
Datum: 25.10.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 1. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 U 19/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:1025.1U19.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 32 O 315/12

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 32. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 22.2.2013, 32 O 315/12, unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

- 1 Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 271.735,59 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 179.816,84 € seit dem 1.6.2012 sowie aus jeweils 13.131,25 € seit dem 6.5., 6.6., 6.7., 6.8., 6.9., 6.10. und 6.11.2012 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- 2 Die Widerklage wird abgewiesen.
- 3 Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen fallen der Klägerin zu 17 % und der Beklagten zu 83 % zur Last. Die Klägerin trägt die Kosten der Streithelferin zu 17 %. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.
- 4 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden,

wenn nicht die jeweils andere Partei Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

- 5 Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche aus einem Gewerberaummietverhältnis betreffend das Objekt G 62 in L. Die Klägerin macht Mietzinsansprüche geltend, die Beklagte begehrt im Wege der Widerklage Rückerstattung erbrachter Mietzahlungen sowie Auskunftserteilung über die Durchführung von Baumaßnahmen. Es war beabsichtigt, in dem Objekt einen Gastronomiebetrieb zu eröffnen.

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 14.3.2008 nebst Zusatzvereinbarung vom selben Tage (Anlagenband Bl. 1 ff.) vermietete die Klägerin der Beklagten die Gewerberäume zu einem monatlichen Mietzins nebst Betriebskostenvorauszahlung von netto 11.460 € = brutto 13.637,40 € für die Zeit vom 1.11.2008 bis 31.10.2018: Gastronomiefläche im Erdgeschoss, Bürofläche im ersten Obergeschoss, gewerbliche Kellerflächen im Kellergeschoss. In einem ersten Nachtrag vom 2.9.2008 (Anlagenband Bl. 14 ff.) vereinbarten die Parteien eine Änderung des vermieteten Grundrisses und die Ausführung von Umbauarbeiten durch die Klägerin in einer Größenordnung von geschätzten 219.000 € bis 287.000 €. Die Umbaukosten sollten für die Dauer des Mietverhältnisses mit jährlich 10 % auf die Beklagte umgelegt werden.

In einem zweiten Nachtrag vom 2.6.2010 (Anlagenband Bl. 97 ff.) einigten sich die Parteien sodann über das Ruhen des Mietverhältnisses ab dem 15.5.2010 im Hinblick auf den Abschluss eines neuen, zwischen der Klägerin und der Streithelferin der Beklagten beabsichtigten Mietvertrages über dieselben Räumlichkeiten. Nach einer etwaigen Beendigung dieses neuen Mietverhältnisses oder bei einem erheblichen Mietzinsrückstand der Streithelferin sollte die Klägerin berechtigt sein, das ursprüngliche Mietverhältnis der Parteien durch einseitige schriftliche Erklärung wieder in Kraft zu setzen. Für diesen Fall erklärte die Beklagte im Wege des Schuldbeitritts ihre Haftung für die Verbindlichkeiten der Streithelferin, dies jedoch beschränkt auf die Höhe des von ihr ehemals geschuldeten Mietzinses. Schließlich vereinbarten die Parteien für die Umbauarbeiten einen anrechenbaren Betrag i.H.v. 280.000 € netto. Ebenfalls am 2.6.2010 schlossen die Klägerin und die Streithelferin der Beklagten daraufhin einen schriftlichen Mietvertrag (Anlagenband Bl. 16 ff.) über die vorbezeichneten Gewerberäume für die Zeit vom 15.6.2010 bis zum 31.12.2020 mit Verlängerungsoption zu einem monatlichen Mietzins von brutto 17.802,40 €. Nach § 6 dieses Vertrages hatte die Streithelferin eine Mietsicherheit in Form einer Bürgschaft über 50.000 € zu stellen. In § 8 wurde vereinbart, dass die Mieterin zur Aufrechnung, Minderung und Zurückbehaltung nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen berechtigt sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien und der Streithelferin wird auf die zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen.

Die baurechtlichen Grundlagen des Mietverhältnisses stellten sich wie folgt dar:

- Der Klägerin wurde am 25.3.2009 eine Baugenehmigung seitens der Stadt L erteilt (Anlagenband Bl. 34 ff.). Unter Anknüpfung an diese Baugenehmigung reichte die Klägerin unter dem 26.4.2010 einen Bauantrag bei der Stadt L ein, der einige Änderungen vorsah (Anlagenband Bl. 30 ff.). Hierzu hatte der Sachverständige Q ein Brandschutzkonzept entwickelt, welches den brandschutztechnischen Sollzustand abbildete (Anlagenband Bl. 61 ff.). Die Stadt L erteilte daraufhin am 3.11.2010 eine weitere Baugenehmigung (Bl. 345 ff. d.A.). Am 8.12.2010 fand eine Bauzustandsbesichtigung statt. Diese verlief fruchtlos. Die Stadt L sah die Nutzung als Gaststätte als unzulässig an (vgl. Bescheid vom 8.12.2010, Anlagenband Bl. 178 ff.). Außerdem erstattete der Sachverständige Q einen Mängelbericht betreffend den Brandschutz. Der Sachverständige sah eine Freigabe der Nutzung wegen der vorgenommenen wesentlichen Änderungen als nicht zulässig an (Anlagenband Bl. 129 ff.). Am 5.5.2011 erteilte die Stadt L eine Änderungsgenehmigung (Bl. 355 ff. d.A.). Hierin ist für eine Markise des Innenhofs eine Ausfuhrbegrenzung auf 1,5 m vorgesehen. Wie es zu der Änderungsgenehmigung der Stadt L kam, ist zwischen den Parteien streitig. Unstreitig ist, dass die Streithelferin zwischenzeitlich eine vollständige Überdachung des Innenhofs mit einer Bespannung angebracht hatte, die von der Stadt L beanstandet wurde (vgl. Foto Anlagenband Bl. 144).
- Eine baurechtliche Abnahme sowie eine Nutzungserlaubnis als Gaststätte durch die Stadt L konnten bis heute nicht erreicht werden. Wegen der Einzelheiten zu den Bauanträgen und den Baugenehmigungen wird auf die von den Parteien zu den Akten gereichten Anlagen verwiesen.
- In Anbetracht der baurechtlichen Situation führten die Parteien eine Vielzahl von Gesprächen sowie eine umfangreiche Korrespondenz. Hierbei wurde die wechselseitige Verantwortlichkeit für die fehlende Abnahme kontrovers behandelt: Im Zuge der Verhandlungen zum Jahreswechsel 2010/2011 richtete die Klägerin mit Schreiben vom 31.1.2011 eine Mängelliste an die Streithelferin, worin sie auf deren Verantwortung zur Behebung der Mängel hinwies (Anlagenband Bl. 139 ff.). Im Zuge erneuter Verhandlungen ab Herbst des Jahres 2011 teilte der Bevollmächtigte der Streithelferin der Klägerin mit, dass seine Mandantin zum Ausgleich der bei der Klägerin bereits angefallenen und noch anfallenden Architekten- und Handwerkerkosten einen Betrag von 5.000 € zuzüglich Umsatzsteuer leisten werde, wobei die Klägerin verpflichtet sei, hiermit sämtliche Mängel, die einer „Bauabnahmefähigkeit im Sinne der gaststättenrechtlichen Konzessionserteilung“ durch die Stadt im Wege stehen, mit einer Ausnahme vollständig zu beheben. Bei der Ausnahme handelte es sich um die Markise (Schreiben vom 25.1.2012, Anlagenband Bl. 171 ff.). Die Streithelferin leistete die in dem Schreiben bezeichnete Zahlung an die Klägerin. Die Klägerin beantwortete das Schreiben ihrerseits mit Schreiben vom 3.2.2012, worin sie zunächst betonte, dass abgestimmt worden sei, neben den bereits zugesagten Beratungskosten von 5.000 € die baulichen Kosten zunächst zurückzustellen. Nur die bis dato bekannten Mängel (Balkenschuhe, Trockenbau) sollten mit dem Pauschalbetrag von 5000 € abgegolten sein, nicht etwaige bislang unbekannte oder künftige Mietermängel. Ausgenommen sei die Thematik Markise sowie die Holztreppe im Küchengebäude (vgl. Anlagenband Bl. 173 ff.).
- Die Streithelferin leistete keinerlei Mietzahlungen. Ebenfalls erbrachte sie die vertraglich vorgesehene Sicherheitsleistung nicht. Für die Monate Oktober 2010 bis Januar 2011 leistete noch die Beklagte die Mietzahlungen an die Klägerin. Mit Schreiben vom 4.5.2012 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis gegenüber der Streithelferin (Anlagenband Bl. 111 ff.). Mit weiterem Schreiben vom 8.5.2012 setzte die Klägerin das Mietverhältnis mit der Beklagten wieder in Vollzug (Anlagenband Bl. 113 ff.). Mit Schreiben vom 27.9.2012 erklärte die Beklagte ihrerseits die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses (Anlagenband Bl. 120 ff.).

Die Klägerin verlangt Zahlung des Mietzinses in Höhe von 344.695,26 € für die Zeit Februar 2011 bis November 2012. Sie hat die Auffassung vertreten, allein die Streithelferin bzw. die Beklagte trügen die Verantwortung für die Nichteröffnung der Gaststätte. Letztlich seien die von der Streithelferin vorgenommenen Änderungen dafür ursächlich, dass bis heute keine entsprechende Genehmigung seitens der Stadt L erteilt worden sei. Die Klägerin hingegen habe – fast – alles in ihren Verantwortungsbereich Fallende getan, um eine entsprechende Nutzung des Objekts zu ermöglichen. Die Klägerin hat auf die von ihr vorgelegte Mängelliste verwiesen, von der sie meint, dass allein die Streithelferin bzw. die Beklagte zur Behebung dieser Mängel verpflichtet seien. Die Klägerin meint, das Objekt sei anlässlich der Übergabe an die Streithelferin als vertragskonform angesehen worden und verweist hierzu auf den Inhalt des Mietvertrages sowie ein Übergabeprotokoll (Anlagenband Bl. 127). Außerdem hat sie die Auffassung vertreten, dass sowohl die Minderung als auch ein Zurückbehaltungsrecht oder die Befugnis zur Aufrechnung mietvertraglich ausgeschlossen worden seien. Die Beklagte könne sich schließlich deshalb nicht auf Mängel des Objekts berufen, weil sie das Rücknahmerisiko nach Beendigung des Mietverhältnisses mit der Streithelferin trage. Die Klägerin hat den von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten Auskunftsanspruch auf der Grundlage ihres Schreibens vom 26.5.2010 (Anlagenband Bl. 175 ff.) als erfüllt angesehen. 11

Die Beklagte hat die Klägerin insgesamt für verantwortlich gehalten, die Nutzung des Objekts als Gaststätte zu ermöglichen. Da dies nicht hätte erreicht werden können, seien sowohl die Streithelferin als auch sie selbst dazu berechtigt gewesen, den Mietzins auf Null zu mindern. Soweit mietvertraglich Mieterrechte wie die Minderung oder die Aufrechnung ausgeschlossen worden seien, seien diese Bestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam. Die Beklagte hat auch auf eine nach ihrer Auffassung aufgrund des Schreibens vom 25.1.2012 getroffene Vereinbarung verwiesen, wonach die Klägerin sämtliche Mängel des Objekts, die der Nutzung als Gaststätte entgegenstanden, hätte beheben müssen. Außerdem hat sie die Auffassung vertreten, dass die fristlose Kündigung der Klägerin mit Blick auf § 314 BGB unwirksam sei. Sie hat behauptet, es sei einem Verhalten der Klägerin zuzuschreiben, dass die Änderungsgenehmigung der Stadt L vom 5.5.2011 nur noch eine eingeschränkte Möglichkeit zur Überdachung des Innenhofs durch eine Markise vorsehe. Die komplette Überdachung des Innenhofs sei jedoch für das Nutzungskonzept der Streithelferin maßgeblich gewesen. Die Beklagte hat einen weiteren Mangel des Mietobjekts darin gesehen, dass ein von der Streithelferin als Kühlraum genutzter Raum tatsächlich für die Bewohner des gesamten Hauses als Müllraum zur Verfügung gestellt werden müsse. In den Mietverträgen sei demgegenüber eine alleinige Nutzung durch die Mieter vorgesehen. Die Beklagte hat zudem die Auffassung vertreten, dass die von ihr erklärte fristlose Kündigung wirksam sei, jedenfalls sei diese Kündigung als ordentliche Kündigung gerechtfertigt. 12

Die Streithelferin hat sich dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten angeschlossen. In einem nicht nachgelassenen Schriftsatz hat sie zudem die Hilfsaufrechnung in Höhe der Klageforderung mit Schadensersatz – und Aufwendungsersatzpositionen gegenüber der Klägerin erklärt. 13

Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 344.695,26 € nebst Zinsen zu zahlen. Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten, auch zum erstinstanzlichen Vortrag und den erstinstanzlichen Anträgen der Parteien, wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen. 14

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte den erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag sowie die Widerklage uneingeschränkt weiter. Sie hält den Mietvertrag zwischen der Klägerin und 15

der Streithelferin insoweit für unwirksam, als dieser einen Minderungsausschluss vorsehe. Sie zählt eine Reihe von Mängeln auf, von denen sie die Auffassung vertritt, diese seien ausschließlich der Verantwortlichkeit der Klägerin zuzuordnen. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der Beanstandungen der Stadt L zu dem Müllraum sowie hinsichtlich der fehlenden Möglichkeit zur vollständigen Überdachung des Innenraums mit einer Markise. Die Beklagte verweist in diesem Zusammenhang nochmals auf die angebliche Vereinbarung infolge des Schreibens vom 25.1.2012. Sie hält die Klägerin für verpflichtet, sämtliche Mängel zu beseitigen. Sowohl die Streithelferin als auch die Beklagte seien wegen der fehlenden Nutzungsmöglichkeit als Gaststätte zu einer Minderung auf Null berechtigt gewesen. Das Landgericht habe übersehen, dass jedenfalls im Verhältnis zur Beklagten die vertraglichen Absprachen keinen Ausschluss der Minderung vorsehen. Das Landgericht habe sich daher zu Unrecht nicht mit dem Gesichtspunkt der Minderung, zu der die Beklagte gegenüber der Klägerin befugt sei, befasst. Das Landgericht habe auch zu Unrecht § 314 BGB auf die von der Klägerin erklärte fristlose Kündigung für unanwendbar gehalten. Außerdem sei die von der Beklagten selbst erklärte Kündigung wirksam. In diesem Zusammenhang vertritt die Beklagte die Auffassung, dass zu ihren Gunsten jedenfalls auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, im Übrigen auf den Gesichtspunkt der Vertragsanpassung abgestellt werden müsse. Schließlich habe das Landgericht auch die Widerklage zu Unrecht abgewiesen. Der Beklagten stehe ein Anspruch auf Rückerstattung ihrer Mietzahlungen für die Monate Oktober 2010 bis Januar 2011 zu. Außerdem reiche das Schreiben der Klägerin vom 26.5.2010 zum Zwecke der Rechnungslegung nicht aus. Zudem beruft sich die Beklagte auf die bereits von der Streithelferin erklärte Hilfsaufrechnung. Die Beklagte macht sich den entsprechenden Vortrag der Streithelferin zu eigen.

Die Beklagte beantragt,	16
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 22.02. 2013, 32 O 315/12,	17
• 1 die Klage abzuweisen,	119
• 2 auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen,	201
a) an die Beklagte 71.209,60 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus ab dem 30.10.2012 zu zahlen;	22
b) der Beklagten Rechnung zu legen über die Kosten folgender baulicher Maßnahmen:	23
Vergrößerung der Gastraumfläche im Vergleich zum Vertrag vom 14.3.2008,	24
Verlegung des erdgeschossigen Verbindungsganges zwischen Vor-der – und Hinterhaus erstes Obergeschoss bei gleichzeitiger Verlegung des zweiten Rettungsweges aus dem Erdgeschoss in den Keller (Verbindungstunnel) oder durch Verlegung des zweiten Rettungsweges im Wege einer Grunddienstbarkeit auf die im Eigentum des Mieters stehenden Grundstücke G 54-60 und Verlegung einer Trockensteigleitung als Anschlussmöglichkeit für die Feuerwehr,	25
Verlegung der WC – Anlagen in den Keller und des Müllraumes in das Vorderhaus, unter Absenkung der Bodenplatte des Hinterhauses und Unterfangung des Gebäudes mit Betonfundamenten,	26

Erstellung des Rohzustandes einschließlich Elektro – und Gasanschluss zur Nutzung des ersten Obergeschosses hinten als Küche,	
Erstellung eines Verbindungsganges zwischen dem ersten Obergeschoss Vorderhaus und Hinterhaus,	28
Errichtung einer mobilen Überdachung über dem Biergarten im hinteren Grundstücksteil.	29
Die Klägerin beantragt,	30
die Berufung zurückzuweisen.	31
Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Soweit rückständige Betriebskostenvorauszahlungen Gegenstand der Klage seien, behauptet sie, die Nebenkosten seien zwischenzeitlich abgerechnet worden. Ihr stehe ein Abrechnungssaldo zu, welcher die Klageforderung übersteige.	32
II.	33
Die Berufung der Beklagten hat überwiegend keinen Erfolg.	34
I.	35
Die Klage ist i.H.v. 271.735,59 € begründet. Der weitergehende Antrag ist unbegründet, weil die Klägerin keine Nebenkostenvorauszahlungen mehr geltend machen kann und der Mietzins im Verhältnis zur Beklagten teilweise gemindert ist.	36
1.	37
Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Mietzinszahlung folgt für den Zeitraum vom Februar 2011 bis zur fristlosen Kündigung des mit der Streithelferin abgeschlossenen Mietvertrages durch Schreiben der Klägerin vom 4.5.2012 aus § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag über gewerbliche Räume mit der Streithelferin vom 2.6.2010. Die Beklagte hat für die durch diesen Mietvertrag begründeten Verbindlichkeiten aufgrund des von ihr gemäß Ziff. 4 c des zweiten Nachtrags zum Gewerbemietvertrag mit der Klägerin vom 2.6.2010 erklärten – kumulativen - Schuldbeitritts einzustehen.	38
Soweit der klägerische Zahlungsanspruch für die Zeit nach der fristlosen Kündigung des mit der Streithelferin abgeschlossenen Mietvertrages geltend gemacht wird, folgt er aus der mit Schreiben der Klägerin vom 8.5.2012 erklärten Involzugsetzung des ursprünglich zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossenen Vertrages vom 14.3.2008, hier § 3. Der Mietvertrag mit der Streithelferin war zu diesem Zeitpunkt durch die Kündigung der Klägerin gemäß Schreiben vom 4.5.2012 entfallen. Die fristlose Kündigung war wirksam. Die Streithelferin hatte seit Februar 2011 keine Mietzinszahlungen mehr erbracht. Von daher war die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigt. Dies ergibt sich aus § 3 Ziff. 1 a des zwischen der Klägerin und der Streithelferin abgeschlossenen Mietvertrages in Verbindung mit § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB. Die Kündigung der Klägerin war nicht wegen Verstoßes gegen § 314 Abs. 3 BGB unwirksam. Nach dieser Vorschrift kann der Berechtigte zwar nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er von dem Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Die Klägerin hatte zwar von den erheblichen Zahlungsrückständen der Streithelferin schon nahezu ein Jahr Kenntnis, bevor sie die Kündigung aussprach. Der Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 314 Abs. 3 BGB beruht allerdings auf Gründen des Vertrauensschutzes in den Fortbestand des Mietverhältnisses. Schutzwürdiges Vertrauen lag	39

auf Seiten der Streitverkündeten aber nicht vor. Sie konnte in Anbetracht des gravierenden Mietrückstandes (nicht nur die monatlichen Mietzahlungen waren rückständig, sondern auch die von ihr geschuldete Mietsicherheit wurde nicht erbracht) trotz des Zeitablaufs nicht auf einen Fortbestand des Mietverhältnisses vertrauen (vgl. auch BGH Urt. vom 11.03.2009, VIII ZR 115/08, Rn. 17 ff., zit. nach Juris). Zu einer Minderung des Mietzinses auf Null war die Streithelferin auch nicht berechtigt (siehe unten).

2. 40

Die Höhe der Mietrückstände für den von der Klägerin geltend gemachten Zeitraum vom Februar 2011 bis November 2012 i.H.v. 344.695,26 EUR ist zwischen den Parteien im Grundsatz unstreitig. Die Klägerin kann jedoch den in diesem Betrag enthaltenen Anteil an Betriebskostenvorauszahlungen von der Beklagten nicht mehr verlangen. Insoweit hat die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen, dass die Nebenkosten für die Jahre 2011 und 2012 inzwischen abgerechnet worden seien (Bl. 321 ff. d.A. nebst Anlagen). Die Beklagte hat die Richtigkeit der Abrechnung mit Schriftsatz vom 10.09.2013 bestritten. Die Klägerin ist daher mit ihrem Vortrag zurückzuweisen. Die Nebenkostenabrechnung 2011 datiert vom 15.03.2012, hätte also bereits in erster Instanz vorgetragen werden müssen und können. Die Abrechnung 2012 datiert zwar erst vom 22.02.2013 und konnte in erster Instanz nicht geltend gemacht werden. Insoweit ist der Vortrag der Klägerin allerdings nach §§ 530, 521 Abs. 2, 296 Abs. 1 ZPO verspätet, weil die Nebenkostenabrechnungen nicht mit der Berufungserwiderung, sondern erst kurz vor der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorgelegt worden sind. Der Senat hatte auch – ebenso wie das Landgericht – keinen Anlass, auf die fehlende Schlüssigkeit der Klage hinsichtlich der Nebenkosten hinzuweisen. Die Abrechnungsproblematik wurde erstmals durch Schriftsatz der nicht beigetretenen Streitverkündeten Q2 u.a. vom 18.7.2013 (Bl. 303 f. d.A.) in den Rechtsstreit eingebracht. Es hätte bis zur Berufungserwiderung mithin der Klägerin oblegen, ihren Vortrag zu den Nebenkosten zu substantiieren. Es war dem Senat weder bekannt noch ersichtlich, dass eine Abrechnung erstellt worden war. Der rechtzeitige Sachvortrag war daher – ohne einen gerichtlichen Hinweis - allein Sache der Klägerin. 41

Von der Klageforderung sind daher insgesamt 49.980 € für Nebenkostenvorauszahlungen abzuziehen. Gegenstand der Klageforderung, die sich auf den Zeitraum Februar 2011 bis November 2012 erstreckt, sind monatliche Vorauszahlungen von 2.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer i.H.v. 19 %, dies ergibt 2.380 € monatlich. Für die mit der Klage geltend gemachten 21 Monate errechnet sich ein Anteil an Nebenkostenvorauszahlungen in der genannten Höhe. 42

3. 43

Soweit die Beklagte demgegenüber einwendet, die Mietzinszahlung sei für die Streithelferin wie auch für sie während des streitgegenständlichen Zeitraums gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB auf Null gemindert, hat sie hiermit keinen Erfolg. 44

Für den Zeitraum der vertraglichen Bindung der Streithelferin ist das Recht zur Minderung mietvertraglich in Gänze ausgeschlossen worden. Für die Zeit nach Invollzugsetzung des ursprünglichen Mietverhältnisses mit der Beklagten kommt hingegen eine Minderung in Betracht, die der Senat jedoch lediglich auf 20 % bemisst. 45

a) 46

47

Für die Zeit des Bestehens eines Mietverhältnisses zwischen der Klägerin und der Streithelferin wurde das Minderungsrecht gemäß § 8 des zwischen diesen bestehenden Mietvertrages wirksam ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die entsprechende Vertragsklausel nicht wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist anders als bei der für das Wohnraummietrecht geltenden Bestimmung des § 536 Abs. 4 BGB für den Bereich der gewerblichen Miete eine Einschränkung der Mieterrechte durch Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich möglich. Allerdings darf die Einschränkung nicht dazu führen, dass das Äquivalenzprinzip zwischen der Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung der Mietsache einerseits und der Verpflichtung des Mieters zur Mietzinszahlung andererseits aufgehoben wird. Ein Ausschluss von Minderung, Zurückbehaltungsrechten und Aufrechnungsmöglichkeiten ist danach zulässig, soweit sich aus der mietvertraglichen Klausel ergibt, dass ungerechtfertigte Mietzahlungen gegebenenfalls nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden können (BGHZ 91, 375, 382 f.; BGH Urt. v. 23.04.2008, XII ZR 62/06, Rndr. 18, 19; OLG Düsseldorf Urt. v. 06.05.2010, 10 U 154/09, Rdnr. 3; OLG Celle Urt. v. 22.03.2012, 2 U 127/11, Rdnr. 27 ff.; Senat, B. v. 13.08.2012, 1 U 49/12, Rdnr. 2, jeweils zit. nach Juris). Soweit die Beklagte einen derartigen Ausschluss grundsätzlich für unwirksam hält und sich hierbei auf eine zum Architektenvertrag ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil v. 7.4.2011, VII ZR 209/07, Rdnr. 15, zit. n. Juris) beruft, kann dem für das Gewerberaummietrecht mit Rücksicht auf die unterschiedliche Interessenlage nicht gefolgt werden (OLG Celle, OLG Köln, jeweils a.a.O.). Die zwischen der Klägerin und der Streithelferin vereinbarte Klausel genügt den in der Rechtsprechung aufgestellten Wirksamkeitskriterien:

aa) 49

Deren Wirksamkeit scheitert zunächst nicht daran, dass ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in der Vertragsklausel nicht ausdrücklich vorbehalten wird. Es ergibt sich aus der Klausel nämlich nicht, dass dieser Anspruch ausgeschlossen werden soll. Eine ausdrückliche Klarstellung, dass ein solcher Anspruch möglich bleibt, wird in der Rechtsprechung nicht verlangt (OLG Celle a.a.O.). 50

bb) 51

Es ist auch unbedenklich, dass von dem Minderungsverbot lediglich solche Forderungen ausgenommen werden, die „unbestritten oder rechtskräftig festgestellt“ sind. Soweit die Beklagte bemängelt, dass die Klausel nicht auch die entscheidungsreifen Ansprüche ausnimmt, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Klausel. Entscheidungsreife ist zwar nicht mit Unbestritten und auch nicht mit Rechtskraft gleichzusetzen. Der fehlende Hinweis auf die entscheidungsreifen Forderungen bedeutet aber noch keine unangemessene Benachteiligung des Mieters. Ist ein Umstand außergerichtlich unbestritten, so kann er zur Grundlage der Minderung gemacht werden. Dasselbe gilt, wenn dieser Umstand rechtskräftig festgestellt worden ist. Dass die entscheidungsreifen Punkte nicht zur Grundlage einer Minderung gemacht werden können, bedeutet zwar eine gewisse Einschränkung, überschreitet jedoch die Grenze der Unangemessenheit nicht. Die Minderung bleibt möglich, soweit Umstände unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind. Außerdem bleibt der Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB für alle übrigen Umstände erhalten. In einem gewerblichen Mietverhältnis müssen diese Einschränkungen hingenommen werden. 52

cc) 53

Die Vertragsklausel scheitert auch nicht an der weiteren Anforderung, wonach der Mieter zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Minderung nicht mit Zahlungen aus dem Mietverhältnis in Rückstand sein darf und ihm außerdem aufgegeben wird, die Geltendmachung seiner Rechte mindestens einen Monat vor Fälligkeit der betroffenen Mietforderung schriftlich anzuzeigen. Auch diese zusätzlichen Einschränkungen führen nicht zu einer Unwirksamkeit der Klausel (vgl. OLG Köln ZMR 1998, 763; Schmidt/Futterer-Eisenschmidt, MietR, 11. Aufl. 2013, § 536 BGB, Rdnr. 462). Eine solche Regelung dient letztlich dem Zweck, die laufenden Zahlungen aus dem Mietverhältnis sicherzustellen. Hierin ist ein wesentliches Anliegen des Vermieters zu sehen, weil er aufgrund der laufenden Mietzahlungen in die Lage versetzt wird, die Immobilie ohne Liquiditätsprobleme bewirtschaften und finanzieren zu können. Ein direkter Abzug des Minderungsbetrages aufgrund vom Mieter behaupteter und bestrittener Mängel kann dazu führen, dass der Vermieter bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Klärung, ob die behaupteten Mängel bestehen, nicht mehr in der Lage ist, die laufenden Bewirtschaftungs- und Kapitalkosten aufzubringen (vgl. BGH Urt. v. 23.04.2008, XII ZR 62/06, Rdnr. 19, zit. nach Juris). Insoweit ist es gerechtfertigt, dass die Geltendmachung der Mieterrechte nur dann in Betracht kommen soll, wenn die rechtzeitige und vollständige Zahlung aller Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis sichergestellt wird. Auch die Abhängigkeit der Geltendmachung solcher Rechte von einer vorherigen Ankündigung ist dem Interesse des Vermieters an einem pünktlichen Eingang der Mietzinszahlungen geschuldet und benachteiligt den Mieter nicht in unangemessener Weise. Soweit die Beklagte einwendet, dass nach der Vertragsklausel eine Minderung aufgrund rechtskräftig festgestellter oder unbestrittener Umstände schon deshalb nicht möglich sei, weil die Kautions i.H.v. 50.000 EUR nicht erbracht wurde, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Das Vermieterinteresse erstreckt sich auch auf die Kautions, durch die der Vermieter eine Sicherheit für seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis erhält. Es ist gerechtfertigt, die Geltendmachung einer Minderung auch von der Erbringung der Kautions abhängig zu machen. Die Leistung der Kautions steht am Anfang des Mietverhältnisses und sichert den Vermieter grundsätzlich ab. Es ist nicht ersichtlich, warum der Mieter zur Minderung berechtigt sein soll, obwohl er grundsätzliche Verpflichtungen bereits bei Beginn des Mietverhältnisses nicht erfüllt hat.

dd) 55

Soweit danach aufgrund des Mietvertrages zwischen der Klägerin und der Streithelferin das Recht zur Minderung wirksam ausgeschlossen worden ist, kann sich für den Zeitraum der Gültigkeit dieses Mietvertrages auch die Beklagte, die für die Verbindlichkeiten der Streithelferin im Wege des Schuldbeitritts haftet, nicht auf die Minderung berufen.

ee) 57

Letztlich kann die Frage, ob der Mietvertrag zwischen der Klägerin und der Streithelferin das Minderungsrecht wirksam ausschließt, jedoch dahinstehen. Die Streithelferin konnte eine Minderung auch deshalb nicht geltend machen, weil sie das Mietobjekt vorbehaltlos als vertragsgerecht gebilligt und übernommen hat. Dies folgt aus § 12 Ziff. 1 sowie aus § 21 Ziff. 7 bis 9 des Mietvertrages i.V.m. dem Übergabeprotokoll vom 29.6.2010 (Anlagenband Bl. 127). Hieraus ergibt sich, dass die Streithelferin das Objekt als vertragskonform übernommen hat. Zwar hatte die Klägerin als Vermieterin nach dem Übergabeprotokoll noch einige Verpflichtungen zu erfüllen, allerdings ist sie dem uneingeschränkt nachgekommen. Aus dem Vertrag ergibt sich, dass die Streithelferin das Objekt in einem Rohbauzustand übernommen und diesen auch gebilligt hat. § 21 Ziff. 7 des Vertrages spricht ausdrücklich davon, dass dieser Zustand wie besichtigt und bekannt als vertragskonform angesehen wird. Außerdem ist auf § 21 Ziff. 9 des Vertrages hinzuweisen, wonach die Parteien eine Änderung der

Nutzung des Objekts in Aussicht genommen hatten und für den Fall, dass diese nicht genehmigt werden sollte, der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende Zustand als vertraglich vereinbart akzeptiert werden sollte. Auch vor diesem Hintergrund sind Gewährleistungsrechte der Streithelferin ausgeschlossen.

b) 59

Anders zu beurteilen ist demgegenüber die Rechtslage auf der Grundlage des ursprünglich zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Vertrages, welcher durch die Erklärung der Klägerin vom 8.5.2012 wieder in Vollzug gesetzt worden ist. In diesem Vertragsverhältnis ist die Minderung nicht wirksam ausgeschlossen worden. 60

aa) 61

Maßgeblich ist insoweit § 11 des ursprünglichen Mietvertrages. Nach dieser Bestimmung sind lediglich die Rechte des Mieters auf Aufrechnung und Zurückbehaltung ausgeschlossen. Obwohl die Überschrift zu § 11 des Mietvertrages neben der Aufrechnung und Zurückbehaltung auch von der Minderung spricht, ist die Minderung im weiteren Verlauf der Bestimmung nicht mehr erwähnt. Diese Vertragsbestimmung kann daher nicht Grundlage eines wirksamen Ausschlusses der Minderung sein. 62

bb) 63

Minderungsrechte der Beklagten sind entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass gemäß Ziffer 4 a) des zweiten Nachtrags zum ursprünglichen Mietverhältnis vom 2.6.2010 die Beklagte im Falle einer Invollzugsetzung des ursprünglichen Mietverhältnisses den dann gegebenen Zustand des Mietobjekts als „vertragsgerecht akzeptieren“ sollte. Diese Bestimmung ist nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen, dass der Beklagten nur solche Einreden versagt werden sollten, die sich auf einen von der Streithelferin zuvor hergerichteten Zustand des Objekts beziehen. Die Beklagte sollte das Objekt wie von der Streithelferin hinterlassen übernehmen und nicht etwa daraus Rechte herleiten können, dass sich die Einrichtung oder das Objekt selber in einem von der Streithelferin herbeigeführten schlechten Zustand befinden könnte. Von dieser Klausel sind aber solche Umstände nicht erfasst, die Mängel aus dem Verantwortungsbereich der Klägerin betreffen. 64

Entgegen der mit der Streithelferin getroffenen Absprache (siehe oben) sieht der Senat auch keinen Ansatz dafür, dass das Mietobjekt von der Beklagten generell als vertragsgerecht gebilligt wurde. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus §§ 7 und 15 der Zusatzvereinbarung zum ursprünglichen Mietvertrag. In diesen Bestimmungen wird zum einen klargestellt, dass der Vermieter das Mietobjekt im Rohbauzustand übergeben hat. Die Verpflichtungen der Vermieterin sind in diesem Rahmen dahingehend konkretisiert, dass die Flächen des Erdgeschosses und des Kellergeschosses auf Kosten der Vermieterin in einen sanierten Rohbauzustand versetzt werden sollten. Dieser sollte die Erneuerung der WC-Anlagen, der Heizung sowie der Be – und Entlüftung des Ladenlokals umfassen. Ein in dieser Art hergestellter Zustand sollte als vertragsgemäß anerkannt werden, alle übrigen Einbauten sollten dann von der Beklagten vorgenommen werden. § 15 der Zusatzvereinbarung regelt ferner, dass die Mieterin die Verantwortung für die Erfüllung aller behördlichen Auflagen und Genehmigungen zum Betreiben des Gewerbes tragen sollte. Sie sollte auch die Verantwortung für bauliche Anforderungen tragen. Soweit bauliche Änderungen aufgrund behördlicher Anforderungen notwendig werden sollten, sollte auch insoweit die Beklagte für die Umsetzung und Kostenübernahme derselben verantwortlich sein. Das Mietverhältnis 65

enthält insoweit eine grobe Zuweisung der Verantwortungsbereiche, es geht jedoch nicht so weit, dass ein bestimmter Zustand bei Übergabe des Mietobjekts von der Beklagten unter Ausschluss ihrer Minderungsrechte als vertragsgerecht anerkannt worden ist.

Auf dieser Grundlage gilt für die Minderung des Mietzinses durch die Beklagte folgendes: 66

cc) 67

Die von der Beklagten reklamierte Minderung auf Null mit Rücksicht auf die bisher seitens der Stadt L nicht erklärte Bauabnahme bzw. nicht erteilte Gaststättenerlaubnis entbehrt jeder Grundlage. Aufgrund der bereits dargestellten vertraglichen Bestimmungen fiel das Risiko der Bauabnahme und auch der Erteilung einer Gaststättenerlaubnis maßgeblich der Beklagten anheim. In einer Gesamtbewertung des Vertragsverhältnisses verhält es sich so, dass die Klägerin als Vermieterin eine Reihe von Gewerken erbringen sollte, die sich aber im Wesentlichen auf den Rohbauzustand beschränkten. Alle übrigen Ausbaugewerke, insbesondere solche, die mit der Einrichtung des Gaststättengewerbes zu tun hatten, sollten von der Streithelferin bzw. der Beklagten vorgenommen werden. Damit ging einher, dass die Beklagtenseite letztlich auch das Risiko der Erteilung einer Gaststättengenehmigung trug. Die Beklagte kann ihre Minderung auf Null auch nicht darauf stützen, dass möglicherweise einzelne Umstände, die auch von der Klägerin zu verantworten waren, bei der Nichterteilung der Bauabnahme bzw. der Gaststättengenehmigung eine Rolle gespielt haben. Es sind jedenfalls ganz überwiegend im Verantwortungsbereich der Beklagten liegende Mängel, die zu den Einwendungen der Stadt L geführt haben. Damit kann das Vertragsrisiko durch eine Minderung auf Null nicht einseitig auf die Klägerin abgewälzt werden. Im Grundsatz ist es von daher lediglich gerechtfertigt, die Mietzinszahlungen der Beklagten anteilmäßig zu mindern, soweit Umstände aus dem Verantwortungsbereich der Klägerin betroffen sind. 68

Der Senat folgt insbesondere nicht den Erwägungen der Beklagten zur Ursächlichkeit einzelner Mängel für die Versagung der Nutzungserlaubnis. Es ist offensichtlich, dass mehrere Umstände zur Versagung dieser Erlaubnis durch die Stadt L geführt haben. Neben der unzulässigen Anbringung einer vollständigen Abdeckung des Biergartens führten insbesondere brandschutztechnische Mängel zur Versagung der Erlaubnis. Überwiegend waren Umstände aus dem Verantwortungsbereich der Mieter betroffen. Eine Minderung auf Null kann vor diesem Hintergrund nicht auf die Erwägung gestützt werden, dass ein einzelner oder auch mehrere Umstände auf Klägerseite jedenfalls auch für die letztlich entscheidende Versagung der Gaststättenerlaubnis ausreichend gewesen wären. Eine darauf gestützte Minderung auf Null würde – wie bereits ausgeführt – die Verantwortungs – und Risikobereiche unangemessen zulasten der Klägerin verschieben. Das gilt vor allem deshalb, weil die Parteien letztlich von vornherein eine gemeinsame, durch wechselseitige Aufgabenzuweisung gekennzeichnete Herstellung des Objekts mit dem Ziel der Nutzung als Gaststätte beabsichtigten. 69

dd) 70

In diesem Sinne ist zunächst eine Minderung in Bezug auf den von der Beklagten reklamierten Müllraum angezeigt. Hier verhält es sich so, dass nach der ursprünglichen Bauplanung der im Bereich des allgemein zugänglichen Treppenhauses zur Verfügung stehende Raum ein Müllraum sein sollte, der zur Nutzung auch den Mietern der in den Obergeschossen befindlichen Wohnungen zur Verfügung stehen sollte. Unbestritten ist jedoch auch, dass demgegenüber ausweislich des Mietvertrages der Parteien dieser Raum der Mieterin zur alleinigen Nutzung zugeschrieben wurde. Die Beklagte bzw. die Streithelferin hat diesen Raum dann durch Einbau eines Kühltagegregats ausschließlich für sich in Anspruch 71

genommen. Im Rahmen der Bauzustandsbesichtigung vom 8.12.2010 hat die Stadt L unter anderem beanstandet, dass dieser Raum nunmehr nicht mehr wie vorgesehen dem gesamten Haus als Müllraum zur Verfügung stehen konnte. Insoweit liegt eine der Klägerin zuzurechnende Abweichung der Ist – Beschaffenheit der Mietsache vom vertraglich vereinbarten Zustand vor.

ee) 72

Eine weitere Minderung ist für die nach Vorgabe der Stadt L nicht vollständig ausfahrbare Markise im Innenhof des Objekts gerechtfertigt. Ausweislich der Bauunterlagen gehörte es zur Soll – Beschaffenheit, dass ein in dem Objekt befindlicher Innenhof mit einer vollständig ausfahrbare Markise versehen werden konnte (vgl. Bauzeichnung Anlagenband 52 sowie § 1 des ersten Nachtrags zum ursprünglichen Mietvertrag, welcher die von der Klägerin vorzunehmende Errichtung einer mobilen Überdachung in diesem Bereich vorsieht, Anlagenband Bl. 14). Hintergrund war, dass dieser Bereich als Biergarten genutzt werden sollte. Die Streithelferin hat sodann eine vollständige Überdachung des Innenhofs angebracht, dies allerdings nicht in Form einer mobilen Überdachung, sondern als feste Überdachung. Diese Überdachung ist von der Stadt L im Rahmen der Bauzustandsbesichtigung beanstandet worden. Außerdem ist in der nachträglich erteilten Baugenehmigung vom 5.5.2011 dann nur noch eine im Umfang von 1,5 m ausfahrbare Markise genehmigt worden. Hierdurch ergibt sich eine Abweichung der zulässigen Nutzung des Objekts im Vergleich zu der vertraglich vereinbarten Nutzbarkeit des Objekts. Die fehlende Möglichkeit, einen Teilbereich des Objekts, der als Biergarten genutzt werden sollte, vollständig mit einer Markise zu überdecken, stellt eine erhebliche Nutzungsbeeinträchtigung dar, die zu einer anteiligen Minderung berechtigt. 73

Soweit die Beklagte und die Streithelferin in der Berufung vorgetragen haben, mit dieser Überdachung stehe und falle das Nutzungskonzept, ist dies nicht nachvollziehbar. Ausweislich der Anlagen zum Mietvertrag vom 2.6.2010 zwischen der Klägerin und der Streithelferin betrug die Gesamtfläche Gastronomie 608,61 m². Der Biergarten ist hierin mit 71,84 m² angegeben. Die Nutzung war für Innen – und Außengastronomie vorgesehen. Der Biergarten stellt also nur einen geringen Teil der Gesamtfläche gastronomischer Nutzung dar. Die fehlende Überdachung führt zweifellos dazu, dass die Nutzung des Biergartens eingeschränkt ist. Eine ausfahrbare Markise über den gesamten Bereich – nur dies war von der Klägerin überhaupt geschuldet – hätte insbesondere in Übergangszeiten und bei leichtem Regen eine weitere Nutzung des Objekts gestattet. Das Fehlen dieser Möglichkeit stellt jedoch das Gesamtkonzept ersichtlich nicht infrage. 74

Auch die Behauptung, die Speisen müssten nun durchs Freie aus der Küche in den Gastraum getragen werden, begründet keinen Mangel. Es besteht kein maßgeblicher Unterschied, ob die Speisen durchs Freie oder durch einen mit einer ausfahrbaren Markise verdeckten Bereich getragen werden. Eine dauerhafte, feste Überdachung wäre auch mit einer Markise nicht zu erreichen. Die Lage der Küche im Vergleich zu den Gasträumen ist insgesamt als unglücklich zu bezeichnen. Dem kann jedoch nicht allein durch eine – wenn auch vollständig – ausfahrbare mobile Überdachung begegnet werden. 75

ff) 76

Im Rahmen der weiteren Mängel des Objekts, die schließlich zur Versagung der Bauabnahme und der Gaststättenerlaubnis durch die Stadt L geführt haben, sind vereinzelte Umstände festzustellen, die eine weitere Verantwortlichkeit der Klägerin begründen. Wegen der einzelnen Umstände kann zusammenfassend auf die Feststellungen der Stadt L 77

anlässlich der Bauzustandsbesichtigung (Anlagenband Bl. 179 ff.), die Beanstandungen des Brandschutz – Sachverständigen Q (Anlagenband Bl. 129 ff.) und die Mängelliste der Klägerin (Anlagenband Bl. 140 ff.) verwiesen werden. Diese betreffen jedoch überwiegend den Ausbau des Objekts.

Aus den Feststellungen des Sachverständigen Q ergeben sich nur wenige Punkte, die den Verantwortungs- 78
bereich der Klägerin betreffen. Hierzu zählen die Positionen tragende Holzbalkendecke über dem Erdgeschoss des Vorhauses, nicht zulassungsgerechter Aufbau der Gipskartondecke sowie freiliegende Balkenköpfe der Geschossdecke in den Deckenöffnungen zwischen dem Erdgeschoss und dem ersten Obergeschoss. Hiervon ist ein Bereich betroffen, der in das Gewerk der Klägerin fällt. Im Übrigen sind in dem Gutachten eine Reihe von fehlenden Abschottungen bei Wand – und Deckendurchbrüchen erwähnt, insbesondere in den Bereichen, wo Leitungen und Rohre verlegt sind. Hierzu ist festzustellen, dass nach den Vertragsunterlagen die Klägerin zwar gewisse Installationen (WC, Heizung, Belüftung) vorzunehmen hatte, dies jedoch lediglich im Rohbauzustand erfolgen sollte. Hieraus folgt, dass die Klägerin für eine den Anforderungen des Brandschutzes entsprechende Abschottung nicht verantwortlich war. Diese konnte letztlich erst nach Vornahme des von Beklagtenseite zu tragenden Innenausbaus vorgenommen werden. Einige weitere Punkte sind in den Feststellungen erwähnt, die eindeutig der Beklagten zur Last fallen, so insbesondere die Einschränkung von Rettungswegen durch nachträgliche Einbauten im Gaststättenbereich. In die Verantwortung der Beklagtenseite fällt beispielsweise auch der nicht genehmigte Einbau eines Pizzaofens. In der Zusammenfassung stellt der Sachverständige schließlich fest, dass die brandschutztechnischen Beanstandungen insbesondere durch zusätzliche Veränderungen von Nutzungen einzelner Räume entstanden sind. Derartige nachträgliche Änderungen betreffen jedoch die Gewerke der Beklagten bzw. der Streithelferin.

Die Beanstandungen der Stadt L betreffen ebenfalls nur teilweise Umstände, die von der 79
Klägerin zu verantworten sind (z.B. Nr. 2: Fortführung der Brandwand in dem außen liegenden Eingangsbereich, Nr. 4: Zugangstüre in den Treppenraum aus dem Zwischenbereich schlägt entgegen der Fluchtrichtung auf, Nr. 6: Abschottung des Treppenraumes zum Kellergeschoss durch eine Brandwand fehlt, Nr. 12: Fehlen des zweiten Rettungsweges für die Wohnungen des Mittelhauses (Spindeltreppe), Nr. 13: Dach des Hofgebäudes wurde nicht feuerhemmend ausgeführt, eine offene Holzterasse führt aus der Küche in den Lagerraum mit Lüftungstechnik). Allerdings enthält diese Liste auch eine Reihe von Beanstandungen, die eindeutig der Beklagtenseite zur Last fallen. Die von der Stadt L beschriebenen Mängel wurden von der Klägerin in ihrer Zusammenfassung vom 25.1.2011 nochmals aufgegriffen. Eine Gesamtwürdigung der dort erwähnten Aspekte lässt auch hier den Schluss zu, dass die meisten der Beanstandungen den Verantwortungsbereich der Beklagten betreffen.

gg) 80

Zusammenfassend fällt auf, dass die Verantwortungsbereiche zwischen Klägerin, 81
Streithelferin und Beklagter vertraglich nicht eindeutig festgelegt sind. Im Rahmen der notwendigen Gesamtwertung ist jedoch festzustellen, dass die überwiegende Anzahl der Beanstandungen den Verantwortungsbereich der Beklagten bzw. der Streithelferin betrifft. Dies bringt im Übrigen auch ein Schreiben der damaligen Bevollmächtigten der Beklagten vom 18.1.2011 zum Ausdruck, in dem es heißt: „Die Mandantin (Anm.: die Beklagte) vermag sich des Eindrucks nicht zu erwehren, dass die immer noch nicht erfolgter Abnahme der Bauarbeiten und die zwingend hieraus resultierende bisher unterbliebene Erteilung der

Gaststättenkonzession ihre Ursache zumindest auch im Einstandsbereich ihrer Partei (Anm.: der Klägerin) hat“ (Anlagenband Bl. 151).

hh) 82

Der Senat hält es in der Gesamtwürdigung für gerechtfertigt, der Beklagten eine Minderung i.H.v. 20 % des Mietzinses zuzubilligen. Er stellt dabei vor allem auf die auch von der Beklagten vorrangig beanstandeten Punkte Markise und Müllraum ab. Zur Nutzungseinschränkung durch die fehlende Möglichkeit, den Biergarten vollständig mit einer Markise abzudecken, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Der von der Beklagten entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht allein nutzbare sogenannte Müllraum macht nur eine geringe Fläche (5,22 m²) im Vergleich zur Gesamtfläche aus. Der Senat berücksichtigt daher eine spürbare Beeinträchtigung im Bereich des Biergartens und weitere kleinere Mängel. Die Gesamtminderung des Mietzinses von 20 % trägt dem angemessen Rechnung. 83

Bei einem im streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Monatsmietzins von 16.414,06 € ergibt sich eine monatliche Minderung i.H.v. 3.282,81 €. Da die Beklagte aus den genannten Gründen lediglich für die Monate Mai bis November 2012 diese Minderung geltend machen kann, sind von der Klageforderung $7 \times 3.282,81 \text{ €} = 22.979,67 \text{ €}$ in Abzug zu bringen. 84

ii) 85

Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich auch keine Gesamtverantwortlichkeit der Klägerin für die Mängel des Objekts auf der Grundlage eines Schreibens vom 25.1.2012. Aufgrund dieses Schreibens kann nicht davon ausgegangen werden, dass durch Zahlung von 5.000 € die Verpflichtung zur Behebung sämtlicher Baumängel und zur Herstellung einer Bauabnahmefähigkeit im Sinne der gaststättenrechtlichen Konzessionserteilung allein auf die Klägerin verlagert wurde. Aus dem Antwortschreiben der Klägervorteiler vom 3.2.2012 ergibt sich vielmehr – und nichts anderes rechtfertigt sich aus der Vertragslage –, dass die Klägerin insoweit die Verantwortung für die Bauleitung übernommen hat und ihr i.H.v. 5.000 EUR Beratungskosten (Architekt) angefallen sind. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Klägerin damit sämtliche Verantwortung für Baumängel übernommen hat. 86

Auf der Grundlage der obigen Feststellungen ergibt sich ebenfalls kein Ansatz, das Vertragsverhältnis mit Rückgriff auf den Gesichtspunkt der Störung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) aufzulösen oder anzupassen. Zwar trifft es zu, dass alle beteiligten Parteien von einer zeitnahen Erteilung einer baurechtlichen Abnahme sowie einer Gaststättenerlaubnis ausgegangen sind. Diese Grundlage des Vertrages konnte bis heute nicht geschaffen werden. Allerdings liegt die Verantwortlichkeit für diesen Umstand in erster Linie auf Seiten der Streithelferin und der Beklagten. Sie haben damit maßgeblich für das Risiko des Scheiterns des Projekts einzustehen, so dass eine Vertragsanpassung vor diesem Hintergrund nicht angemessen erscheint. 87

Aus diesen Gründen ist auch die von der Beklagten mit Schreiben vom 27.9.2012 erklärte fristlose Kündigung des Mietverhältnisses nicht wirksam. Aufgrund der maßgeblich von Beklagtenseite zu verantwortenden Probleme mit dem Objekt kann sich die Beklagte nicht auf ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages (§ 543 Abs. 1 BGB) berufen. 88

4. 89

Soweit die Beklagte sich gegenüber der Klageforderung in der Berufungsinstanz der von der Streithelferin in erster Instanz nach Schluss der mündlichen Verhandlung in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz erklärten Hilfsaufrechnung mit Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüchen in Höhe der Klageforderung angeschlossen hat, ist diese Hilfsaufrechnung bereits nach § 533 ZPO unzulässig. Die Voraussetzungen für eine Zulassung dieser Aufrechnung sind nicht gegeben. Die Aufrechnung mit Schadensersatz – und Aufwendungsersatzansprüchen ist weder sachdienlich noch kann sie auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.	90
II.	91
Die Widerklage hat keinen Erfolg.	92
1.	93
Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung von Mieten für die Monate Oktober 2010 bis Januar 2011 i.H.v. 71.209,60 EUR stützt sich auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Var. BGB). Eine Minderung auf Null als Grundlage dieses Anspruchs kommt jedoch insgesamt nicht in Betracht, weil die Forderung einen Nutzungszeitraum der Streithelferin betrifft und die Streithelferin mietvertraglich mit der Minderung ausgeschlossen wurde (s.o.).	94
2.	95
Zu dem mit der Widerklage außerdem geltend gemachten Anspruch auf Erteilung von Auskünften betreffend die von der Klägerin vorgenommenen Umbauarbeiten schließt sich der Senat der angefochtenen Entscheidung an. Ein solcher Auskunftsanspruch ist zwar durch Nr. 4 f) des zweiten Nachtrags zum Gewerbemietvertrag (Anlagenband Bl. 99) begründet. Hierin hat sich die Klägerin verpflichtet, auf Anforderung der Beklagten Auskünfte über die Umbauarbeiten zu erteilen und diese durch die Vorlage von Unterlagen zu verifizieren. Allerdings ist der Auffassung des Landgerichts zuzustimmen, dass der Auskunftsanspruch durch das Schreiben der Bevollmächtigten der Klägerin vom 26.5.2010 erfüllt ist. In diesem Schreiben hat die Klägerin insbesondere mitgeteilt, dass ein Betrag i.H.v. 310.046,58 EUR für die gemäß Nachtrag 1 zum Mietvertrag vorzunehmenden Arbeiten aufgewendet worden ist. Sie hat außerdem als Anlage zu diesem Schreiben eine Zusammenstellung der einzelnen Aufwendungen übermittelt. Dies reichte zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs aus. Hinzuweisen ist darauf, dass die Beklagte weder damals noch im Zuge des vorliegenden Rechtsstreits konkretisierte Einwendungen gegen die von der Klägerin übermittelte Aufstellung erhoben hat. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, zu welcher Position die Klägerin nunmehr noch nähere Angaben machen sollte.	96
III.	97
Die Zinsforderung ergibt sich aus Verzug, §§ 286, 288 Abs. 1 und 2 BGB.	98
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 97, 101 ZPO sowie §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	99
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die vom Senat behandelten Rechtsfragen haben keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur	100

Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Gegenstandswert: 424.695,26 € (die Hilfsaufrechnung bleibt außer Betracht, § 45 Abs. 3 GKG) 101
