

Leitsatz:

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (NJW 2004, 1947 zur Wohnraummiete und NJW 2005, 2152 zur Geschäftsraummiete), wonach bei einer erheblichen Abweichung der tatsächlichen Mietfläche von der vertraglich vereinbarten Mietfläche zu Lasten des Mieters, für welche bei einer Flächenabweichung von 10 % eine tatsächliche Vermutung spreche, ein Mietmangel i.S.v. § 536 BGB besteht, findet nur dann Anwendung, wenn die Angabe der Mietfläche im Vertrag der Festlegung der Sollbeschaffenheit des Mietobjekts dient und nicht lediglich dessen Beschreibung.

OLG Dresden, 5. Zivilsenat, Urteil vom 21. Oktober 2020, Az.: 5 U 1257/20



Oberlandesgericht
Dresden
Zivilsenat

Aktenzeichen: **5 U 1257/20**
Landgericht Chemnitz, 4 O 690/19

Verkündet am: 21.10.2020

S.....
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

R..... K....., ...

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt M..... N....., ...

gegen

A..... F....., ...

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte L..... & R....., ...

wegen Mietforderung

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch
Richter am Oberlandesgericht A..... als Einzelrichter
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.10.2020

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Chemnitz vom 15.06.2020 (4 O 690/19) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 9.220,46 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 886,95 EUR seit dem 04.01.2019, aus 886,95 EUR seit dem 05.02.2019, aus 886,95 EUR seit dem 05.03.2019, aus 886,95 EUR seit dem 04.04.2019, aus 886,95 EUR seit dem 04.05.2019, aus 886,95 EUR seit dem 04.06.2019, aus 886,95 EUR seit dem 04.07.2019, aus 886,95 EUR vom 04.08.2019 bis zum 20.08.2019 und aus 366,49 EUR seit dem 21.08.2019, aus 886,95 EUR vom 04.09.2019 bis zum 23.09.2019 und aus 366,49 EUR seit dem 24.09.2019, aus 886,95 EUR vom 05.10.2019 bis zum 21.10.2019 und aus 366,49 EUR seit dem 22.10.2019, aus 886,95 EUR vom 05.11.2019 bis zum 20.11.2019 und aus 366,49 EUR seit dem 21.11.2019, aus 886,95 EUR vom 04.12.2019 bis zum 22.12.2019 und aus 153,15 EUR seit dem 23.12.2019, aus 1.241,15 EUR vom 06.01.2020 bis zum 21.01.2020 und aus 153,15 EUR seit dem 22.01.2020, sowie aus 1.241,15 EUR seit dem 04.02.2020 zu zahlen, abzüglich am 01.02.2020 gezahlter 1.088,80 EUR.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, auch weiteren Schaden, mindestens infolge des Nutzungsausfalls, der infolge der Nichträumung des Mietobjektes im ersten Obergeschoss, Erdgeschoss und Untergeschoss des Hauses A.....-Straße 00 in A..... entstanden ist, zu ersetzen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 281,30 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12.06.2019 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 1/8 und die Beklagte 7/8. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt die Beklagte.

4. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien können die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt die Zahlung rückständiger Miete und Nutzungsentschädigung sowie Räumung von Geschäftsräumen im Unter-, Erd- und Obergeschoss des Objekts A.....-

Straße 00 in A.....

Der Kläger ist Eigentümer des Grundstückes A.....-Straße 00 in A....., welches mit einem Gebäude bebaut ist, das um das Jahr 1900 errichtet und im Jahre 2008 kernsaniert wurde. Darin befindet sich ein Ladengeschäft im Unter-, Erd- und Obergeschoss, für dessen Vermietung der Kläger die Wohnungsbörse E..... als Makler beauftragt hatte. Mit dieser führte die Beklagte als Mietinteressentin Anfang September 2017 eine Ortsbesichtigung durch. Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Beklagten dabei das Exposé der Wohnungsbörse E..... (Anlage K 1) übergeben wurde.

Am 15./25.10.2017 unterschrieben die Parteien einen Mietvertrag (Anlage K 2) über das Ladengeschäft im Unter-, Erd- und Obergeschoss mit dem Mietbeginn am 01.11.2017 sowie einer monatlichen Kaltmiete einschließlich Stellplatz (60,00 EUR) im Innenhof von 870,00 EUR netto und einer Betriebskostenvorauszahlung von monatlich 320,00 EUR netto. Eine Angabe der Größe des angemieteten Ladengeschäftes in Quadratmetern enthielt dieser Mietvertrag nicht. Aufgrund von noch zu erledigenden Restarbeiten im Objekt verständigten sich die Parteien danach auf eine Absenkung der Kaltmiete von 810,00 auf 560,00 EUR für das Ladengeschäft in den Monaten November und Dezember 2017 und unterzeichneten daraufhin einen lediglich in diesem Punkt veränderten, neuen und ebenfalls auf den 15./25.10.2017 datierten Mietvertrag (Anlage K 3).

Auf Wunsch der Krankenkassen, mit denen sie zusammenarbeitete, und des Finanzamtes beehrte die Beklagte im danach vom Kläger zum einen die Aufnahme der Mietfläche in den Vertrag und zum anderen die Aufspaltung des einheitlichen Vertrages in einen Vertrag mit Umsatzsteuerausweis für die Räume im Unter- und Erdgeschoss sowie einen Vertrag ohne Umsatzsteuerausweis für die Räume im Obergeschoss des Objektes. Der Kläger kam diesem Wunsch nach. Die Parteien ersetzten den einheitlichen Mietvertrag vom 15./25.10.2017 durch einen Mietvertrag vom 17.11.2017 über die Räume im Unter- und Erdgeschoss (Anlage K 4) und einen Vertrag vom 20.11.2017 über die Räume im Obergeschoss (Anlage K 5).

Die bisherige Kaltmiete für die Räume wurde hälftig auf die beiden Verträge verteilt (jeweils 405,00 EUR/Monat), und der Vertrag vom 17.11.2017 erhielt die Angabe, dass die Räume im Unter- und Erdgeschoss ca. 320 m² Nutzfläche hätten, während in den Vertrag vom 20.11.2017 aufgenommen wurde, dass die Räume im Obergeschoss ca. 160 m² Nutzfläche hätten.

Diese Angaben waren unrichtig, denn die Räume im Unter- und Erdgeschoss haben eine Fläche von 191,52 m², während die Räume im Obergeschoss eine Fläche von 111,83 m² aufweisen. Im Exposé ist die sich daraus ergebende Gesamtfläche des Ladengeschäfts von 303,35 m² enthalten. Den Parteien fiel dies aber bei Unterschrift unter die Verträge vom 17. und 20.11.2017 nicht auf. Erst nachdem das Finanzamt A..... Ende des Jahres 2018 auf Differenzen zwischen der Gesamtmietfläche des Objektes und der in den Mietverträgen angegebenen Fläche aufmerksam machte, fiel die Abweichung auf. Der Kläger übersandte daraufhin der Beklagten von ihm bereits unterschriebene und jeweils auf den 20.11.2017 datierte Vertragsentwürfe (Anlagen K 6 und K 7), welche die Verträge vom 17. bzw. 20.11.2017 ersetzen sollten und sich von diesen lediglich durch die nunmehr korrekte Angabe der Fläche unterschieden. Die Beklagte unterschrieb diese Vertragsentwürfe aber nicht, sondern stellte sich auf den Standpunkt, sie könne eine Korrektur im Sinne einer Absenkung der Miete verlangen, weil die in den Verträgen vom 17. und 20.11.2017 angegebene Mietfläche wesentlich größer als die tatsächliche Mietfläche sei.

Mit ihrem Schreiben vom 28.10.2018 (Anlage K 11) erklärte die Beklagte die ordentliche Kündigung der beiden Mietverträge über Räume im Objekt A.....-Straße 00 in A..... zum 31.10.2019 und sandte dieses sowohl per Einwurfeinschreiben als auch per Einschreiben mit Rückschein ab. Das per Einschreiben mit Rückschein abgesandte Schriftstück wurde am 30.10.2018 in der Postfiliale G..... hinterlegt, wo der Kläger es am 07.11.2018 abholte. In Bezug auf das Einwurfeinschreiben ist zwischen den Parteien strittig, ob es am 30.10.2018 (so der Kläger) oder am 08.11.2018 (so die Beklagte) in den Hausbriefkasten des Klägers eingeworfen wurde.

Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 26.09.2019 (Anlage K 13) zur Räumung der Geschäftsräume bis zum 31.10.2019 auf und widersprach der stillschweigenden Fortsetzung des Mietverhältnisses ausdrücklich. Vorsorglich erklärte der Kläger mit einem weiteren Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 13.01.2020 (Anlage K 14), welches der Beklagten am 14.01.2020 zuzuging, die außerordentliche und fristlose Kündigung der beiden Mietverträge wegen Zahlungsverzuges.

Der Kläger hat die Zahlung rückständiger Miete bzw. Nutzungsentschädigung für den Zeitraum Januar 2019 bis Februar 2020 in Höhe von insgesamt 11.699,86 EUR sowie Räumung und Herausgabe der mit den beiden Mietverträgen angemieteten Geschäftsräume im Objekt A.....-Straße 00 in A..... und die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet sei, auch den weiteren Schaden mindestens in Höhe von Nutzungsausfalles zu ersetzen, welcher dem Kläger durch die Nichträumung der Geschäftsräume entstehe.

Aus der irrtümlichen Angabe einer unrichtigen Mietfläche in den Verträgen vom 17. und 20.11.2017 folge kein Mangel des Mietobjektes, welcher die Beklagte zur Minderung der Miete berechtige. Die Angaben zur Mietfläche seien lediglich als Entgegenkommen des Klägers überhaupt in den Mietvertrag aufgenommen worden. Zudem sei der Beklagten vor Vertragsschluss das Exposé der Wohnungsbörse E..... übergeben worden, in welchem die zutreffenden Flächenangaben enthalten gewesen seien.

Die Mietverhältnisse seien durch die ordentliche Kündigung der Klägerin zum 31.10.2019, spätestens aber infolge der außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Klägers vom 13.01.2020 beendet worden. Die Nebenkostenabrechnungen vom 04.07.2019 jeweils für den Abrechnungszeitraum November 2017 bis Dezember 2018 (Anlagenkonvolut B 1) seien formell und materiell wirksam.

Die Beklagte hat vorgetragen, wegen der Abweichung der in den Mietverträgen vom 17. und 20.11.2017 vereinbarten Mietfläche von der tatsächlichen Fläche zu ihren Ungunsten um mehr als 10 % liege ein Mangel des Mietobjektes vor, welcher zu einer Überzahlung der Miete durch die Beklagte für die 14 Monate vom November 2017 bis zum Dezember 2018 in Höhe von 7.356,44 EUR geführt habe. Wegen der Berechnung durch die Beklagte im Einzelnen wird auf Seite 3 des Schriftsatzes des Beklagtenvertreters vom 30.07.2019 Bezug genommen. Mit dem daraus resultierenden Rückzahlungsanspruch habe die Beklagte am 11.03.2019 die Aufrechnung gegen Ansprüche des Klägers auf Zahlung von Miete ab Januar 2019 erklärt. Das Exposé der Wohnungsbörse E..... sei ihr nicht vor Vertragsschluss übergeben worden.

Das Mietverhältnis sei durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28.10.2018 gemäß § 3.2 der Mietverträge nicht zum 31.10.2019, sondern erst zum 31.10.2020 beendet worden, weil das Kündigungsschreiben dem Kläger erst nach dem 31.10.2018, nämlich am 08.11.2018 zugegangen sei. Die außerordentliche Kündigung des Klägers vom 13.01.2020 habe nicht zu einer Beendigung des Mietverhältnisses geführt, weil die Beklagte mit der

Zahlung der Miete nicht im Verzug gewesen sei. Der Kläger könne von der Beklagten Betriebskostenvorauszahlungen bzw. Nachzahlungen auf die Abrechnungen vom 04.07.2019 nicht verlangen. Zum einen enthielten die beiden Verträge über das streitgegenständliche Mietobjekt keine wirksame Betriebskostenumlage auf die Beklagte. Zum anderen seien die Betriebskostenabrechnungen vom 04.07.2019 formell und materiell unwirksam.

Wegen des Sachvortrages im Übrigen und der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Bezug genommen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben zur Frage, ob die Beklagte vor Unterzeichnung des Mietvertrages das Exposé der Wohnungsbörse E..... erhalten hat, durch die uneidliche Vernehmung der Zeuginnen P..... T..... und J..... F..... Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 04.05.2020 Bezug genommen.

Das Landgericht hat mit dem Urteil vom 15.06.2020 die Beklagte verurteilt, an den Kläger 11.699,86 EUR nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten zu zahlen sowie die Geschäftsräume im Objekt A.....-Straße 00 in A..... zu räumen und an den Kläger herauszugeben. Ferner hat es festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, auch den weiteren Schaden infolge der Nichträumung des Mietobjektes mindestens in Höhe des Nutzungsausfalles dem Kläger zu ersetzen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, die fehlerhafte Angabe zu den Mietflächen in den Mietverträgen vom 17. und 20.11.2017 stelle keinen Mangel des Mietobjektes dar, der zu einer Minderung zugunsten der Beklagten führen würde, weil die Beklagte aus dem Exposé die tatsächliche Mietfläche gekannt habe. Im Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme sei das Landgericht davon überzeugt, dass die Beklagte vor Vertragsschluss das Exposé der Wohnungsbörse E..... erhalten habe. Weiterhin enthielten die Mietverträge eine wirksame Nebenkostenumlagevereinbarung und seien die Nebenkostenabrechnungen zwar teilweise zu kürzen, nicht aber derart, dass nicht ein Nachzahlungsbetrag zugunsten des Klägers verbliebe. Die Beklagte sei auch zur Räumung des Mietobjektes verpflichtet, weil es durch ihre ordentliche Kündigung zum 31.10.2019 beendet worden sei. Bis zur endgültigen Räumung des Mietobjektes durch die Beklagte sei diese zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe der vertraglich vereinbarten Miete verpflichtet, so dass auch der Feststellungsantrag des Klägers begründet sei.

Zum 31.05.2020 räumte die Beklagte das Mietobjekt und gab es an den Kläger heraus.

Gegen das ihr am 22.06.2020 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 01.07.2020 Berufung eingelegt und diese am 24.08.2020, einem Montag, begründet.

Sie trägt vor, die Beklagte habe am 01.02.2020 zwei Zahlungen in Höhe von 470,00 EUR und von 618,80 EUR auf die laufende Miete geleistet, welche in der zugesprochenen Klageforderung nicht berücksichtigt seien. Zudem sei die Hauptsache zumindest teilweise erledigt, weil die Beklagte das Mietobjekt am 31.05.2020 komplett geräumt und an den Kläger zurückgegeben habe.

Unabhängig davon bestche aber weder ein Mietrückstand noch sei die Beklagte verpflichtet gewesen, das Mietobjekt aufgrund der fristlosen Kündigung des Klägers an diesen herauszugeben. Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die fehlerhafte Angabe der Mietfläche in den Verträgen vom 17. und 20.11.2017 nicht zu einem Mangel und damit zu einer Minderung geführt hätte. Unerheblich sei insoweit die Frage, ob der Beklagten vor Vertragsschluss das Exposé übergeben worden sei. Es bestünden konkrete

Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der vom Landgericht vorgenommenen Würdigung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme dahin, dass das Exposé der Beklagten vor Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht worden sei. Weiterhin habe der Mietvertrag der Parteien keine wirksame Umlagevereinbarung für die Betriebskosten enthalten und seien die Betriebskostenabrechnungen formell und materiell nicht wirksam. Mit der Berufungsbegründung legt sie die vom Kläger am 22.04.2020 erstellten Betriebskostenabrechnungen für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2019 (Anlage B 2) vor. Schließlich sei der Beklagten bereits seit Dezember 2019 die Nutzung eines zum Mietobjekt gehörenden 12 m² großen Raumes im Obergeschoss durch den Mieter des Dachgeschosses in Abstimmung mit dem Kläger entzogen worden, was die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 03.12.2019 angezeigt habe, ohne dass der Kläger Abhilfe geschaffen habe. Die Beklagte sei deshalb jedenfalls nicht verpflichtet, für diesen Raum weiterhin Miete zu zahlen, was zu einer Kürzung der Miete für die Monate Dezember 2019 bis Februar 2020 um monatlich mindestens 41,01 EUR brutto führe.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Chemnitz vom 15.06.2020, Az. 4 O 690/19, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens.

Im Übrigen trägt er vor, die Beklagte habe während des Verfahrens und auch im Rahmen der Berufung die Auffassung vertreten, das Mietverhältnis sei weder durch ihre eigene ordentliche Kündigung noch durch die außerordentliche Kündigung des Klägers beendet worden, so dass keine Verpflichtung zur Herausgabe bestanden habe. Es habe deshalb einer gerichtlichen Feststellung der Räumungspflicht unabhängig davon bedurft, dass die Beklagte das Objekt Ende Mai 2020 in tatsächlicher Hinsicht verlassen habe.

In der mündlichen Verhandlung des Senats am 21.10.2020 haben die Parteien den Räumungsantrag und den Zahlungsantrag, soweit er die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten für 2019 beinhaltete, übereinstimmend für erledigt erklärt.

Wegen des Sachverhaltes im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsniederschrift vom 21.10.2020 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg.

Der Einwand der Beklagten, sie könne gegen den Anspruch des Klägers auf Zahlung rückständiger Miete gemäß § 535 Abs. 2 BGB bzw. Nutzungsentschädigung gemäß § 546a Abs. 1 BGB für den Zeitraum November 2017 bis Dezember 2018 aufrechnen und habe ab dem Januar 2019 lediglich eine reduzierte Miete zu zahlen, weil die unrichtige Angabe der Mietfläche in den Verträgen vom 17. und 20.11.2017 einen Mangel des Mietobjekts darstelle und demzufolge zu einer Minderung der Miete nach § 536 Abs. 1 BGB führe, ist unbegründet (dazu 1.). Unbegründet ist auch der Einwand der Beklagten, die von ihr zu zahlende Miete

bzw. Nutzungsentschädigung sei ab dem Monat Dezember 2019 zu reduzieren, weil ihr die Nutzung eines 12 m² großen Raumes im Obergeschoss des Objektes vorenthalten worden sei (dazu 2.).

Berechtigt ist dagegen der Einwand der Beklagten, sie habe am 01.02.2020 insgesamt einen Betrag von 1.088,80 EUR auf die Miete für Februar 2020 bezahlt, der im erstinstanzlichen Urteil des Landgerichtes vom 15.06.2020 nicht berücksichtigt worden sei (dazu 3.).

Es erwächst kein zur Aufrechnung geeigneter Zahlungsanspruch der Beklagten oder ein ihr zustehendes Zurückbehaltungsrecht daraus, dass der von den Parteien abgeschlossene Mietvertrag keine Betriebskostenumlagevereinbarung enthalten würde oder die Betriebskostenabrechnungen vom 04.07.2019 bzw. 22.04.2020 unwirksam wären (dazu 4.).

Hinsichtlich der übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärten Anträge des Klägers auf Räumung und auf Zahlung der Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2019 ist über die Kosten nach § 91a Abs. 1 ZPO zu entscheiden. Danach trägt die Beklagte die Kosten des Räumungsantrages, während hinsichtlich der Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2019 die Beklagte die Kosten für das Verfahren erster Instanz trägt und der Kläger die Kosten für das Berufungsverfahren (dazu 5.).

1. Die Beklagte beruft sich zur Begründung der von ihr geltend gemachten Mangelhaftigkeit des Mietobjektes aufgrund der fehlerhaften Angabe der Mietfläche in den Mietverträgen vom 17. und 20.11.2017 auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. Urteil vom 24.03.2004, VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, 1948 f. zur Wohnraummiete und Urteil vom 04.05.2005, XII ZR 254/01, NJW 2005, 2152 f. zur Geschäftsraummiete; vgl. auch Senatsurteil vom 10.07.2019, 5 U 151/19, NZM 2019, 784 Rn. 31 f.), wonach bei einer erheblichen Abweichung der tatsächlichen Mietfläche von der vertraglich vereinbarten Mietfläche zu Lasten des Mieters, für welche bei einer Flächenabweichung von mehr als 10 % eine tatsächliche Vermutung spreche, ein Mietmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB besteht, der zu einer entsprechenden Minderung der Miete führt. Vergleicht man die in den Mietverträgen vom 17. und 20.11.2017 enthaltenen Angaben zur Mietfläche mit der tatsächlichen Mietfläche der vermieteten Räume, so liegt auch eine Abweichung zum Nachteil der Beklagten um mehr als 10 % vor.

Die genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes findet allerdings nur dann Anwendung, wenn die Angabe der Mietfläche im Vertrag der vertraglichen Festlegung der Sollbeschaffenheit des Mietobjekts dient und nicht lediglich dessen Beschreibung (vgl. Günter in Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl., § 536 BGB Rn. 142; siehe auch BGH, Urteil vom 10.11.2010, VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220; OLG Rostock, Urteil vom 03.12.2001, 3 U 153/00, NZM 2003, 25). Nur wenn die Flächenangabe im Mietvertrag Bestandteil des vom Vermieter zu erfüllenden Leistungsprogramms ist, kann die dahinter zurückbleibende tatsächliche Fläche zum Gewährleistungsrecht der Minderung führen.

Ob die Angabe der Mietfläche im Vertrag die Sollbeschaffenheit vertraglich festlegen oder nur der Objektbeschreibung dienen soll, ist im Wege der Auslegung des Mietvertrages nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (vgl. Günter a.a.O.).

Die Auslegung der Mietverträge vom 17. und 20.11.2017 nach §§ 133, 157 BGB ergibt, dass die darin enthaltenen Flächenangaben nicht zur Festlegung der Sollbeschaffenheit des Mietobjektes, sondern lediglich zu dessen Beschreibung dienen. Dies ergibt sich aus dem zwischen den Parteien unstrittigen Hergang des Vertragsschlusses, ohne dass es auf die zwischen den Parteien strittige Frage ankäme, ob die Beklagte vor dem Vertragsschluss Kenntnis vom Exposé der Wohnungsbörse E..... hatte.

Der Abschluss des Mietvertrages zwischen den Parteien kam dadurch zustande, dass diese, nachdem die Beklagte im Anschluss an die Besichtigung des Objektes Interesse an der Anmietung signalisiert hatte, den ursprünglichen Mietvertrag vom 15./25.10.2017 unterzeichneten, welcher lediglich in Bezug auf eine Reduzierung der Miete für die Monate November und Dezember 2017 durch einen neuen Mietvertrag mit gleichem Datum ersetzt wurde. Dieser Mietvertrag vom 15./25.10.2017 enthielt (in beiden Fassungen) keine Flächenangaben, woraus ohne jeden Zweifel folgt, dass darin keine Mietflächengröße als vertragliche Sollbeschaffenheit vereinbart wurde.

Die Parteien haben zwar den Mietvertrag vom 15./25.10.2017 durch die beiden Mietverträge vom 17. und 20.11.2017 ersetzt, welche zum einen das Mietverhältnis in zwei Mietverhältnisse über das Erd- und Untergeschoss einerseits und über das Obergeschoss andererseits aufspalteten und zum anderen jeweils Flächenangaben aufnahmen. Die Aufnahme der Flächenangaben erfolgte aber nicht zur Festlegung der Fläche des Mietobjektes, über welches bereits ein Vertrag ohne entsprechende Flächenangaben geschlossen worden war. Vielmehr wurden die Flächenangaben nur deshalb auf Wunsch der Beklagten in den Vertrag aufgenommen, weil Dritte, nämlich Krankenkassen und das Finanzamt, wünschten, dass das Mietobjekt, über welches sich die Parteien längst geeinigt hatten, im Wege einer Flächenangabe nachträglich hinsichtlich seiner Größe konkretisiert werden würde.

Es handelte sich deshalb um eine das Objekt beschreibende Flächenangabe, nicht aber um eine vertragliche Vereinbarung zur Mietgröße, welche für die Parteien beim eigentlichen Vertragsschluss unerheblich war. Ziel der Aufnahme der Größe der Fläche des Mietobjektes in den bereits bestehenden Mietvertrag war also die nachträgliche Beschreibung des Mietobjektes in Form einer Flächenangabe, welche allerdings misslang, weil offenbar irrtümlich die falsche Flächengröße angegeben wurde. Ein vertragliches Versprechen des Klägers dahin, dass die angegebene Fläche tatsächlich erreicht werden würde (Sollbeschaffenheit), an das mit dem Gewährleistungsrecht der Miete angeschlossen werden könnte, war damit nicht verbunden.

Ohne dass es darauf entscheidend ankäme, lässt sich zudem die Bedeutungslosigkeit der Flächenangabe für die Höhe der Miete auch daran ablesen, dass nach dem Text der Verträge vom 17. und 20.11.2017 die auf die Räume der beiden Mietverträge entfallende Kaltmiete gleich groß war, obwohl die Fläche der Räume im Unter- und Erdgeschoss nach der Flächenangabe im Vertrag doppelt so groß war wie die Fläche der Räume im Obergeschoss.

Im Ergebnis kann deshalb die Beklagte keine Minderung der Miete auf die fehlerhafte Flächenangabe in den Verträgen vom 17. und 20.11. 2017 stützen.

Es ist deshalb unerheblich, ob die Beklagte vor Vertragsschluss Kenntnis vom als Anlage K 1 vorgelegten Exposé der Wohnungsbörse E..... hatte, weswegen es auch offen bleiben kann, ob der Senat die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichtes nach durchgeführter Beweisaufnahme seiner Entscheidung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen hätte.

2. Der Einwand der Beklagten, die zu zahlende Miete bzw. Nutzungsentschädigung sei zu kürzen, weil ihr die Nutzung eines 12 m² großen Raumes im Obergeschoss des Mietobjektes entzogen worden sei, ist unbegründet.

Nach den eigenen Ausführungen der Beklagten im Rahmen der Anhörung durch den Senat in der mündlichen Verhandlung vom 21.10.2020 hat diese selbst mit dem Mieter der Wohnung im Objekt A.....-Straße 00 in A..... vereinbart, dass dieser den Raum nutzen

könne. Dabei wurde zwischen der Beklagten und dem Mieter der Wohnung nicht mehr vereinbart, als dass der Vermieter der Beklagten, also der Kläger, mit dieser Nutzung durch den Wohnraummieter einverstanden war.

Eine Entziehung des Raumes von der Nutzung der Beklagten durch den Kläger ist darin nicht zu sehen, so dass eine Minderung oder sonstige Kürzung der Miete nicht in Betracht kommt. Auf der Grundlage der Angaben des Klägers kann von Senat auch nicht festgestellt werden, dass der Kläger eine Miete oder ein sonstiges Entgelt vom Mieter der Wohnung für die Nutzung des Raumes erhalten hat. Es kann deshalb offen bleiben, ob eine solche Zahlung der Mietforderung des Klägers gegenüber der Beklagten entgegengestanden hätte.

3. Von der dem Kläger zuzusprechenden Miete bzw. Nutzungsentschädigung abzuziehen sind dagegen die beiden Teilzahlungen des Beklagten vom 01.02.2020 in Höhe von 470,00 EUR und in Höhe von 618,80 EUR, insgesamt also in Höhe von 1.088,80 EUR.

Die Höhe der Zahlungen ist zwischen den Parteien unstrittig. Die Miete für Februar 2020 ist vom Landgericht im Urteil vom 15.06.2020 titulierte worden. Demzufolge ist auch der Abzug in Höhe der auf die Miete für Februar 2020 geleisteten Zahlungen im Tenor der Entscheidung zu verankern.

4. Die Beklagte macht geltend, sie habe einen Anspruch auf Rückzahlung der von ihr erbrachten Betriebskostenvorauszahlungen, weil die mit dem Kläger geschlossenen Mietverträge keine Betriebskostenumlage beinhalteten und deshalb keinen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Betriebskostenvorauszahlungen darstellten. Für eine Umlagevereinbarung sei es nicht ausreichend, wenn pauschal auf die Tragung von Betriebskosten bzw. von sämtlichen Betriebskosten verwiesen werde. Mindestens müsse Bezug genommen werden auf ein Regelwerk, welches Betriebskostenarten beinhalte, wie etwa die Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung oder den § 2 der Betriebskostenverordnung.

Dieser Standpunkt der Beklagten ist aber nicht zutreffend. Zur Umlage der Betriebskosten aus dem Katalog von § 2 der Betriebskostenverordnung genügt es, wenn in der vertraglichen Vereinbarung der Begriff Betriebskosten verwendet wird, es sei denn, es ließe sich ein übereinstimmendes abweichendes Begriffsverständnis der Vertragsparteien feststellen (i.d.S. jüngst BGH, Urteil vom 08.04.2020, XII ZR 120/18, NZM 2020, 507 Rn. 18 ff.). Die entgegenstehende Entscheidung des OLG Celle vom 09.11.2018 (2 U 81/18, ZMR 2019, 263), auf welche sich auch der Beklagte beruft, hat der Bundesgerichtshof mit dem zitierten Urteil vom 08.04.2020 (a.a.O.) aufgehoben.

Diesen Anforderungen an die Vereinbarung einer Betriebskostenumlage entsprechen die Bestimmungen der Verträge vom 17. und 20.11.2017. § 5.4 der Verträge enthält jeweils die Bestimmung: „Der Winterdienst wird durch eine Hausmeisterfirma durchgeführt und auf die vom Mieter zu zahlenden Nebenkosten umgelegt.“ Inhalt dieser Regelung ist die Umlage der Nebenkosten auf den Mieter, womit die Betriebskostenarten aus dem Katalog von § 2 der Betriebskostenverordnung vereinbart werden. Es besteht deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten ein Rechtsgrund für die Zahlung der Betriebskostenvorauszahlungen durch die Beklagte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Betriebskostenabrechnungen vom 04.07.2019 und vom 22.04.2020 auch nicht formell unwirksam. Die formelle Unwirksamkeit der Betriebskostenabrechnungen jeweils vom 04.07.2019 ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bereits daraus, dass sie jeweils einen Abrechnungszeitraum von 14 Monaten vom 01.11.2017 bis zum 31.12.2018 umfassen, also einen Zeitraum, der

länger als ein Jahr ist. Die Vorschrift in § 556 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach die Betriebskostenvorauszahlungen jährlich abzurechnen sind, gilt nur für Mietverträge über Wohnräume. Eine entsprechende vertragliche Vereinbarung über den Abrechnungszeitraum enthalten die Mietverträge vom 17. und 20.11.2017 nicht. Die Abrechnung über einen Zeitraum von 14 Monaten erscheint jedenfalls dann plausibel, wenn - wie hier - das Mietverhältnis mit einem Rumpffjahr von lediglich zwei Monaten beginnt (hier Mietbeginn am 01.11.2017), so dass es den Grundsätzen der Praktikabilität entspricht, das erste vom Mietvertrag vollständig umfasste Kalenderjahr um die lediglich zwei Monate des ersten Rumpfmietjahres zu erweitern. Bedenken gegen die formelle Wirksamkeit einer solchen Abrechnungspraxis im Falle einer fehlenden Vereinbarung über den Abrechnungszeitraum bestehen nach Auffassung des Senates nicht. Die Beklagte zeigt auch nicht auf, dass sie durch die diesbezügliche Handhabung des Klägers wesentlich benachteiligt worden wäre. Auch die weiteren Einwendungen gegen die formelle Wirksamkeit der Betriebskostenabrechnungen von Seiten der Beklagten greifen nicht durch, und es ist kein materieller Fehler der Betriebskostenabrechnungen ersichtlich, der zu einem Rückzahlungsanspruch der Beklagten führen würde.

5. Die Beklagte hat gemäß § 91a Abs. 1 ZPO die Kosten des übereinstimmend für erledigt erklärten Räumungsantrages zu tragen, weil sie ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses der Räumung am 31.05.2020 voraussichtlich zur Räumung verurteilt worden wäre.

Die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28.10.2018 führte gemäß der Kündigungsregelung jeweils in § 3.2 der Mietverträge vom 17. und 20.11.2017 zu einer Beendigung der Mietverträge zum 31.10.2019, weil die Kündigungserklärung der Beklagten dem Kläger vor dem dritten Werktag des Monats November 2018, dem 05.11.2018, nämlich bereits am 30.10.2018 zuzuging. Der Kläger selbst, also der Erklärungsempfänger, hat erklärt, das als Einwurfeinschreiben geschickte Kündigungsschreiben der Klägerin sei am 30.10.2018 in seinen Hausbriefkasten eingeworfen worden und dies auch damit plausibilisiert, dass das als Einschreiben mit Rückschein abgesandte Schreiben vom 28.10.2020 am 30.10.2020 in der Postfiliale in Geyer niedergelegt worden sei (vgl. Lichtbild des Umschlages als Anlage K 12). Diese plausible Erklärung des Erklärungsempfängers selbst kann nicht durch den Sachvortrag der Beklagten auf Seite 2 des Schriftsatzes ihres Prozessbevollmächtigten vom 15.04.2020 erschüttert werden, das Einwurfeinschreiben sei erst am 08.11.2018 in den Briefkasten des Klägers eingeworfen worden. Einlieferungs- und Übergabebelege, die diese Behauptung bestätigen würden, hat die Beklagte nicht vorgelegt.

Unabhängig davon ist es nicht plausibel, dass ein am Sonntag, den 28.10.2018, gefertigtes Schreiben, mit welchem die Beklagte - jedenfalls ursprünglich - die bis zum 05.11.2018 laufende Kündigungsfrist wahren wollte, erst am Donnerstag, den 08.11.2018, und damit etwa 1 1/2 Wochen nach Absendung zugeht, während der Zugang eines solchen Schreibens am Dienstag, den 30.10.2018, plausibel ist, insbesondere dann, wenn das gleichzeitig versandte Einschreiben mit Rückschein gerade an jenem Tage bei der Postagentur niedergelegt wird.

Im Ergebnis ist deshalb vom Zugang der Kündigungserklärung der Beklagten vom 28.10.2018 beim Kläger am 30.10.2018 auszugehen, was zur ordentlichen Beendigung der beiden Mietverträge zum 31.10.2019 und deshalb zu einem Herausgabeanspruch des Klägers nach § 546 Abs. 1 BGB führte, der zum Zeitpunkt der Räumung durch die Beklagte am 31.05.2020 bestand.

Unabhängig davon hätte jedenfalls die außerordentliche Kündigung vom 13.01.2020 zu einer

sofortigen Beendigung der beiden Mietverträge mit Zugang bei der Beklagten am 14.01.2020 geführt, weil die Voraussetzungen eines Kündigungsgrundes wegen Zahlungsverzuges aus § 543 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB vorlagen. Die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Ansprüche auf Rückzahlung von überzahlter Miete bestanden nach den Ausführungen oben unter II.1. nicht, weil die fehlerhafte Flächenangabe in den Mietverträgen vom 17. und 20.11.2017 nicht zu einem Mangel des Mietobjekts und damit nicht zu einer Minderung der Miete zugunsten der Beklagten führten.

Hinsichtlich der übereinstimmend für erledigt erklärten Ansprüche auf Zahlung der Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2019 hat nach § 91a Abs. 1 ZPO die Beklagte die erstinstanzlichen Kosten zu tragen, während dem Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind.

Im Grundsatz konnte der Kläger nach den Ausführungen oben unter II.4. die Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2019 von der Beklagten verlangen, so dass dieser die entsprechenden Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen sind. Die Kosten des Berufungsverfahrens insoweit hat der Kläger in Anwendung des Rechtsgedankens aus § 97 Abs. 2 ZPO zu tragen, weil das erledigende Ereignis der Erstellung der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2019 (vgl. BGH, Urteil vom 26.09.2012, XII ZR 112/10, NJW 2013, 41) am 22.04.2020 und damit vor dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz am 04.05.2020 eintrat, die Erledigungserklärung von Seiten des Klägers aber erst im Berufungsverfahren in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 21.10.2020 erfolgte.

III.

Die Nebenforderung ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verzuges gemäß §§ 280 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 91a Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil Zulassungsgründe nach § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht ersichtlich sind.

A.....