen Leitbild der Miete und kann von daher abbedungen werden (BGH NJW 1991, 1750, 1751; Schmidt/Futterer/*Blank*, § 545 BGB, Rdnr. 31).

Die Klägerin hat ihre Rechte aus der fristlosen Kündigung auch nicht durch die weitere Nutzung des Objekts verwirkt. Zunächst wird die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Klägerin einerseits außerordentlich gekündigt hat, sich andererseits aber eine Auslaufzeit bis zum 31.12.2008 abbedungen hat. Die Frist verfolgte offensichtlich den Zweck, der Klägerin eine Räumungsfrist zu ermöglichen, was in Anbetracht des mit einer Aufgabe des Mietobjekts durch die Klägerin verbundenen Aufwands nachvollziehbar ist. Der Wille der Klägerin, das Objekt aufzugeben, wird damit nicht in Zweifel gezogen. Ebenso hat die Klägerin ihre Rechte aus der Kündigung nicht dadurch eingebüßt, dass sie das Objekt bis zum 11.10.2011 weiter genutzt hat. Hierin liegt insbesondere auch kein widersprüchliches Verhalten, welches nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Die Klägerin hat ihren Willen, an der Kündigung festzuhalten, dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie bereits am 03.09.2008 eine Klage auf Feststellung der Wirksamkeit ihrer Kündigung bei dem Landgericht Köln eingereicht hat. Die weitere Nutzung des Objekts über den Zeitpunkt der Klageeinreichung und auch über den 31.12.2008 hinaus findet ihre Rechtfertigung darin, dass die Wirksamkeit der Kündigung zwischen den Parteien streitig geblieben ist. In der fortgesetzten Nutzung des Mietobjekts liegt kein widersprüchliches Verhalten der Klägerin, weil sie gleichzeitig eine gerichtliche Klärung über die Wirksamkeit der von ihr erklärten Kündigung herbeigeführt hat. Die Fortsetzung des Mietgebrauchs und damit auch die weitere Mietzahlung während eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens entspricht auch den wechselseitigen Interessen der Parteien. Für die Beklagte gilt dies schon allein deshalb, weil sie selbst die Kündigung für unwirksam erachtete. Die Klägerin vermied durch den fortgesetzten Mietgebrauch erhebliche vergebliche Aufwendungen, die sie im Falle eines Auszuges erleiden würde, wenn sich die Kündigung im Nachhinein doch nicht als gerechtfertigt erweist. Zudem vermied sie einen durch Leerstand bedingten Mietausfall der Beklagten, welcher durch einen schnellen Auszug bei einem Objekt dieser Größenordnung mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre. Auch die zum 11.10.2011 erfolgte Besitzaufgabe der Klägerin steht zu ihrem vorherigen Verhalten nicht in Widerspruch. Immerhin hatte das gerichtliche Verfahren zu diesem Zeitpunkt bereits über drei Jahre andauert, und es war eine erstinstanzliche Entscheidung zu Gunsten der Klägerin ergangen. Der Senat hält die Vorgehensweise der Klägerin vor diesem Hintergrund für sachlich gerechtfertigt und in einer Weise vertretbar, dass sich die Klägerin kein widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen muss.

86

f)

87

Die Klägerin hat der Beklagten vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung auch eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt (§ 543 Abs. 3 S. 1 BGB, § 5 Nr. 4 des Mietvertrages). Die Fristsetzung erfolgte mit anwaltlichem Schreiben vom 26.06.2008 bis zum 26.07.2008 und beinhaltete sowohl die Ursachenermittlung als auch die Beseitigung des Mangels und der Mangelfolgeschäden. Diese Frist ist als angemessen anzusehen. Hierbei ist zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen, dass zwischen den Parteien auch bereits in den Monaten zuvor Gespräche und Untersuchungen in Bezug auf den Feuchtigkeitsschaden stattgefunden haben. Die Problematik stand den Vertragsparteien damit hinreichend vor Augen, um seitens der Beklagten eine kurzfristige Untersuchung der Ursachen und eine Behebung derselben zu veranlassen. Die Erkenntnisse, die der Sachverständige Dr. Q schließlich gewonnen hat und die von ihm vorgeschlagene Maßnahme zur Beseitigung der Mängel und Schäden wären innerhalb der von der Klägerin gesetzten Monatsfrist zu gewinnen bzw. durchzuführen.

88

gewesen. Letztlich kann die Angemessenheit der Fristsetzung jedoch dahinstehen. Die Beklagte hat auf das Schreiben der Klägerin mit Schreiben vom 04.07.2008 zum Ausdruck gebracht, dass sie der Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht nachkommen wird. Sie hat sich vielmehr auf angebliche Verletzung von Wartungspflichten durch die Klägerin berufen. Im Nachgang zu diesem Schreiben konnte die Klägerin davon ausgehen, dass keine Maßnahmen in ihrem Sinne veranlasst werden. Fortan konnte sie das Mietverhältnis fristlos kündigen.

g) 89

Entgegen der Auffassung der Beklagten erfolgte die Kündigung auch innerhalb angemessener Frist (§ 314 Abs. 3 BGB). Zutreffend ist allerdings, dass die Feuchtigkeiterscheinungen bereits seit Sommer 2007 wieder aufgetreten waren und die Klägerin von daher Kenntnis des zur Kündigung berechtigenden Mangels hatte. Es ist aber festzustellen, dass die Parteien im Zeitraum bis zu dem vorgenannten Schreiben vom 26.06.2008 in Gesprächen über den Mangel standen. Zunächst hatte es wechselseitige Bemühungen in Bezug auf die Ursachenermittlung und die Beseitigung der Mängel gegeben. Es wurden sog. Technikergespräche geführt, verschiedene Untersuchungen vorgenommen und einzelne Maßnahmen - allerdings ohne Erfolg - veranlasst. Letztlich wurde die Ursache des Mangels jedoch nicht zuverlässig festgestellt und der Streit der Parteien spitzte sich auf eine Auseinandersetzung über die wechselseitigen Verantwortungsbereiche zu. Da die Parteien im gesamten Zeitraum bis zur Erklärung der Kündigung in Gesprächen über den Mangel standen, widerspricht die schließlich im Sommer 2008 erklärte Kündigung nicht § 314 Abs. 3 BGB. Hierbei berücksichtigt der Senat auch die Gesamtumstände des Mietverhältnisses, aufgrund derer die Parteien zu einer besonders sorgfältigen Vorgehensweise verpflichtet waren, die vorrangig eine Aufrechterhaltung des Mietvertrages in den Blick nehmen musste.

90

h) 91

Soweit die Beklagte wiederholt ihre Auffassung zum Ausdruck gebracht hat, die Kündigung sei auch deshalb unwirksam, weil der Klägerin unter den gegebenen Umständen eine weitere Durchführung des Mietverhältnisses zumutbar gewesen wäre, kommt es aus den eingangs genannten Gründen hierauf im Rahmen des Kündigungsgrundes nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht an.

92

3. 93

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 S.1 ZPO.

94

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Abs. 2 BGB.

95

Gegenstandswert: 1.534.585,92 €. 96